
INTRODUZIONE

Secondo un'opinione oggi abbastanza diffusa, il fenomeno della regolazione indipendente sarebbe espressione della vittoria dei mercati sulla politica e attesterebbe la rinuncia della politica ad esercitare sui mercati un ruolo (anche) di indirizzo e di conformazione per finalità di ordine collettivo.

Come ha scritto W. Streeck, «*l'istituzione di un primato durevole del mercato nei confronti della politica, ..., avviene grazie al passaggio ad una politica economica regolamentata, ad un sistema di banche centrali indipendenti, a una politica fiscale che prescinde dai risultati elettorali; e può avvenire inoltre tramite l'attribuzione di decisioni di politica economica ad autorità di regolamentazione e ad organismi formati dai cosiddetti "esperti"*»¹.

Questa opinione, che ha un seguito non marginale anche al di fuori degli studi sociologici da cui proviene, sembra trovare un'indiretta conferma in alcune delle teorizzazioni che erano state in passato formulate, anche dalla dottrina giuridica italiana, per spiegare e sistematizzare il modello della regolazione mediante autorità indipendenti e la sua larga diffusione in Italia e in molti altri paesi nel corso degli anni ottanta e novanta del secolo scorso.

Se ad esempio si ripensa alla notissima analisi di Fabio Merusi e alla sua tesi secondo cui l'adozione di tale modello sarebbe conseguenza della "morte" del dirigismo economico, determinata dall'adesione dell'Italia alla costituzione economica europea imperniata sul paradigma del mercato concorrenziale², e sarebbe l'effetto di una rivolta del mercato contro l'interventismo pubblico³, non è difficile cogliere – dietro alla diversità

¹ W. STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, Milano, 2013, 83.

² F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000, 9 ss.

³ *Ibidem*; e v. anche F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in BASSI-MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, Milano, 1993, 151 ss.

del giudizio di merito sull'apprezzabilità del fenomeno – l'assonanza nell'analisi e nella spiegazione dello stesso.

Muovendo da approcci disciplinari del tutto differenti ed esprimendo opzioni ideologiche – o almeno preferenze politiche – sostanzialmente antitetiche, Streeck e Merusi sembrano entrambi ritenere che l'essenza dell'istituto della regolazione indipendente vada rinvenuto nel suo nesso con le politiche di liberalizzazione dei mercati e con il prevalere delle forze del mercato sulle istituzioni politicamente rappresentative.

Il fascino di tali ipotesi ricostruttive è notevole ed è certo che esse colgono una parte rilevante del fenomeno e del suo significato politico. E tuttavia non sembra che le stesse possano ritenersi – oggi come ieri – pienamente condivisibili, innanzitutto a causa della loro eccessiva radicalità e della conseguente parzialità della visione che pongono.

La regolazione indipendente è indubbiamente un mezzo per sottrarre agli organi politici e politico-amministrativi talune rilevanti aree decisionali e per affidare le medesime a logiche e a meccanismi diversi da quelli propri del circuito politico-rappresentativo⁴. Ma tale soluzione di *governance* istituzionale non implica necessariamente la rinuncia e anzi l'abdicazione della politica di fronte al mercato, né è, in quanto tale, emblematica del fallimento dei tentativi di conciliare la libertà d'impresa e le dinamiche di mercato con la tutela di interessi generali che in quella libertà e in quelle dinamiche non possono trovare adeguata soddisfazione.

Al contrario, la regolazione indipendente può essere vista come parte di una strategia volta a perfezionare e a rendere più equilibrato il modello dell'economia sociale di mercato, attraverso l'imposizione di limiti razionali all'arbitrio delle istituzioni rappresentative, e diretta per tale via a rafforzare e non ad indebolire o a negare il funzionamento del sistema democratico⁵.

Non alla fine del capitalismo democratico o della democrazia di mer-

⁴Quali siano in positivo tali logiche e come esse si differenzino da quelle proprie degli organi politico-rappresentativi – o, più esattamente, quali *debbano* essere tali logiche e come le stesse *debbano* differenziarsi da quelle degli apparati pienamente inseriti nel circuito della rappresentanza politica – costituisce in parte l'oggetto dell'analisi che s'intende svolgere nelle pagine che seguono. Si rinvia quindi, al riguardo, alle considerazioni che verranno svolte *infra*, in particolare nel cap. II e nelle Conclusioni.

⁵A prescindere dalla letteratura – soprattutto politologica – sulle autorità indipendenti (di cui si dirà *infra*), la riflessione più interessante sull'utilità per un sistema democratico di porre dei vincoli alla libertà di scelta delle istituzioni rappresentative rimane ancora oggi quella di J. ELSTER, *Ulysses Unbound. Studies in Rationality, Precommitment and Constraints*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000 (trad. it. *Ulisse liberato. Razionalità e vincoli*, Il Mulino, Bologna, 2004).

cato⁶, ma alla loro evoluzione verso assetti in grado di contemperare meglio libertà economica e interessi generali, anche di carattere sociale, è allora possibile ricollegare il fenomeno della regolazione mediante autorità indipendenti.

È a questa diversa visione – che non nega i rischi sociali e politici delle politiche di liberalizzazione né le finalità ideologiche ed economiche che qualcuno gli ha realmente attribuito⁷, ma non dimentica gli eccessi del dirigismo a cui quelle politiche hanno inteso reagire e riconosce i vantaggi della concorrenza come mezzo di efficienza economica (e non come un fine in sé)⁸ – che questo lavoro intende ispirarsi.

Il suo obiettivo è di approfondire dal punto di vista giuridico i temi inerenti alla regolazione indipendente dei mercati assumendo come principale prospettiva di analisi quella del rapporto tra la stessa e la politica: prospettiva che non è stata sin qui frequentemente utilizzata negli studi giuridici sulla materia e che appare invece molto idonea a cogliere alcuni dei principali profili problematici che si pongono relativamente ad essa.

Meritevoli di considerazione appaiono in particolare tre profili, distinti ma tra loro intimamente collegati.

Il primo di essi attiene alla questione in sé dell'indipendenza delle autorità, e più esattamente alla puntuale definizione della misura e delle

⁶ Per quanto nel contesto attuale i dubbi sulla possibilità di conciliare in modo non solo formale capitalismo e dinamica democratica appaiano per più ragioni particolarmente giustificati, chi scrive continua a credere che tale possibilità esista e richieda di essere non utopisticamente perseguita, come suggerito ad esempio da M. SALVATI, in *Capitalismo, mercato e democrazia*, Il Mulino, Bologna, 2009.

⁷ Oltre al libro di W. STREECK sopra citato, di particolare interesse appaiono al riguardo le riflessioni svolte da M.R. FERRARESE, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Il Mulino, Bologna, 2017; e da A. ROBERTS, *The Logic of Discipline*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

⁸ Come osserva criticamente F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15 ss., «Considerata nei suoi effetti per l'efficienza produttiva, la concorrenza appare, nell'opinione corrente, come mezzo insostituibile per la crescita economica e, così, per la promozione della prosperità collettiva. Per questa ragione, le misure che si suppone attuino il principio di concorrenza tendono ad assumere un carattere assoluto, che le rende infungibili, a differenza di quanto suole accadere nel giudizio di proporzionalità del mezzo rispetto al fine: la concorrenza è tutt'uno con il fine identificato nella crescita della ricchezza della società nel suo complesso ... Accade così che la comparazione tra le regole che vengono ascritte alla promozione della concorrenza e quelle che attuano altri principi ... si presenta come contrapposizione tra il bene comune e le utilità particolari ...» (21). Sulla propensione a concepire o a rappresentare il mercato concorrenziale in termini mitizzati, o comunque non realistici, v. anche le riflessioni critiche di B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 1/2014, 1 ss.

modalità di estrinsecazione della stessa: per quanto ciò possa apparire singolare, data l'ovvia rilevanza del tema ai fini della comprensione e della ricostruzione dell'istituto e considerata anche la straordinaria ricchezza della letteratura sulle autorità indipendenti⁹, tale questione non è stata

⁹ Una lista completa delle pubblicazioni sulle autorità indipendenti, che volesse dare conto di tutti i contributi giuridici, politologici, sociologici e economici sul tema, riempirebbe svariate pagine di questo testo. È quindi opportuno limitarsi qui ai contributi di carattere generale, formulando ovvia riserva di richiamare successivamente i lavori relativi a questioni più specifiche. Con questa avvertenza, per quanto attiene alla dottrina giuridica italiana, v. A. MASSERA, "Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Giuffrè, Milano, 1988; C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 549 ss.; F. BASSI-F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, Milano, 1993; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994; S. CASSESE, *La Commissione nazionale per le società e la Borsa-Consob e i poteri indipendenti*, in *Riv. soc.*, 1992, 412 ss.; M. D'ALBERTI, voce *Autorità indipendenti*, in *Enc. giur.*, 1995; S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996; R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 115 ss.; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Giappichelli, Torino, 1996; S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione e le autorità indipendenti*, ETS, Pisa, 1996; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 647 ss.; ID., *Le autorità indipendenti nella costituzione economica, in Regolazione e garanzia del pluralismo: le autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni della Rivista di diritto e procedura civile*, Milano, Giuffrè, 1997, 3 ss.; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; ID., *L'arcipelago delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Firenze, 1997; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Passigli, Firenze, 1997 (e poi in ID., *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2000, 165 ss.); M. CLARICH, *Le autorità indipendenti raccontate agli economisti*, in *Dir. amm.*, 1999, 181 ss.; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Giappichelli, Torino, 1999; S. LABRIOLA, (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi di transizione del diritto pubblico italiano*, Giuffrè, Milano, 1999; G. TESAURO-M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2000; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit.; M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Giuffrè, Milano, 2001; F. MERUSI-M. PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, *Enc. Dir., Aggiornamento*, VI, Giuffrè, Milano, 2002, 143 ss.; S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Merc. conc. reg.*, 2002, 265 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Cedam, Padova, 2002; M. CERA-G. PRESTI-M. RESCIGNO (a cura di), *Autorità indipendenti. Evoluzione della specie e lotta per la sopravvivenza*, in *Analisi giur. econ.*, 2/2002; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2005; TESAURO-M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2002; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005, in particolare 97 ss.; G. GRASSO, *Le autorità indipendenti della Repubblica*, Giuffrè, Milano, 2006; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007; G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi*, Il Mulino, Bologna, 2009; M. PIERRI, *Autorità indipendenti e dinamiche democratiche*, Cedam, Padova, 2009; M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri*

sin qui analiticamente studiata, se non con riferimento a talune normative settoriali¹⁰, e attende ancora che vengano specificamente considerati e risolti i non pochi problemi interpretativi che essa pone.

In particolare, fermo restando che per essere qualificata come indipendente un'autorità deve necessariamente presentare un certo grado di autonomia strutturale e funzionale non solo nei confronti delle imprese regolate ma anche verso gli organi politicamente rappresentativi¹¹, appa-

dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia, Il Mulino, Bologna, 2010; F. DONATI, *I servizi di interesse economico generale: prospettive di evoluzione del modello regolatorio europeo*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, 52 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Servizi di interesse economico generale e regolatori indipendenti*, *Ibidem*, 75 ss.; R. CHIEPPA-G. CIRILLO (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Trattato di diritto amministrativo* (diretto da G. Santaniello), Cedam, Padova, 2010; A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Autorità indipendenti e tutela giurisdizionale nella crisi dello Stato*, *Rassegna di diritto pubblico europeo*, ESI, Napoli, 2015; S. BATTINI, *Indipendenza e amministrazione fra diritto interno ed europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 947 ss., spec. 964 ss.; M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 2/2018, 1 ss.

Nella letteratura politologica v., tra gli altri, A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, 61 ss. e 273 ss.; G. GIRAUDI-M.S. RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, Laterza, Bari, 2001; F. GILARDI, *Policy credibility and delegation to independent regulatory agencies: a comparative empirical analysis*, in *Journal of European Public Policy*, 2002, 9(6), 873 ss.; ID., *The formal independence of regulators: a comparison of 17 countries and 7 sectors*, in *Swiss Political Science Review*, 2005, 11(4), 139 ss.; M. THATCHER and A. STONE SWEET, *Theory and Practice of Delegation to Non-Majoritarian Institutions*, in *West European Politics*, vol. 25, 2002, 1 ss.; J. JORDANA-D. LEVI FAUR (eds.), *The politics of regulation. Institutions and Regulatory reforms for the Age of Governance*, Edward Elgar, Cheltenham, 2004; J. BLACK-M. LODGE and M. THATCHER (eds.), *Regulatory Innovation. A comparative analysis*, Edward Elgar, Cheltenham, 2005; D. COEN-A. HERITIER (eds.), *Refining Regulatory Regimes: Utilities in Europe*, Edward Elgar, Cheltenham, 2006.

¹⁰ V., ad esempio, con riferimento al settore dell'energia, M. DE BELLIS, *L'erosione dei poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Rass. giur. ENEL*, 2004, 401 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione dei mercati energetici tra Autorità per l'energia e il governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 442 ss. Per uno sguardo d'insieme v. comunque M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., 23 ss.

¹¹ Come si vedrà nel cap. II del presente lavoro, per indipendenza funzionale s'intende la sottrazione – totale o parziale – delle autorità al potere di indirizzo degli organi politici e, più in generale, a qualunque potere idoneo ad incidere formalmente sul contenuto delle scelte ad esse affidate (tra cui ovviamente il potere governativo di annullamento d'ufficio); l'indipendenza strutturale si ricollega invece a quel complesso di istituti (procedure e requisiti di nomina, regime di incompatibilità, divieti o vincoli al rinnovo, limiti alla revocabilità dei membri delle autorità) che sono volti ad assicurare che le persone fisiche nominate ai vertici delle stesse abbiano in concreto incentivi adeguati a non sottostare alle indicazioni anche informali o comunque alle preferenze degli organi politici.

re da chiarire innanzitutto se, sulla base dei principi e delle regole oggi propri dell'ordinamento europeo e di quello nazionale, tale autonomia deve essere piena e assoluta o se invece residuino degli spazi nei quali i governi nazionali, nell'esercizio delle loro competenze di politica industriale o economica, possano legittimamente orientare le autorità. E lo stesso problema si pone anche per il legislatore nazionale e per gli organi esecutivi europei, e *in primis* per la Commissione, per i quali pure occorre chiedersi se, ed eventualmente in che modo e con quali limiti, possano indirizzare legittimamente le decisioni dei regolatori indipendenti, in particolare rispetto a funzioni assegnate agli stessi dal legislatore europeo.

Così pure, sembra necessario, anche per valutare l'effettività delle regole dirette a garantire l'indipendenza delle autorità, individuare con precisione le conseguenze che discendono dall'eventuale violazione delle stesse: cosa accade se, ad esempio, il governo o il parlamento adottano un atto specificamente preordinato a conformare il contenuto di una scelta regolatoria di competenza di un regolatore settoriale? E come operano esattamente i presidi e le garanzie volti ad assicurare l'indipendenza sul piano organizzativo delle autorità?

La prassi di questi anni, in Italia e in Europa, mostra che non si tratta di questioni astratte: la tentazione della politica di interferire, attraverso atti formali o pressioni molto sostanziali, con le scelte affidate dalla legge ai regolatori indipendenti si è rivelata molto forte¹², ed essa appare oggi destinata ad incrementarsi ulteriormente con l'affermarsi di forze e stili di governo che non si riconoscono pienamente nei principi della democrazia liberale¹³.

Si pone d'altra parte il problema – da sempre discusso in dottrina ma tuttora irrisolto – della natura tecnica o anche politica del ruolo e delle funzioni delle autorità. Che i regolatori assumano – o, meglio, possano legittimamente assumere – anche scelte politico-discrezionali oppure debbano limitarsi esclusivamente ad apprezzamenti di natura tecnico-economica è

¹² V. al riguardo S. CASSESE, *Chi ha paura delle autorità indipendenti?*, in *Mercato concorrenza regole*, 1999, n. 3, 471 ss.; D. SORACE, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Mercato concorrenza regole*, 2002, n. 2, 337 ss.; CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., 23 ss.; NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., 100 s.

¹³ Al riguardo non si possono che condividere le argomentate preoccupazioni – e l'attenta analisi – svolte da M. CLARICH, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 2018, n. 1, 2 ss. V. anche al riguardo, con specifico riferimento alle banche centrali, C. GOODHART and R. LASTRA, *Populism and Central Bank Independence*, in *Open Economies Review*, 2018, vol. 29, 49 ss.

un tema ovviamente centrale, anche perché incide, secondo un'opinione molto diffusa, sul problema della legittimazione democratica delle autorità. Pur se non tutti, come si avrà modo di mostrare, condividono tale impostazione, appare infatti ragionevole ritenere che tale problema di legittimazione si ponga in termini del tutto diversi nei casi in cui si riconosca alle autorità, nonostante la loro estraneità al circuito politico-rappresentativo, il potere di ponderare discrezionalmente interessi.

Infine, appare necessario chiarire se, nei settori in cui è stata istituita un'autorità indipendente di regolazione, permanga uno spazio significativo di intervento per gli organi di governo, nazionali o locali, o se invece debba ritenersi che in tali settori le autorità assorbano in sé tutte le funzioni di disciplina dei mercati: questione a sua volta cruciale per valutare se la creazione di regolatori indipendenti ha, come da qualcuno ritenuto, l'effetto di pretermettere o comunque di comprimere drasticamente la tutela di interessi pubblici di carattere sociale, oggetto di esplicita protezione costituzionale, diversi da quello allo sviluppo di mercati concorrenziali o comunque efficienti¹⁴.

Questi sono i problemi che s'intende innanzitutto sottoporre ad analisi, fatto salvo peraltro che l'esame degli stessi richiederà necessariamente di considerare anche altri temi rilevanti, pur essi molto discussi, come quelli inerenti ai procedimenti di regolazione¹⁵ o alla configurabilità di poteri regolatori impliciti¹⁶ o al sindacato giudiziale sugli atti

¹⁴ V. da ultimo, al riguardo, con riferimento al ruolo delle banche centrali indipendenti, O. CHESSA, *La Costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio del bilancio*, Jovene, Napoli, 2016.

¹⁵ Tra i molti studi in materia v. almeno i contributi raccolti nel vol. *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, in *Quaderni del Consiglio di Stato*, Giappichelli, Torino, 1999 (ove, in particolare, M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, 9 ss., e M. D'ALBERTI, *Procedimenti generali e singolari: problemi attuali e miglioramenti possibili*, 91 ss.); G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., in particolare 222 ss.; E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 679 ss.; M. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., 149 ss.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., 113 ss.; M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 189 ss.; R. CHIEPPA, in CHIEPPA-CIRILLO (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 63 ss.

¹⁶ Sul tema v. in particolare N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001; ID., *Principio di legalità e principio di certezza del diritto nella regolazione amministrativa dei servizi di interesse economico generale*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 157 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Giuffrè, Milano, 2006, in particolare 124 ss.; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impli-*

delle autorità¹⁷. Temi che appaiono peraltro, alla luce della dottrina e della giurisprudenza che se ne sono in questi anni (largamente) occupate, assai più consolidati rispetto a quelli in precedenza richiamati.

Si deve aggiungere che tale analisi sarà in particolare incentrata sui due macro-settori dei servizi di interesse economico generale e dei servizi e delle attività finanziarie, che appaiono quelli in cui le interrelazioni tra politica e regolazione indipendente risultano più significative e che, pur nella notevole diversità delle funzioni svolte, presentano sulle questioni sopra richiamate assetti normativi per più aspetti coincidenti.

D'altra parte, le autorità indipendenti che saranno oggetto di esame saranno solo quelle preposte alla regolazione (e alla vigilanza) di mercati, non perché si ritenga che le stesse siano le uniche vere autorità indipendenti, né evidentemente perché problemi di relazione tra amministrazioni indipendenti e politica non possano emergere anche in ambiti differenti¹⁸,

citi, in *Dir. amm.*, 2007, 703 ss.; D. SIMEOLI, voce *Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ. agg., Torino, 2014, par. 9; P. PANTALEONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

¹⁷ V. R. CARANTA, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., 165 ss.; F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti "regolatrici"*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2000, 471 ss.; F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 181 ss.; R. VILLATA, *Giurisdizione Esclusiva e Amministrazioni indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 792 ss.; A. PAJNO, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 617 ss.; CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., 177 ss.; E. FERRARI-M. RAMAJOLI-M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento del mercato*, Giappichelli, Torino, 2006; M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 80 ss.; D. BORSELLINO, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, Cedam, Padova, 2007; F. FRACCHIA, *Giudice amministrativo ed energia: il sindacato del Tar Lombardia sugli atti dell'Autorità per l'energia e il gas*, in *Il diritto dell'economia*, 2007, 631 ss.; A. LALLI, *Indipendenza e controllo giurisdizionale*, in M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, cit., 153 ss.; A. TRAVI, *Autorità per l'energia elettrica e giudice amministrativo*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2007, 73 ss.; R. CHIEPPA, in CHIEPPA-CIRILLO (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., 91 ss. Sul judicial review nel sistema statunitense v. B. MARCHETTI, *Pubblica Amministrazione e Corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle amministrative agencies*, Cedam, Padova, 2005, in particolare 101 ss.

¹⁸ Ad esempio, con riferimento all'ambito, oggi più che mai delicato e sensibile, del trattamento dei dati personali: v. al riguardo, il caso emblematico dell'intervento del governo ungherese sull'autorità nazionale di controllo sulla protezione dei dati (su cui C. giust., 8 aprile 2014, causa C-288/12, *Commissione europea e Garante europeo dei dati personali contro Ungheria*).

Sulla nozione – notoriamente assai controversa – di regolazione v. in dottrina, tra gli altri, L. HANCHER-M. MORAN, *Introduction: Regulation and Deregulation*, in *European Jour-*

ma per l'ovvia ragione che sono le sole rispetto alle quali possa porsi la questione del loro ruolo rispetto alla dinamica dei rapporti tra politica e mercato.

Resterà fuori dal perimetro dello studio anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione, che, com'è già stato sottolineato in dottrina, presenta specificità significative rispetto alle (altre) autorità di regolazione, tali da suggerire una sua considerazione separata¹⁹. Così pure, non sarà oggetto di specifica considerazione l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che non è in senso proprio un'autorità di regolazione competente a definire in via amministrativa le regole di funzionamento di un mercato – il che non esclude, tuttavia, che le conclusioni a cui si perverrà rispetto ai temi qui considerati possano essere ritenute in parte applicabili anche ad essa²⁰.

nal of Political Research, 1989, 129 ss.; A. OGUS, *Regulation. Legal form and Economic Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994; A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit., in particolare 117 ss.; R. BALDWIN-M. CAVE-M. LODGE, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, Oxford, II ed., 2011, in particolare 2 ss.; J. BLACK, *Critical Reflections on Regulation*, in *Australian Journal of Legal Philosophy*, 2002, 27, 1 ss. (ma v. anche *LSE Centre for the Analysis of Risk and Regulation Discussion Paper*, 4, 2002); L. CALANDRI, *Recherche sur la notion de regulation en droit administratif francais*, LGDJ, Paris, 2008; B. TONOLETTI, *Il mercato come oggetto della regolazione*, cit., 5 ss.

¹⁹ V. in tal senso L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. della regolazione dei mercati*, 2016, n. 2, 72 ss. Sull'ANAC v. comunque in dottrina R. CANTONE-F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2015; I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2016; N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Giustamm*, 5/2016.

²⁰ Sull'Autorità garante della concorrenza e del mercato e sui suoi connotati strutturali e funzionali, gli studi sono ovviamente molto numerosi. Qui si ricordano in particolare M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. BASSI e F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit., 115 ss.; A. ZITO, *L'attività dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di concentrazioni*, in *Dir. amm.*, 1993, 167 ss.; G. DE MINICO, *Antitrust e Consob*, Cedam, Padova, 1997; M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Giuffrè, Milano, 1998; M. DI BENEDETTO, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Il Mulino, Bologna, 2000; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit., in particolare 307 ss.; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007, in particolare 51 ss.; F. CINTIOLI, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato e il suo ruolo unificante nell'ordinamento*, in M. CAFAGNO-F. MANGANARO, *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze University Press, Firenze, 2016, 509 ss.

Non si esclude ovviamente che, come da tempo evidenziato in dottrina, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, così come le altre autorità *antitrust* (a cominciare dalla stessa Commissione europea), possano con i loro atti produrre effetti (ed eventualmente anche perseguire fini) di conformazione dei mercati, secondo gli assetti che ritengono più coerenti con le dinamiche concorrenziali. Ma, a prescindere dalla questione della natura tecnica



La struttura del lavoro è la seguente.

Il primo capitolo ricostruisce sinteticamente il dibattito dottrinale svoltosi a partire dalla fine degli anni ottanta del secolo scorso e poi nei due decenni successivi sui temi concernenti il rapporto tra regolazione indipendente e politica. Come si avrà modo di evidenziare, già in tale periodo emergono con chiarezza tre diversi orientamenti ricostruttivi, ben distinti tra loro, che hanno fortemente connotato anche il confronto dottrinale successivo e che ancora oggi, nonostante le novità introdotte sui temi in esame dal legislatore europeo a cavallo tra il primo e il secondo decennio di questo secolo, continuano ad avere un rilievo notevole ai fini della soluzione in via interpretativa delle questioni sopra delineate.

Il secondo capitolo muove proprio dall'analisi delle disposizioni dettate dal legislatore europeo tra il 2009 e il 2012, con riferimento tanto alle autorità nazionali di regolamentazione quanto alle autorità indipendenti europee, per proporre poi, sulla base delle stesse e però anche dei principi fondamentali dell'ordinamento europeo e nazionale, una soluzione di carattere generale alle questioni dell'indipendenza delle autorità e della natura tecnica o anche politica dei loro poteri. Il rapporto assai stretto tra tali due questioni, e anzi la sostanziale circolarità tra le stesse, emergerà qui con particolare evidenza.

Il terzo capitolo sarà invece dedicato a verificare analiticamente, sulla base dell'esame di alcuni problemi concreti e di alcuni casi di particolare rilevanza, quali siano gli orientamenti della giurisprudenza europea e nazionale e della stessa prassi dei regolatori sui temi in esame e anche ad evidenziare le incertezze e le difficoltà, innanzitutto di ordine sistematico e concettuale, che essi incontrano nell'affrontarli.

Gli esiti complessivi dell'analisi svolta saranno ovviamente precisati in sede di Conclusioni, ove si tornerà anche a riflettere sulle ragioni di fondo dell'utilizzo del modello delle autorità indipendenti di regolazione e sulla scelta politica che tale utilizzo esprime anche quanto al rapporto tra dinamiche di mercato ed interventi pubblici di disciplina degli stessi.

o anche politico-discrezionale delle valutazioni da esse poste in essere (su cui si avrà comunque modo di tornare nel corso della trattazione), resta il fatto che le stesse, contrariamente alle autorità di regolazione propriamente intese, non sono in linea generale competenti ad adottare atti generali volti a disciplinare il funzionamento dei mercati.

REGOLAZIONE INDIPENDENTE E POLITICA NEL DIBATTITO DOTTRINALE

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Democrazia, amministrazioni indipendenti e visioni liberiste: l'indipendenza della regolazione come (affermato) corollario della scelta comunitaria a favore di un'economia aperta e in libera concorrenza. – 3. Considerazioni critiche. – 4. Le Autorità come soggetti neutrali e la regolazione condizionale: le tesi che configurano in termini restrittivi la discrezionalità politico-amministrativa delle autorità. – 5. Considerazioni critiche. La necessità di distinguere tra le tesi neutraliste e l'affermazione del carattere condizionale della regolazione (talora) affidata alle autorità indipendenti. – 6. Le autorità come soggetti (necessariamente) politici: le tesi anti-neutraliste e le conseguenze sul piano dell'indipendenza. – 7. Considerazioni critiche. Un assunto non condivisibile e un eccesso di genericità. – 8. Dalla teoria alle norme: la svolta del legislatore europeo.

1 **Premessa**

Gli anni novanta del secolo scorso segnano, com'è noto, la piena affermazione del modello delle autorità amministrative indipendenti in Italia e in larga parte dei Paesi dell'emisfero occidentale¹.

Muovendo dal modello rappresentato dalle progresse esperienze nord-americane e inglesi², e confrontandosi con quelle quasi coeve di Francia,

¹ Ovviamente, larga parte dei lavori di carattere generale sulle autorità indipendenti (sopra citati alla nt. 9) danno conto delle principali tappe di sviluppo ed affermazione del modello. Particolarmente utile anche sotto questo profilo è comunque la lettura di A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit., 15 ss. Per una ricostruzione molto puntuale dell'evoluzione della normativa italiana fino al 2002 v. F. MERUSI-M. PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, cit., 144 ss.

² Per l'esperienza statunitense v., tra gli altri, M.H. BERNSTEIN, *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1955; T.K. MCCRAW, *Prophets of regulation*, Cambridge, Harvard University Press, 1984; P. STRAUSS, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, in *Columbia Law Re-*

Germania e Spagna³, anche il legislatore italiano, talora sulla spinta di quello europeo, da un lato istituisce nuove autorità, sin da subito disciplinate

view, 1984, 578 ss.; G.P. MILLER, *Independent Agencies*, in *The Supreme Court Review*, 1986, 50 ss.; H.H. BRUFF, *On the Constitutional Status of the Administrative Agencies*, in *The American University Law Review*, vol. 36, 1987, 491 ss.; A. MORRISON, *How Independent are the Independent Regulatory Agencies?*, in *Duke Law Journal*, 1988, 252 ss.; P. VERKUIL, *The Purposes and Limits of Independent Agencies*, *Ibidem*, 259 ss.; A. PETERS, *Independent Agencies: Government's Scourge or Salvation?*, *Ibidem*, 290 ss.; S. SHAPIRO, *Political Oversight and the Deterioration of Regulatory Policy*, in *Administrative Law Review*, 1994, 37 ss.; A. SCALIA, *Le independent regulatory agencies nell'ordinamento statunitense*, in AA.VV., *Attività regolatoria e autorità indipendenti. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, Giuffrè, Milano, 1996, 31 ss.; S.G. BREYER-R.B. STEWART-C.R. SUNSTEIN-A. VERMEULE, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text and Cases*, Aspen Publishers, New York, 2006. Nella dottrina italiana v. P. TESAURO, *Le «Independent Regulatory Commissions»*, Jovene, Napoli, 1966; M. PATRONO, *Sistema dei «Regulatory Powers» e Corte Suprema federale*, Giuffrè, Milano, 1974, 86 ss.; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Il Mulino, Bologna, 1992, 97 ss.; ID., voce *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1995, 1 ss.; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, cit., 53 ss.; ID., voce *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1997, 2; L. BARRA CARACCIOLLO, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento U.S.A. Profili comparativi con l'esperienza italiana*, Giappichelli, Torino, 1997; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, cit., 647 ss.; G. TIBERI, *Le Independent Commissions nell'ordinamento statunitense*, in *Amministrare*, 2000, 172 ss.; B. MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e Corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle administrative agencies*, cit.

Per l'esperienza inglese v., tra gli altri, R. BALDWIN-C. MAC CRUDDEN, *Regulation and Public Law*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1987; A. OGUS, *Regulation: Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994; T. PROSSER, *Law and the Regulator*, Clarendon Press, Oxford, 1997; C. GRAHAM, *Regulating Public Utilities*, Hart Publishing, Oxford, 2000. V. anche M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, cit., 68 ss.

³ Per quanto attiene alla Francia, v. Y. CANNAC et F. GAZIER, *Etude sur les autorités indépendantes*, in *Etudes et Documents du Conseil d'Etat*, n. 35, 1983-1984, 13 ss.; J. CHEVALLIER, *Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes*, in *La semaine juridique*³, 1986, 3254 ss.; C.A. COLLIARD-G. TIMSIT (sous la direction de), *Les autorités administratives indépendantes*, PUF, Paris, 1988; J.L. AUTIN, *Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: un autre mode de régulation?*, in *Revue de droit public*, 1988, 1213 ss.; M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, Paris, 1991; M.J. GUEDON, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 1991. V. anche G. GRASSO, *Spunti per uno studio sulle autorità amministrative indipendenti: il problema del fondamento costituzionale (Italia, Francia, Stati Uniti d'America)*, in *Quaderni regionali*, 1993, 1303 ss.; A. MASSERA, "Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato, cit. 451 ss.; ID., *La crise du système ministériel le développement des établissements publics et des autorités indépendantes*, in *Revue française d'administration publique*, 1993, 341 ss.; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, cit., 49 ss.; ID., voce *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1995.

come indipendenti dal Governo e dagli apparati amministrativi tradizionali⁴, dall'altro modifica significativamente la disciplina di talune autorità già esistenti per conferire alle stesse tratti di indipendenza funzionale ed organizzativa assai maggiori rispetto al passato⁵.

Aldilà delle ragioni specificamente nazionali di tale fenomeno, legate alla crisi anche di legittimazione della classe politica e ai condizionamenti derivanti dalla difficile situazione finanziaria del Paese⁶, tali sviluppi si ricollegano – come pure è ben noto – al prevalere su larga scala di visioni politiche e culturali favorevoli ad un'espansione del ruolo del mercato e dei meccanismi concorrenziali e ad un corrispondente, drastico ridimensionamento delle funzioni di governo pubblico dell'economia e di intervento diretto nella stessa.

Si afferma il paradigma dello Stato regolatore, nel cui ambito i pubblici poteri rinunciano ad orientare i processi economici verso fini da essi definiti, per limitarsi a fissare le regole e le condizioni per il corretto ed efficiente svolgersi di quei processi⁷.

⁴ Tra le autorità di nuova istituzione devono ovviamente farsi rientrare l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, istituita con la l. 10 ottobre 1990, n. 287; la Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, istituita con la l. 12 giugno 1990, n. 46; l'Autorità per l'energia elettrica e il gas (oggi Autorità di regolazione per l'energia, le reti e l'ambiente), istituita con la l. 14 novembre 1995, n. 481; il Garante per la protezione dei dati personali, istituito con la l. 31 dicembre 1996, n. 675.

⁵ Qui il riferimento è alla Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB), e alla sua riforma intervenuta prima con la l. 4 giugno 1985, n. 281 e poi con le ll. 2 gennaio 1991, n. 1, 17 maggio 1991, n. 157 e 18 febbraio 1992, n. 149; all'ISVAP (oggi IVASS), istituito con la l. 12 agosto 1982, n. 576 e poi trasformato in autorità indipendente nel corso degli anni novanta con una serie di successivi provvedimenti legislativi che gli hanno attribuito poteri decisionali e lo hanno sottratto al potere di indirizzo del Ministero competente per il settore (l. 9 gennaio 1991, n. 20; d.p.r. 18 aprile 1994, n. 385; d.l. 17 marzo 1995, n. 174 e n. 175; d.l. 13 ottobre 1998, n. 373; d.l. 4 agosto 1999, n. 343); e al Garante della radiodiffusione e dell'editoria (ex Garante per l'editoria), che acquista nuove competenze e nuovi poteri con la l. 31 luglio 1997, n. 249, che lo trasforma in Autorità per le garanzie nelle comunicazioni. Del tutto particolare è poi, com'è ben noto, il caso della Banca d'Italia, la cui evoluzione in vera autorità indipendente è avvenuta – prima ovviamente dei più recenti sviluppi legati all'istituzione della Banca Centrale Europea – più in via di prassi amministrativa che non per effetto di modifiche legislative formali.

⁶ V. CLARICH, *Autorità indipendenti*, cit., 22 s.

⁷ V. ancora A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, cit., *passim*, e prima ID., *Lo Stato regolatore*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1991, 3, 1 ss., ID., *Deregulation e privatizzazione: differenze e convergenze*, in *Stato e mercato*, 1992, 35, 249 ss., e G. MAJONE, *The rise of the Regulatory State in Europe*, in *West European Politics*, 1994, 17, 3, 78 ss.; nonché S. CASSESE, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 378 ss.; ID., *La trasformazione dei servizi pubblici*, in *Economia pubbl.*, 1995, 5, 5 ss.; ID., *Rego-*

L'effettivo perimetro di applicazione di tale paradigma – e dunque il fatto che esso coesista con quelli dello Stato dirigista e dello Stato imprenditore oppure si sostituisca almeno in via tendenziale ad essi – e i caratteri concreti dello stesso variano significativamente a seconda delle diverse esperienze nazionali. Ma è indubbio che tale paradigma assuma in molti Paesi, e comunque in quelli appartenenti all'Unione Europea, uno spazio significativo nel quadro delle politiche pubbliche sui mercati; ed è anche certo che al suo interno un ruolo rilevante è attribuito ad autorità di regolazione sganciate dal tradizionale circuito politico-rappresentativo.

A fronte di tali sviluppi – che sono insieme culturali, fattuali e normativi –, mentre la scienza politologica contribuisce significativamente a chiarire i tratti salienti della nuova figura e del più ampio modello istituzionale in cui si inserisce⁸ e quella economica evidenzia i vantaggi che gli stessi presentano sul piano dell'efficienza dei mercati e dei sistemi produttivi⁹, la dottrina giuridica si trova ad affrontare i complessi problemi posti dall'esigenza di inquadramento sistematico delle autorità e da quella di verificare la coerenza e la compatibilità costituzionale delle relative normative.

Così, accanto alle questioni inerenti alla configurabilità di una categoria unitaria di autorità indipendenti, volta a dare unità e coerenza alle diversificate discipline relative alle singole *species*¹⁰, e a quelle concernen-

lazione e concorrenza, in G. TESAURO-M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, cit., 11 ss.; ID., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, cit., 265 ss. V. anche A. ROBERTS, *The logic of discipline*, cit., 3 ss.

⁸ Tra i moltissimi contributi di matrice politologica, v. quelli citati sopra alla nt. 9 dell'Introduzione e quelli di MAJONE-LA SPINA e di MAJONE citati alla nt. 27 dell'Introduzione.

⁹ V. P. JOSKOW-R. NOLL, *Regulation in Theory and Practice: an Overview*, in FROMM (a cura di), *Studies in Public Regulation*, MIT Press, Cambridge (MA), 1981, 1 ss.; V. GRILLI-D. MASCIANDARO-G. TABELLINI, *Political and monetary institutions and public financial policies in the industrial countries*, in *Economic Policy*, vol. XVI, n. 16, 1991, 341 ss.; A. CUKIERMAN-S.B. WEB-B. NEYAPTI, *Measuring the Independence of Central Banks and its Effects on Policy Outcomes*, in *The World Bank Economic Review*, 1992, 6 (3), 353 ss.; A. ALESINA-L. SUMMERS, *Central Bank Independence and Macroeconomic Performance*, in *Journal of Money, Credit and Banking*, 25, n. 2, 1993, 151 ss. In tempi più recenti v. anche, nella stessa prospettiva, A. BOITANI, *Costi e benefici dei diversi modelli di regolazione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2002, 385 ss.; G. EDWARDS-L. WAVERMAN, *The Effects of Public Ownership and Regulatory Independence on Regulatory Outcomes*, in *Journal of Regulatory Economics*, 2006, 29(1), 23 ss.; C. CAMBINI-L. RONDI, *Regulatory independence, investment and political interference: evidence from EU*, in *EUI Working papers*, 2011.

¹⁰ Emblematiche appaiono sotto questo profilo le posizioni di F. MERUSI e di G. AMATO: il primo, favorevole ad una ricostruzione unitaria delle autorità sulla base del parametro fondamentale costituito dalla loro comune missione di promuovere la parità delle armi tra i sog-

ti la natura propriamente amministrativa (ovvero costituzionale o para-giurisdizionale) delle autorità¹¹, il regime giuridico applicabile ai loro atti¹² e i modi del sindacato giudiziale sugli stessi¹³, nelle riflessioni di carattere giuridico assume rilievo centrale il problema della coerenza della figura con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale.

E, infatti, la sottrazione delle autorità al potere di indirizzo politico e di controllo del Governo, combinata con il riconoscimento ad esse di rilevanti poteri normativi e provvedimentali, obbliga a porsi la questione – del resto, rimasta irrisolta anche nei sistemi in cui il modello della regolazione indipendente era da tempo accolto¹⁴ – della compatibilità del nuovo

getti del mercato (sia pure, escludendo dalla categoria figure che a quella missione non potevano essere ricondotte) (v. al riguardo, tra l'altro, MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., 18 ss. e 45 ss., nonché MERUSI e PASSARO, voce *Autorità indipendenti*, cit., 166 ss.); il secondo, sostenitore invece della necessità di distinguere tra autorità di garanzia (preposte alla tutela di diritti fondamentali e pienamente indipendenti) e autorità di regolazione (incaricate della disciplina di mercati e solo parzialmente indipendenti), tra le quali sarebbero riscontrabili significative e non casuali diversità di regime giuridico (v. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, cit., e ID., *Le autorità indipendenti nella costituzione economica*, cit.). Sull'opportunità di distinguere varie tipologie di autorità indipendenti (il che ovviamente non esclude che per le stesse possa comunque individuarsi un nucleo di principi e regole comuni) v. anche F. PATRONI GRIFFI, *Tipi di autorità indipendenti*, in CASSESE-FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., 29 ss.; A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, *Ibidem*, 108 ss.

¹¹ V. al riguardo S. CASSESE, *La Commissione nazionale per le società e la Borsa-Consob*, cit., 412 ss.; ID., *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultra-statali*, in *Foro it.*, 1996, V, 7; R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, cit., 126; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., 168 ss. E v. anche sul tema C. cost., ord. 2 giugno 1995, n. 226 (nonché, più di recente, Cons. Stato, sez. VI, 28 novembre 2012, n. 6014).

¹² Al riguardo v. ancora l'ampilissimo studio di G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit.. E v. anche C. MALINCONICO, *Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti*, in CASSESE-FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., 37 ss.

¹³ Per il dibattito dell'epoca v. R. CARANTA, *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, cit.; S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., 222; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., 248 ss.; I.M. MARINO, *Autorità garante della concorrenza e giustizia amministrativa*, in *Scritti in onore di P. VIRGA*, II, Milano, 1994, 1001 ss.; A. PERINI, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 1994, 71 ss. Nella dottrina francese v. J.L. AUTIN, *Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: un autre mode de régulation?*, cit.; ID., *Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le Conseil d'Etat: est-il pertinent?*, in *Revue de droit public*, 1988, 1533 ss.

¹⁴ In particolare, nel sistema statunitense, per quanto il fenomeno della regolazione mediante *Independent Agencies* potesse considerarsi ormai del tutto consolidato, permanevano comunque dubbi sulla sua piena coerenza con il principio democratico: l'assetto che si era venuto definendo in quasi un secolo di storia – com'è noto, imperniato sull'apertura dei pro-

modello con i principi di responsabilità ministeriale e di sovranità popolare sanciti dalla nostra Costituzione¹⁵.

È in questo contesto che anche i temi specificamente oggetto di questo lavoro – quelli relativi al rapporto complesso e problematico tra regolazione indipendente dei mercati e politica – iniziano ad essere considerati e a trovare le loro prime, ancora embrionali, sistemazioni dottrinali.

Già in questa fase emergono al riguardo taluni ben definiti indirizzi interpretativi, in misura non lieve antitetici, che hanno poi continuato ad essere presenti, con alterna fortuna, nel confronto scientifico successivo e che tuttora esercitano una significativa influenza sul modo di intendere e di ricostruire le norme inerenti all'indipendenza delle autorità, ai loro poteri e al riparto di competenze tra le stesse e gli organi politico-amministrativi.

Nessuno di tali orientamenti affronta in modo analitico tali questioni, e tuttavia le indicazioni più generali che essi forniscono riguardo ai problemi relativi al ruolo e alla missione delle Autorità, come pure a quelli della natura dei poteri ad essi conferibili, hanno avuto e hanno una significativa rilevanza relativamente alle stesse.

Si tratta fondamentalmente di tre indirizzi interpretativi¹⁶.

Il primo orientamento è quello che intende la relazione tra regolazione indipendente e politica nei termini di una separazione netta e radicale: una relazione nell'ambito della quale mentre alle autorità vengono rico-

cedimenti regolatori alla partecipazione degli interessati, sui rapporti molto stretti tra le *Agencies* e il Congresso e sulla sindacabilità in sede giurisdizionale degli atti delle stesse – continuava a sollevare incertezze e critiche anche sul piano strettamente costituzionale (v. al riguardo, tra gli altri, G.P. MILLER, *Independent Agencies*, cit., 50 ss.; H.H. BRUFF, *On the Constitutional Status of the Administrative Agencies*, cit., 491 ss.).

¹⁵ V. innanzitutto V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle "amministrazioni indipendenti"*, in BASSI-MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit., 1 ss., in particolare 23 ss.; G. PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, 1 ss.; G. DE VERGOTTINI, *L'autorità di regolazione dei servizi pubblici e il sistema costituzionale dei pubblici poteri*, in *Rass. giur. ENEL*, 1996, 277 ss.; F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Cedam, Padova, 2000, in particolare 150 ss. V. inoltre gli A. citati nei prossimi paragrafi di questo Capitolo. Per una sintesi molto chiara del dibattito svoltosi al riguardo nella dottrina giuspubblicistica italiana negli anni novanta e nei primi anni del nuovo secolo v. F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. un. eur.*, 2006, 27 ss.

¹⁶ Anche G. DELLA CANANEA, *Autorità indipendenti?*, in *Dir. amm. e soc. civ.*, vol. I - *Studi introduttivi*, Bononia University Press, Bologna, 2018, 199 ss., individua sinteticamente nella letteratura sulle autorità indipendenti tre fondamentali linee di pensiero, sia pure non pienamente coincidenti con quelle qui indicate.

nosciuti – per il fine di assolvere alla missione di promuovere la parità delle armi tra i soggetti del mercato – competenze e poteri (normativi e provvedimentali) assai ampi e un'indipendenza pressoché totale, il ruolo degli organi politicamente rappresentativi nella disciplina dei mercati viene concepito in termini estremamente limitati, sia quanto alla possibilità di influire sulle scelte delle autorità sia quanto alle attribuzioni ad essi spettanti¹⁷.

Il secondo indirizzo, identificabile per la particolare attenzione riservata al tipo di regole e regolazioni – condizionali, finalistiche o prudenziali – caratteristiche delle autorità indipendenti e più in generale proprio degli assetti normativi risultanti dalle politiche di liberalizzazione dei mercati, non è particolarmente focalizzato sulle questioni attinenti alla relazione tra politica e regolatori indipendenti, ma riveste comunque un rilievo significativo rispetto alle tematiche qui in esame, in particolare laddove esclude che di norma i secondi operino scelte propriamente politico-discrezionali, preordinate alla cura di un interesse pubblico in senso proprio¹⁸. Il che pone in termini ben diversi rispetto all'orientamento precedente, come si è già accennato e come si avrà modo di vedere ampiamente nel prosieguo del lavoro, il problema della legittimazione democratica delle autorità.

Infine, il terzo indirizzo interpretativo si caratterizza perché, contrariamente ai primi due, guarda con forte preoccupazione alle politiche di liberalizzazione dei mercati, al connesso ridimensionamento del ruolo degli organi politici e al prevalere di logiche di mera efficienza economica; e tende pertanto a ricondurre anche le autorità indipendenti, sia pure con alcune peculiarità, all'interno del circuito democratico-rappresentativo e a riconoscere alle stesse un ruolo sostanzialmente politico¹⁹.

Vi sono ovviamente, nella letteratura giuspubblicistica italiana e non italiana, studi e contributi significativi che non possono essere ricondotti a questi tre indirizzi. E anche di essi si avrà modo di dare conto, in questo

¹⁷ Com'è ben noto, tale indirizzo ricostruttivo è riconducibile innanzitutto a Fabio Merusi, che nei suoi molti lavori sul tema (da solo e poi anche insieme a Michele Passaro) ha formulato relativamente alle autorità indipendenti una proposta ricostruttiva ampia ed organica. Su tale proposta ricostruttiva v. specificamente *infra*, parr. 2 e 3.

¹⁸ Il riferimento è qui agli studi di Sabino Cassese, Luisa Torchia, Giulio Vesperini, che hanno inizialmente riguardato in prevalenza il settore della regolazione dei mercati finanziari ma che hanno poi assunto una connotazione generale, e a quelli di Giulio Napolitano sulla regolazione dei servizi di interesse economico generale. Su di essi v. *infra*, parr. 4 e 5.

¹⁹ Tale orientamento, piuttosto diffuso nella letteratura costituzionalistica sulle autorità, ha trovato organica espressione nei lavori di Michela Manetti. Su di esso v. *infra*, parr. 6 e 7.

capitolo e nei successivi. Ma qui interessa in modo particolare vedere da vicino ed analizzare contenuti, presupposti ed implicazioni di quei tre orientamenti, perché essi sembrano esprimere – con un taglio fortemente prescrittivo, nel caso del primo e del terzo indirizzo – linee interpretative e opzioni di politica del diritto molto nette, che hanno avuto e possono avere tuttora un impatto rilevante non solo sul dibattito scientifico ma anche sulle scelte da compiere in sede parlamentare e governativa, sulle operazioni interpretative della giurisprudenza e sulla prassi delle autorità (e degli organi ministeriali).

Che una regolazione “autoreferenziale” e del tutto sganciata dalla politica sia la forma di disciplina dei mercati più coerente con la costituzione economica europea²⁰ o addirittura l’unica coerente con la stessa o che, al contrario, nessuna regolazione pienamente indipendente dalla politica possa essere considerata compatibile con i principi propri di un ordinamento democratico sono tesi opposte, egualmente radicali, con cui ancora oggi appare necessario confrontarsi.

La disciplina positiva, europea e nazionale, che definisce i rapporti tra regolatori indipendenti e organi politici si è fortemente evoluta in questi anni, soprattutto a partire dal 2009²¹ e anche il contesto politico-culturale in cui essa s’inserisce è notoriamente assai diverso da quello prevalente quando quegli orientamenti sono stati inizialmente delineati. Ma le opzioni di fondo che gli stessi esprimono permangono e continuano ad esercitare o a poter esercitare la loro influenza sul modo in cui vengono affrontate e risolte in sede legislativa o interpretativa le molteplici questioni che quella disciplina positiva tuttora solleva.

Di essi è quindi ora opportuno occuparsi.

²⁰ Sulla costituzione economica europea v., in dottrina, tra gli scritti degli anni novanta dello scorso secolo, G. GUARINO, *Pubblico e privato nell’economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quaderni cost.*, 1992, 21 ss.; G. BOGNETTI, *La Costituzione economica tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in *Annuario AIC 1991*, Cedam, Padova, 1997; G. AMATO, *La nuova costituzione economica*, in G. NAPOLITANO-G. DELLA CANANEA (a cura di), *Per una nuova Costituzione economica*, Il Mulino, Bologna, 1998, 11 ss.; W. SAUTER, *The Economic Constitution of the European Union*, in *Columbia Journal of European Law*, 1998, 27 ss.; M. POIARES MADURO, *We, the Court – The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Hart Publishing, Oxford, 1998. Più di recente, v. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 4^a ed., 2011; G. DI GASPARÉ, *Diritto dell’economia e dinamiche istituzionali*, Wolters Kluwer-Cedam, Padova, 2^a ed., 2015, 109 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell’economia*, Giappichelli, Torino, 5^a ed., 2016, in particolare 26 ss.

²¹ V. al riguardo *infra*, cap. II.