

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PADOVA
DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE,
GIURIDICHE E STUDI INTERNAZIONALI

Corso di laurea *Magistrale* in
Scienze del governo e politiche pubbliche. Curriculum: Governo delle
amministrazioni



LE AUTORITA' AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI:
STUDIO SULL'INDIPENDENZA E SUI POTERI NORMATIVI

Relatrice: Prof.ssa ANTONELLA PERINI

Laureanda: ALESSIA UCCELLI matricola N. 2058902

A.A. 2022-2023

ABSTRACT

Quando si parla di autorità amministrative indipendenti, l'attenzione è focalizzata solamente sulle due parole chiave "amministrative" e "indipendenti", rischiando di intendere tali organismi quali una parte esterna all'ordinamento in cui operano ed incaricati di funzioni totalmente sottratte al Governo.

Con questa tesi, invece, si vogliono riportare in esame le *authorities* alla luce dei loro poteri normativi e della loro indipendenza che, come si vedrà, offrono la possibilità di intendere tali enti come importanti ed efficienti articolazioni dell'intero apparato giuridico, e non strutture estranee allo stesso.

Con lo scopo teorico di svincolare le *authorities* dalle catene del tradizionalismo giuridico e di affidarle ad un contesto sempre più innovativo dettato dai dogmi europei, lo studio volgerà dapprima uno sguardo alle radici storiche del fenomeno, per poi proseguire con degli approfondimenti sui temi dell'indipendenza, della legittimità costituzionale e dei poteri normativi, terminando con l'esame esemplificativo delle modalità di azione di una delle autorità più importanti nel panorama italiano, ANAC.

INDICE

Introduzione	3
Capitolo I: Le autorità amministrative indipendenti	7
1.1 La storia	7
1.2 L'arrivo in Italia	10
1.3 Quali autorità ci sono e di cosa si occupano	14
Capitolo II: L'indipendenza e la legittimità costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti	29
2.1 Le caratteristiche delle autorità amministrative indipendenti	29
2.1.1 L'indipendenza strutturale	32
2.1.2 L'indipendenza funzionale	35
2.1.3 Alla ricerca dell'indipendenza?	40
2.2 La natura giuridica delle Autorità amministrative indipendenti	45
2.2.1 Autorità con personalità giuridica?	45
2.2.2 L'ipotesi di tertium genus	45
2.2.3 Il fondamento costituzionale	49
2.2.4 La legittimità costituzionale a partire dalla sentenza 13/2019 della Corte Costituzionale	56

Capitolo III: I poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti	67
3.1 I poteri amministrativi	68
3.2 Le funzioni quasi – giudiziali	70
3.3 I poteri normativi	74
3.4 I poteri impliciti e la teoria della legalità	88
3.4.1 Il principio di legalità	88
3.4.2 La teoria dei poteri impliciti	94
Capitolo IV: Un caso applicato, ANAC	103
4.1 Le origini	
4.2 Il whistleblowing	109
4.3 Le linee guida	112
4.3.1 La natura giuridica delle Linee Guida ANAC	
4.3.2 Le Linee Guida sul whistleblowing: la disciplina aggiornata	119
Conclusioni	133
Bibliografia	137

INTRODUZIONE

“Le autorità amministrative indipendenti sono organismi nati per tutelare il rispetto dei diritti nei settori sensibili grazie alla loro indipendenza dagli organi governativi”.

Con questa breve sentenza, già all’epoca in cui frequentavo il liceo, i professori condannavano sbrigativamente al patibolo dell’indifferenza questi organismi, destinando anche – noi – alunni ad arginare da qualche parte della memoria questa breve lezione su questi altrettanto brevi (e semplici) entità.

Gli anni passarono e, durante il corso di diritto amministrativo progredito all’Università, la Professoressa (che mi avrebbe poi accompagnato durante la stesura di questo lavoro) affrontò il tema delle autorità amministrative indipendenti, illustrando come le loro origini oltremare e lo scopo nobile per cui nacquero, avrebbero poi influenzato le autorità italiane che conosciamo ad oggi, con le loro caratteristiche e le loro funzioni.

E poi disse qualcosa che mi incuriosì, un qualcosa che suonò come “l’indipendenza di cui godono in realtà non è una vera indipendenza”.

Capii che sarebbe stato un ottimo argomento di ricerca, non solo per lo scopo ultimo della tesi, bensì per placare quella curiosità che aveva preso il sopravvento così facilmente dopo aver appreso del “paradosso” che credevo, nel “diritto”, non esistesse.

Ho deciso dunque di portare un piccolo contributo agli studi in materia già avviati dai primi anni del nuovo secolo, attraverso un approfondimento di uno dei caratteri principali di tali *authorities*, l’indipendenza, basato maggiormente sulla dottrina recente; inoltre, ho voluto concentrarmi anche sui poteri normativi di cui sono dotate (se lo sono) le autorità in questione, indi per cui è stato utile affrontato anche il tema della loro legittimità costituzionale.

L'intero studio si è sviluppato progressivamente, analizzando innanzitutto le radici del fenomeno *authorities*, che ben affondano nel tumultuoso terreno americano del XIX secolo come nuovi organismi – paladini della giustizia sociale; iniziando ad essere acclamati anche nell'Europa occidentale pochi decenni dopo, verranno conosciuti, amati ed odiati anche nell'Italia del dopoguerra.

Di conseguenza, è necessario rispondere alla domanda, forse, la più semplice che si possa formulare: “cosa sono le autorità amministrative indipendenti italiane? “, ma quella che in assoluto permette di aprire il vaso di Pandora delle loro caratteristiche, tra cui l'indipendenza.

A causa di questa proprietà così tanto singolare, è necessario percorrere due vie:

in primo luogo, quella proposta dalla dottrina che stabilisce un'indipendenza esistente solo parzialmente nelle *authorities* italiane; la seconda, come vedremo, la direzione illuminata dalla giurisprudenza, che reputa necessario stabilire l'esistenza o meno del fondamento costituzionale in siffatti organismi.

Successivamente, ci si addentra nell' *excursus* della problematica che affligge i poteri di cui godono le autorità amministrative indipendenti italiane, in particolare riducendo il campo di studio ai poteri normativi, e come essi possano trovare ragioni di esistere nella teoria della legalità e nella teoria dei poteri impliciti.

Dopo aver analizzato le difficoltà che, nell'interesse di questo studio, ostacolano le autorità, si vuol concludere illustrando quali strumenti, nella pratica, un'Autorità come ANAC possa utilizzare per garantire il corretto esercizio delle proprie (e non solo) funzioni.

Non da ultimo, la tesi che nelle prossime pagine verrà esposta vuole prefiggersi due obiettivi: come primo obiettivo, quello di arricchire una letteratura che in tale campo risulta essere già ampiamente affrontata; come secondo scopo, invece, la volontà di porre nel lettore gli stessi

quesiti che hanno animato la composizione di tale elaborato, provocando, possibilmente, la creazione di ulteriori lavori.

CAPITOLO I : Le autorità amministrative indipendenti

Sommario: 1. Le autorità amministrative indipendenti. – 1.1. La storia. – 1.2 L'arrivo in Italia
– 1.3 Quali autorità ci sono e di cosa si occupano.

Le autorità amministrative indipendenti (o *authorities*) sono un'invenzione relativamente recente nell'ordinamento giuridico italiano. L'arrivo dello Stato liberale e delle conseguenti forme di suffragio¹ nel primo cinquantennio del XX secolo portarono alla creazione di entità amministrative indipendenti, sottratte dall'influenza governativa, per favorire la protezione di settori sensibili come ad esempio quelli costituzionali.

Tuttavia, prima dell'arrivo del secolo liberale, lo spazio riservato a forme di autonomia amministrativa era assente: basti pensare alla promulgazione dello Statuto Albertino del 1848 con la netta separazione dei poteri legislativo ed esecutivo e la forte centralità di quest'ultimo ed alle successive riforme di Cavour che davano sempre più centralità e potere all'esecutivo, creando una struttura piramidale².

Come si vedrà nello specifico nei prossimi paragrafi, in Italia si parlerà specificamente di autorità amministrative indipendenti solo negli anni '80 del secolo scorso, mentre in altre parti del mondo (come in America o in Francia) le amministrazioni indipendenti già fiorivano quasi due secoli prima.

1.1 La storia

Si può parlare per la prima volta di autorità amministrativa indipendente guardando all'America del 1887 dove, il 4 febbraio, venne promulgato l'*Interstate Commerce Act* che vietava alle compagnie ferroviarie di imporre tariffe esorbitanti sui biglietti di viaggio di brevi tratte o predisporre sconti

¹L. ORLANDO, *Genesi delle autorità amministrative indipendenti: natura e funzioni principali*, Il diritto amministrativo. Rivista giuridica, 2023

² Ibidem

per utenti abbienti a scapito dei cittadini di basso rango sociale, tra cui agricoltori o piccole imprese. Questi ultimi, infatti, protestarono contro gli aumenti da molti anni, ma ricevettero risposta solo nel 1874 con l'introduzione di una legge che prevedeva una commissione ferroviaria federale. Tuttavia la proposta di legge non raggiunse i voti desiderati al Senato e perciò nacquero spontaneamente regolamenti ferroviari creati ad hoc dai vari stati, iniziando ad interferire gli uni con gli altri. Per questo, nel 1887, a seguito delle sempre più crescenti proteste da parte dei ceti colpiti dalle assurde tariffe, il senatore dell'Illinois Shelby M. Cullom decise di intraprendere la via che avrebbe portato alla promulgazione dell'*Interstate Commerce Act*³ e, conseguenza, alla creazione della *Commerce Regulatory Commission*, la prima forma di amministrazione indipendente ed autonoma rispetto al potere governativo.

La creazione delle prime forme di autorità amministrative indipendenti ribalta completamente la visione piramidale e governo-centrica che fino a quel momento aveva costituito lo Stato, allargandosi invece verso una prospettiva multi-attoriale e policentrica⁴.

Mentre il modello americano, attraverso la costituzione di *agencies*, aspira alla creazione di un'amministrazione innovativa, indipendente, dotata di poteri sia normativi come il *rulemaking* sia di risoluzione delle controversie come la *adjudication*⁵, in Europa le autorità amministrative indipendenti si sviluppano con lo scopo di allontanarsi dall'influenza dello Stato.

Nel continente europeo, la Francia ha parlato per la prima volta di *autorités administratives indépendantes* nel 1978, durante l'esame

³The Interstate Commerce Act is Passed, United State Senate, URL: https://www.senate.gov/artandhistory/history/minute/Interstate_Commerce_Act_Is_Passed.htm#:~:text=On%20February%201887%20both,%E2%80%9D%E2%80%94to%20regulating%20railroad%20rates, data di ultima consultazione: 20/02/2023

⁴L. ORLANDO, *Genesi delle autorità amministrative indipendenti: natura e funzioni principali*, Il diritto amministrativo. Rivista giuridica, 2023

⁵ Ibidem

preliminare della L. n. 78 – 17 chiamata *Loi informatique et libertès* ossia la legge sulla protezione dei dati personali che di fatto istituisce la prima commissione autonoma e indipendente, la CNIL (*Commission National Informatique et Libertès*)⁶.

Come detto poc'anzi, l'obiettivo degli stati europei della creazione di questi particolari organismi deriva dalla sfiducia provata nei confronti dell'influenza dello stato tradizionale e non solo, anche delle sue incapacità di governare nel settore della concorrenza o nel settore della protezione dei bambini. La sfiducia accresce sempre più vista anche l'incompetenza degli uffici dei Ministeri, estranei dalle realtà su cui devono agire “[...]sont trop éloignés des réalités qu'il faut directement saisir”⁷.

Un'ulteriore e già citata causa per cui è stata avvertita la necessità di creare le *autorités* (sebbene, è sempre utile ricordarlo, in modo spontaneo) è la gestione della concorrenza in un mercato non più monopolistico ma aperto e multi-attoriale. In un siffatto panorama, la concorrenza non è più un elemento statico da osservare e calibrare, bensì uno strumento da costruire attraverso una nuova entità regolatrice, ossia l'autorità amministrativa indipendente⁸.

In Gran Bretagna, invece, si possono trovare gli *administrative tribunals*, indicati da William Robson come delle vere e proprie autorità indipendenti. Essi si sviluppano in modo massiccio tra il XIX e XX secolo nei settori di pubblico interesse come l'edilizia, l'istruzione, la sanità o la pianificazione

⁶Commission nationale de l'informatique ed des libertés, Wikipédia. L'encyclopédie libre, URL: https://fr.wikipedia.org/wiki/Commission_nationale_de_l'informatique_et_des_libert%C3%A9s
data di ultima consultazione: 21/02/2023

⁷ Les autorités administratives indépendantes: évaluation d'un objet juridique non identifié (Tome 2: Annexes). Chapitre I – Conditions de création et coexistence des autorités administratives indépendantes, Sénat. Un site au service des citoyens, URL: <https://www.senat.fr/rap/r05-404-2/r05-404-22.html#:~:text=Autorit%C3%A9%20administrative%20ind%C3%A9pendante%20et%20ouverture,d'un%20secteur%20nagu%C3%A8re%20monopolistique>, data di ultima consultazione 21/02/2023

⁸Ibidem

urbana, ovvero materie molto delicate visto il periodo di grande sviluppo sia demografico sia tecnologico che la nazione stava attraversando, chiamato seconda rivoluzione industriale.

In un periodo di forte crescita aumenta anche la necessità di una regolamentazione molto tecnica ed è proprio questo l'obiettivo dei neonati *tribunals* inglesi: amministrare in modo pubblico tutti i settori privati che regolano servizi sociali (pensiamo alla sanità), scardinando completamente l'idea vittoriana per cui la proprietà privata fosse il fulcro di tutta l'economia.

I *tribunals* dunque sono assimilabili a quelle che noi intendiamo oggi come autorità amministrative indipendenti, in quanto autorità chiamate a tutelare interessi di tipo pubblico, ossia di problemi e richieste da parte dei cittadini (*social justice*)⁹.

1.2 L'arrivo in Italia

L'evoluzione e lo sviluppo sempre più accentuato del diritto comunitario spinge anche l'Italia degli anni '90 a volgere lo sguardo verso le autorità amministrative indipendenti.

Il loro sviluppo è senza dubbio riconducibile all'obbligo di rispettare la volontà comunitaria, consapevoli che questi "nuovi" organismi possano superare le rigidità delle dinamiche sociali ed economiche a cui, altrimenti, ci sarebbe stato ben poco rimedio; inoltre, una seconda spinta la dobbiamo alla persuasiva prospettiva dello Stato regolatore del mercato, ossia uno Stato che abbia come attività principale quella di coordinare i vari settori portanti come il trasporto, l'energia, le telecomunicazioni, ma

⁹M.D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna, Il Mulino, 2019, pp. 93 – 94 – 95

in cui l'intervento delle istituzioni sia solo marginale, di perfezionamento, per poter competere nel sistema produttivo ed economico¹⁰.

L'istituzione di tali autorità si riflette come una risposta alla *crisi di legge* tipica della fine del secolo, ossia dell'incapacità dello Stato e del Governo di gestire settori molto tecnici, soggetti ad una celere evoluzione tecnologica e che necessitano di una regolamentazione legislativa che riesca a stare al loro passo. Per ciò, lo Stato risulta particolarmente inetto nel fornire un sistema preciso di regole che possa essere consultato antecedentemente dai propri destinatari, valutando i possibili comportamenti illeciti¹¹.

In secondo luogo, il loro sviluppo viene accentuato dalla necessità di svincolare i settori sensibili dalla gestione governativa, preferendo altresì degli organismi che, data la loro indipendenza dal governo e imparzialità degli interessi, abbiano sia funzione amministrativa sia di tipo regolativo – sanzionatorio: dunque, un attore *super partes* che riesca ad essere adatto anche sotto il profilo tecnico¹².

Ad esempio, anticipando quanto verrà detto in seguito, le autorità amministrative indipendenti di maggiore spicco le troviamo in materia di concorrenza fra le imprese e in materia di tutela dei consumatori nei confronti di queste ultime¹³.

La terza e ultima ragione per cui le *Authorities* si sono diffuse in Italia è da ricercare nel commiato dello Stato verso l'intervento diretto economico¹⁴.

¹⁰ L. ORLANDO, *Genesi delle autorità amministrative indipendenti: natura e funzioni principali*, Il diritto amministrativo. Rivista giuridica, 2023

¹¹ F. DIMUNDO, *Autorità amministrative indipendenti: poteri e sindacato giurisdizionale sui loro atti*, Ratio Iuris, 2021

¹² Ibidem

¹³ S. PETRONE, *Le autorità amministrative indipendenti: i poteri normativi delle authorities*, Cammino diritto. Rivista di informazione giuridica, 2019, p. 3

¹⁴ Ibidem

Questo ultimo possibile fattore si allaccia ed è conseguenza del primo visto poc'anzi. Le autorità amministrative indipendenti europee tendono a svilupparsi nel passaggio che intercorre tra la crisi dello Stato sociale dirigista - che, per definizione, detiene da sé il potere economico e regola senza controlli il mercato - e la tendenza economica liberista, in cui lo Stato rinuncia al suo potere, diventando solo regolatore.

Con ciò, ci si riferisce all'enorme processo di privatizzazione perseverato negli anni '90 del secolo scorso a cui hanno fatto risposta degli innovativi organismi pubblici indipendenti, aventi lo scopo di evitare che l'intero sistema pubblico venisse sostituito dalla macchia privatista, portando problemi in materia di concorrenza e rispetto dei diritti del consumatore ed, inoltre, di "stimolare un processo di autentica liberalizzazione, volto ad assicurare l'apertura dei mercati"¹⁵.

E' da segnalare come questo processo sia stato prescritto decreto legge 31 maggio 1994, n. 332 recante *Norme per l'accelerazione delle procedure di dimissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni*, in particolar modo dall'*art. 1 – bis Regolazione delle tariffe e controllo della qualità dei servizi*, dove si annunciano le dimissioni delle partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici nelle società private a favore della creazione di organismi indipendenti a cui è lasciata la regolazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi.

Tuttavia, si parla per la prima volta in modo assertivo di autorità amministrative indipendenti all'interno della relazione sulla riforma dell'amministrazione centrale (per modernizzare le istituzioni), presentata da Franco Piga il 18 giugno 1985. A questo fine, infatti, Piga spiega che il modello delle amministrazioni indipendenti già esistenti nel nostro ordinamento potrebbe svolgere un ruolo determinante, quali Consob (Commissione Nazionale per le Società e la Borsa, istituita nel 1974 con l. n. 216), ISPAV (Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private e di Interesse Collettivo, istituito nel 1982 con l. n. 576) e il Garante per la radiodiffusione e l'editoria (introdotto nel 1990 con la l. n. 223).

Piga, che l'anno prima fu nominato Presidente della Consob dall'allora Presidente del Consiglio Craxi, capì sin da subito l'importanza di una indipendenza nei confronti dello Stato per quel che concerne determinate materie: infatti, non appena fu Presidente, attribuì alla Consob maggiore autonomia sia nei confronti del Tesoro sia della Banca d'Italia, riuscendo anche a trasformarlo in ente pubblico ma di interesse privato e creando un circuito di maggiore trasparenza delle operazioni svolte.

In conclusione, per garantire l'autonomia e l'imparzialità dei componenti delle *authorities* nei confronti del controllo diretto del governo, il loro mandato si aggira solitamente intorno ai 7 anni, senza possibilità di rinnovo¹⁶.

¹⁵ F. DIMUNDO, *Autorità amministrative indipendenti: poteri e sindacato giurisdizionale sui loro atti*, Ratio Iuris, 2021

¹⁶Quante sono le autorità amministrative indipendenti, Openpolis, 2020, URL: <https://www.openpolis.it/parole/quante-sono-le-autorita-amministrative-indipendenti/>, data di ultima consultazione: 10/02/2023

1.3 Quali autorità ci sono e di cosa si occupano

Le autorità amministrative indipendenti previste dall'ordinamento italiano operano in modo settoriale, vale a dire che ogni *authority* trova il suo campo d'azione in uno specifico ambito; tuttavia, c'è da sottolineare come molto spesso una singola autorità possa agire in modo trasversale in più settori, come è da esempio l' AGCM (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) per quanto riguarda la concorrenza o l'Autorità garante per la protezione dei dati personali nell'ambito della riservatezza¹⁷.

Dunque, quali autorità amministrative indipendenti vanta l'Italia? E quali sono i relativi settori in cui esse offrono la loro tutela?

In Italia troviamo 12 organismi indipendenti: un primo gruppo di queste è composto da autorità che agiscono nell'ambito della regolazione dei mercati finanziari¹⁸: l' AGCM (Autorità Garante per la Concorrenza ed il mercato) a carattere generale, mentre di natura settoriale troviamo la Banca d'Italia, la CONSOB (Commissione nazionale per le società e per la borsa) e l'IVASS (Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni)¹⁹.

Tuttavia, per rimanere in linea con l'impostazione storica determinata nei paragrafi precedenti, si procederà ora seguendo il processo di sviluppo preciso delle autorità indipendenti italiane partendo dagli anni '70 in poi.

¹⁷ M. BOMBARDELLI, *Le autorità amministrative indipendenti, report annuale – 2013 – Italia*, Ius publicum. Network review, 2013, p. 11

¹⁸ Ibidem, p. 6

¹⁹ Ibidem, p. 6

La prima *authority* italiana, dunque, è stata la CONSOB, istituita nel tardo 1974 ma diventata operante come autorità amministrativa indipendente solo nel 1985 tramite la legge n. 281.

L'esigenza alla base della sua nascita è stata quella di evitare possibili conflitti interburocratici circa la ripartizione delle competenze nel funzionamento del mercato immobiliare²⁰ e, per questo, si è proposta la possibilità di creare questo nuovo organismo, in parte indipendente e in cui si potessero concentrare le competenze prima sparse tra le varie amministrazioni²¹.

L'organismo, infatti, è costituito da cinque membri (tra cui il Presidente) che vengono nominati dal Presidente del Consiglio previa delibera del Consiglio dei Ministri; inoltre, è passibile di scioglimento per impossibilità di funzionamento e la sua autonomia (oltre che la già citata parziale indipendenza) è limitata sia nell'organizzazione sia nella capacità decisionale (efficace solo attraverso decreti del ministro del tesoro)²².

²⁰ M.MORISI, *Le autorità indipendenti in Italia come tema di ricerca*, Cambridge University Press, 1997, p.13

²¹ Ibidem

²² Ibidem

Il suo compito, ad oggi, è quello di tutelare gli investitori e garantire la trasparenza del mercato immobiliare²³, oltre che vigilare sulla borsa e sulle società private di gestione dei mercati²⁴

Ciononostante, è solo qualche anno dopo la Commissione Piga che in Italia le *authorities* assumono pregnanza sia politica che istituzionale: siamo infatti nei – politicamente- ruggenti anni '90 quando vengono approvate ben tre autorità indipendenti: *la Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, il Garante per la radiodiffusione e l'editoria* (ad oggi Agcom), *l'Autorità per la concorrenza* (Agcm).

La Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali è stata approvata con la legge n. 146 del 1990 con lo scopo di limitare il diritto di sciopero a patto che il Governo non interferisca nel suo esercizio. Il suo principale obiettivo ad oggi è la tutela dell'attuazione degli scioperi in relazione ai diritti della persona sanciti dalla Costituzione.

²³Quante sono le autorità amministrative indipendenti, Openpolis, 2020, URL: <https://www.openpolis.it/parole/quante-sono-le-autorita-amministrative-indipendenti/>, data di ultima consultazione: 24/02/2023

²⁴ M. BOMBARDELLI, *Le autorità amministrative indipendenti, report annuale – 2013 – Italia*, Ius publicum. Network review, 2013, p. 7

L' Agcom viene istituita dopo poco, con legge n. 223 del 1990. Questo organismo, a differenza di quello precedente, gode di un'indipendenza molto più pregnante: detiene infatti poteri normativi, di vigilanza e di sanzione sulle utenze radiofoniche e televisive, diventando successivamente anche il garante della concorrenza nel settore dei mezzi di comunicazione di massa²⁵. La forte indipendenza acquisita è strettamente legata alla natura di interesse pubblico che la televisione italiana ha guadagnato nel corso degli anni ed è per questo che è stata inserita nella cornice istituzionale di monopolio escludente il Governo; quando invece, disse Amato nel 1996, la televisione sarebbe diventata anche privata²⁶, questo monopolio sarebbe stato gestito da un organismo comunque indipendente dall'Esecutivo. Con il decreto Salva Italia sono stati affidati all'autorità anche compiti di regolamentazione postale, oltre che di controllo attivo del mercato delle telecomunicazioni.

Viene finalmente istituita nel 1997.

La terza e ultima autorità *incipit* della lunga stagione di nascita e sviluppo delle *authorities* in Italia è l' Agcm .

L'AGCM è stata istituita nel 1990 con la legge n. 287. La ratio dell'istituzione dell'organismo ha radici molto antiche, in cui già nel Trattato di Roma si vietavano tutte quelle intese che potessero essere restrittive e dannose per la concorrenza²⁷.

²⁵ M.MORISI, *Le autorità indipendenti in Italia come tema di ricerca*, Cambridge Univerisity Press, 1997, p.14

²⁶ Ibidem, p. 15

²⁷ Ibidem

L'Italia, infatti, infangata nell'idea che lo sviluppo economico potesse contare solo sugli aiuti da parte dello stato e dalle forme di regolazione pubblica e non dalla vera e propria concorrenza, ha dovuto finalmente riconoscere una normativa antitrust dopo l'approvazione dell'Atto Unico europeo (1986) e la necessità da esso conseguita di completare l'integrazione nel panorama europeo attraverso l'approvazione della normativa antitrust²⁸.

L' Autorità ad oggi è formata da un collegio composto da tre figure (il Presidente e altri due componenti) nominati dai Presidenti della Camera e del Senato. La sua funzione principale è quella di tutelare la libertà di concorrenza, vigilando sulle varie intese e di intervenire in caso di abusi di posizione²⁹.

Un ulteriore passo molto importante che è stato effettuato negli stessi anni, è stata l'approvazione della legge n. 481 del 1995 recante *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità e Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*.

Questa legge è stata la naturale conseguenza del processo di privatizzazione delle imprese erogatrici di servizi di pubblica utilità (come ad esempio l'energia, l'acqua,...) che ha previsto di affidare il controllo sia dei prezzi che della qualità ad organismi *super partes* ed, appunto, indipendenti, che fungessero da garanti.

La normativa del 1995 infatti prevede due particolari autorità: l' Autorità per l'energia (ARERA) e l' Autorità per le telecomunicazioni(AGCOM).

²⁸ M.MORISI, *Le autorità indipendenti in Italia come tema di ricerca*, Cambridge University Press, 1997, p.15

²⁹Quante sono le autorità amministrative indipendenti, Openpolis, 2020, URL: <https://www.openpolis.it/parole/quante-sono-le-autorita-amministrative-indipendenti/>, data di ultima consultazione: 23/02/2023

L' ARERA (Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente) attua controlli nell'ambito dell'energia elettrica, dei rifiuti, del gas e di tutti i servizi idrici; stabilisce, inoltre, le tariffe e sanziona tutti i comportamenti lesivi dell'interesse pubblico, offrendo la possibilità di reclamo da parte degli utenti. I suoi tre componenti sono nominati dal Governo in base alle loro competenze tecniche, previo parere delle commissioni parlamentari competenti³⁰.

All'Agcom, di cui già si è parlato, è stata invece conferita la competenza nel settore della radio e della televisione, definendo i piani di assegnazione delle frequenze e i criteri di sicurezza nelle operazioni in questo campo, vigilando anche sulla conformità alla normativa dei servizi predisposti³¹.

Procedendo, troviamo altre autorità importanti nel panorama italiano, come la Banca d' Italia che fu istituita nel 1893 con lo scopo di riordinare in modo complessivo gli istituti di emissione, ma che solo nel 1990 vedrà ridefinite tutte le sue funzioni e la sua struttura attraverso la l. n. 262/2005 che ancora oggi regola tutto l'organismo.

Infatti, la legge del 2005 prevede che la struttura sia composta da cinque membri di cui fanno parte il Governatore, il Direttore generale e tre Vice direttori generali³².

³⁰EDIZIONI SIMONE, URL: <https://dizionari.simone.it/6/autorita-regolazione-per-servizi-pubblica>, data di ultima consultazione: 30/04/2023

³¹ Ibidem

³² M. BOMBARDELLI, *Le autorità amministrative indipendenti, report annuale – 2013 – Italia*, Ius publicum. Network review, 2013, p. 7

La funzione principale è garantire la stabilità monetaria e finanziaria per lo Stato grazie all'indipendenza di cui gode e che è garantita dal decreto legislativo del capo provvisorio dello stato del 1947³³.

L'IVASS è un organismo indipendente istituito nel 2012. I membri che lo costituiscono sono tre e tra questi il Presidente viene scelto dal direttore generale della Banca d'Italia, mentre il consiglio (formato dai due consiglieri) viene scelto dal governatore della Banca d'Italia assieme al Mise (Ministero dello Sviluppo Economico, ora chiamato Ministero delle imprese e del made in Italy).

Il compito dell'IVASS è principalmente quello di vigilare sul settore delle assicurazioni, occupandosi sia della trasparenza degli atti degli assicuratori sia della tutela degli stessi assicurati.

Vi sono poi altre autorità amministrative indipendenti di notevole importanza ma che, per questioni di attinenza, si ritiene necessario solamente citare³⁴: l'ANAC (Autorità nazionale anticorruzione) con il compito di applicare la normativa anticorruzione e vigilare sull'applicazione degli obblighi di trasparenza; *il Garante per la protezione dei dati personali* ha invece lo scopo di tutelare i dati personali (e quindi sensibili) dei cittadini conservati ed elaborati dalle autorità pubbliche e private;

³³Chi siamo, Banca d'Italia eurosistema, URL: <https://www.bancaditalia.it/chi-siamo/#:~:text=%C3%88%20parte%20integrante%20dell'Eurosistema,Sistema%20europeo%20di%20banche%20centrali>, data di ultima consultazione 24/02/2023

³⁴Autorità indipendenti, Senato della Repubblica, URL: <https://www.senato.it/3222>, data di ultima consultazione: 26/02/2023

l' *Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza* che assicura l'attuazione dei diritti in capo ai minori; il *Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale* il cui scopo è quello di valutare lo stato dei luoghi di privazione delle libertà (come carceri, centri per gli immigrati, REMS, SPDC) e risolverne le criticità³⁵ ; l' *Autorità di regolazione dei trasporti* che garantisce condizioni minime di qualità delle infrastrutture dei trasporti e un accesso ad esse non discriminatorio, oltre che con prezzi non elevati³⁶ ; l' AVCP (Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi, forniture), accorpata nel 2014 all'ANAC e l' *Ufficio parlamentare di bilancio* che svolge continue analisi sulle previsioni di finanza pubblica eseguite dal Governo, garantendo anche l'affidabilità e la trasparenza dei conti pubblici³⁷.

³⁵Chi siamo, Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, URL: <https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/pages/it/homepage/ilgarante/chisiamo/>, data di ultima consultazione: 26/02/2023

³⁶ Ibidem

³⁷ Ibidem

Tuttavia, occorre fare una precisazione di carattere sostanziale.

Nel corso dello sviluppo storico – soprattutto con riferimento all'ultimo decennio del XX secolo – delle *authorities*, non si può pensare a questi organismi quali entità prive di ogni limite alla loro indipendenza.

La c.d. *indipendenza imperfetta* tipica delle *authorities* è la stretta e logica conseguenza di alcuni fattori.

Innanzitutto, il passaggio dal monopolio statale al monopolio privato di alcuni settori sensibili non implica in alcun modo che lo Stato se ne disinteressi, predisponendo dunque dei mezzi di gestione in settore privato parzialmente pubblici, come l'idea di lasciare l'organizzazione e la contabilità nelle strette mani degli organismi indipendenti, ma predisponendo la nomina dei membri dei loro collegi alla designazione del ministro previa approvazione delle commissioni parlamentari competenti³⁸. Di indipendenza imperfetta se ne parla anche riguardo all'esercizio dei poteri assegnati³⁹, visto che in alcuni ambiti essi si coniugano a quelli del governo a cui spetta l'atto finale.

³⁸ M.MORISI, *Le autorità indipendenti in Italia come tema di ricerca*, Cambridge University Press, 1997, p.18

³⁹ *Ibidem*

Infatti le autorità indipendenti italiane, nonostante –come vedremo più avanti- siano enti *super partes* in cui è possibile individuare due differenti nature, non possono essere considerate come soggetti il cui unico limite risulterebbe essere la legge, parimenti ad un giudice⁴⁰, ed è per questo che la loro natura indipendente e autonoma nonché la loro responsabilità sono subordinate al dover rendere conto all' esecutivo dei loro atti.

E' stato previsto sin dagli albori della disciplina delle *authorities* che gli atti da esse compiuti, oltre che ai provvedimenti amministrativi particolari ovvero atti normativi generali, debbano essere resi pubblici ai sensi della legge n. 241 del 1990 per riconoscere, promulgare e garantire i principi di economicità, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza negli atti della pubblica amministrazione.

Quasi un ventennio dopo viene sancito anche l'obbligo di motivazione degli atti ai sensi della legge n. 262 del 2005 *Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari*, nella parte in cui, all'art. 23, si dispone che gli atti regolamentari o generali della Banca d'Italia, della Consob, dell'Isvap (Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni) e della Covip (Commissione di vigilanza sui Fondi Pensione) debbano essere motivati per quanto riguardano le scelte di regolazione e di vigilanza del settore e che tale motivazione sia accompagnata da una relazione che chiarisca gli effetti della suddetta regolazione⁴¹.

⁴⁰ F. TAKANEN, *Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 2022, Wolters Kluwer, CEDAM, p.8

⁴¹ *Ibidem*, p. 9

Naturalmente, questa indipendenza imperfetta è funzionale alla capacità di sventare possibili violazioni di diritti da parte di un'autorità che, se ipoteticamente non conoscesse alcun limite, potrebbe mettere in atto; oltre a ciò, va sottolineato come ciò sia una caratteristica utile per consentire ai giudici di valutare la rilevanza oggettiva dei rilievi dei privati intervenuti nel procedimento⁴².

Storicamente, inoltre, la loro attività è legata all'attuazione e alla tutela di diritti e principi costituzionalmente previsti e condivisi, quindi essa risulta anche subordinata al controllo giurisdizionale del giudice amministrativo in cui, durante il processo, le autorità sono tenute a dimostrare la fondatezza delle loro sanzioni di natura amministrativa.

Facendo un passo indietro dal punto di vista temporale, ma funzionale per tirare le prime somme sullo sviluppo nel tempo delle autorità amministrative indipendenti, è da evidenziare come nella legge n. 400 del 1988 alle *authorities* possa essere applicato anche l'annullamento straordinario governativo degli atti ritenuti illegittimi, a riprova del fatto che la loro indipendenza e autonomia esistono ma sempre condizionate e in funzione dell'ordinamento democratico italiano.

Inoltre, si può dire che sin dal loro sviluppo esistano due macro-tipologie di *authorities* italiane.

La prima categoria riguarda tutte quelle autorità il cui fine è la garanzia e l'arbitrato di funzioni e pretese private che si qualificano come diritti costituzionalmente tutelati e previsti⁴³.

⁴² F. TAKANEN, *Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 2022, Wolters Kluwer, CEDAM, p.9

⁴³ M.MORISI, *Le autorità indipendenti in Italia come tema di ricerca*, Cambridge University Press, 1997, p. 22

Queste autorità non trattano né risolvono i problemi che sono chiamate ad affrontare, bensì pongono le regole che ruotano attorno al problema, interpretando la normativa o controllandone l'applicazione: sono peculiari quindi per la loro separazione dal governo e più in generale dallo stato, sia per le nomine (parlamentari) sia per le funzioni (esclusivamente di loro competenza senza possibili interferenze governative)⁴⁴.

La seconda categoria riguarda invece quelle autorità il cui fine non sono diritti, bensì interessi che essa è chiamata a tutelare in modo tecnico e pratico nel merito del gioco (es. fissando i parametri delle tariffe dei servizi pubblici) e definendo le decisioni finali.

Infatti, qui le nomine dei componenti degli organismi non sono più solo parlamentari ma anche governative e le stesse funzioni e poteri diventano condivisi anche con organi del governo e dell'amministrazione statale⁴⁵.

Per riprendere e concludere ciò che si è introdotto all'inizio di questo lungo percorso storico e amministrativo delle autorità, ci si potrebbe soffermare sulle due teoriche principali motivazioni che hanno spinto ad un così grande successo le autorità indipendenti.

Entrambe le ipotesi trovano origine nella sempre più crescente sfiducia verso lo Stato, in particolar modo.

La prima ipotesi si riferisce alla crisi della partitocrazia tipica degli anni '90 del secolo scorso ed alla capacità produttiva e conflittuale dei partiti:

⁴⁴ M.MORISI, *Le autorità indipendenti in Italia come tema di ricerca*, Cambridge University Press, 1997, p. 22

⁴⁵ *Ibidem*, p. 23

le autorità indipendenti italiane si inseriscono in questo panorama come una soluzione alla ritirata delle forze partitiche dall'arena troppo conflittuale degli interessi in gioco⁴⁶.

Più precisamente, le *authorithies* avrebbero preso il posto dei partiti politici, ormai non più in grado di coordinarsi per raggiungere determinati fini o di tutelare la propria integrità al pubblico; ne deriverebbe che questi nuovi organismi regolatori si sono sostituiti a ciò che i partiti avrebbero dovuto fare, anche influenzando le dinamiche degli interessi in gioco, grazie all'attivazione di specifici saperi arbitrali e molto più oggettivi che le renderebbero presumibilmente insindacabili, evitando così gli stridori tipici tra partiti politici e magistratura⁴⁷.

La seconda ipotesi è, invece, lo specchio inverso della precedente. Le autorità indipendenti italiane non sarebbero altro che la soluzione nata in modo progressivo a seguito (e si potrebbe di in concomitanza) del decadimento del credito politico di cui ha goduto molto nei primi anni della I Repubblica il ceto partitico.

L'indebitamento dello stato e la sempre più pervasiva crisi della finanza pubblica avrebbe eroso la delega politica ai partiti di intermediazione degli interessi, sgretolando il c.d. *gatekeeping* partitico ad opera proprio di questi ultimi.

⁴⁶ M.MORISI, *Le autorità indipendenti in Italia come tema di ricerca*, Cambridge University Press, 1997, p. 29

⁴⁷ Ibidem

In definitiva, col senno del poi, si potrebbe ricondurre la prepotente e sentita nascita e profusione delle *authorities* come salvagente a cui i settori sensibili hanno il diritto di ricorrere per limitare l'ingerenza del potere governativo nella loro area, oppure alla necessità di tagliare definitivamente quel *fil rouge* che, dal XIX secolo, univa la sfera politica alla sfera amministrativa: gli organismi indipendenti quindi risulterebbero un'ottima soluzione per determinare uno spartiacque tra ciò che è politica e ciò che è amministrazione.

CAPITOLO II: L' indipendenza e la legittimità costituzionale delle Autorità Amministrative Indipendenti

Sommario: 2. L'indipendenza e la legittimità costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti. – 2.1 Le caratteristiche delle autorità amministrative indipendenti. – 2.1.1 L'indipendenza strutturale. – 2.1.2 L'indipendenza funzionale. – 2.1.3 Alla ricerca dell'indipendenza?. – 2.2 La natura giuridica delle Autorità amministrative indipendenti. – 2.2.1 Autorità con personalità giuridica?. – 2.2.2 L'ipotesi di *tertium genus*. – 2.2.3 Il fondamento costituzionale. – 2.2.4 La legittimità costituzionale a partire dalla sentenza 13/2019 della Corte Costituzionale.

Nel precedente capitolo, dopo un' ampia ricostruzione storica delle autorità indipendenti italiane (e non solo), si è accennato in modo superficiale ad alcune dei loro tratti somatici che rendono questi organismi interessanti sotto il profilo giuridico.

L'obiettivo di questa seconda tappa nello studio delle *authorities* è quello, in prima battuta, di delineare le caratteristiche fondamentali delle autorità indipendenti e, successivamente, di analizzarne la natura giuridica.

In particolar modo, i caratteri che si vogliono prendere in considerazione sono l'indipendenza, l'immovibilità, l'imparzialità e la discrezionalità, mentre l'analisi della natura giuridica si vuole concentrare sulla natura *tertium genus* che ha reso la ricerca del loro fondamento costituzionale molto complessa.

2.1 Le caratteristiche delle autorità amministrative indipendenti

Come già si è visto nel precedente capitolo, sin dagli albori delle *authorities* americane il carattere primario che rende questi organismi importanti per la salvaguardia di interessi dal procedere governativo è il carattere dell'indipendenza a cui si legano l'imparzialità e la neutralità.

Se la discrezionalità amministrativa consiste nella «*ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario*»¹

¹ G. PORTALURI, Il principio d'imparzialità e i modelli organizzativi. Le autorità amministrative indipendenti, L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra stato nazionale e integrazione europea, 2016, p. 351

predeterminato dalla legge, l'imparzialità della pubblica amministrazione non diventa neutralità, ossia l'indifferenza verso gli interessi dei soggetti per cui opera: infatti, la P.A. rimane comunque parziale in quanto portatrice di un interesse di parte (quello pubblico), predeterminato dall'indirizzo politico².

Le nozioni d'imparzialità e neutralità sono differenti quindi, in quanto la neutralità è una caratteristica in capo ad organi tecnici che, come detto prima, rimangono indifferenti rispetto agli interessi in gioco.

Ad esempio, la neutralità è la caratteristica tipica del giudice, il quale deve applicare in modo tecnico la legge alla fattispecie concreta, quindi trascendendo gli interessi coinvolti.

Al contrario, invece, l'imparzialità è la caratteristica amministrativa di quegli organi che devono perseguire il solo interesse pubblico, pesando in egual modo gli interessi secondari³.

L'indipendenza propria delle autorità amministrative le distanzia notevolmente dagli interessi politici e dal faro governativo, dotandole quindi della capacità di applicarsi con totale competenza nei settori in cui sono chiamate a svolgere la loro attività e autorità.

Più specificamente, l'indipendenza si presenta sotto un doppio profilo: un profilo strutturale e un profilo sostanziale (o funzionale)⁴.

² Ibidem, p. 352

³ Ibidem, p. 352

⁴ M. BOMBARDELLI, Le autorità amministrative indipendenti, Ius Publicum, 2013, p. 4

2.1.1 L'indipendenza strutturale

Con riguardo al fondamento strutturale, l'indipendenza delle autorità si profila grazie alla strutturale separazione tra l'autorità amministrativa, gli organi politici e i soggetti regolati⁵.

In particolar modo, l'indipendenza strutturale si manifesta con riguardo alle modalità di nomina dei membri, dalla durata del loro mandato e dal principio di incompatibilità dello stesso.

Le nomine possono essere distinte in tre tipologie.

Innanzitutto troviamo nomine di tipo governativo, dove il ruolo del Parlamento è contemplato solo nel parere delle commissioni permanenti competenti per materia e dove, naturalmente, la manifestazione dell'indipendenza viene meno. Questa tipologia di nomina è tipica nella CONSOB e nell' ISVAP, in quanto organismi nati all'inizio degli anni Ottanta e quindi non ancora pienamente svincolati dal ruolo governativo (processo che sarebbe avvenuto anni dopo).

La seconda tipologia di nomina è quella che prevede solamente l'intervento parlamentare, ovvero nomine affidate ai Presidenti di entrambe le Camere.

Questo è un procedimento che troviamo in organismi come l' Agcm, (infatti, i suoi membri sono nominati con intesa tra il Presidente della Camera e il Presidente del Senato) e la Commissione sullo sciopero (i nove membri sono scelti da entrambi i Presidenti del parlamento e nominati con DpR)⁶.

Questa particolare nomina è figlia degli anni Novanta dal momento che il sistema politico dell'epoca era caratterizzato dalla legge elettorale proporzionale che dava ai presidenti di assemblea un forte ruolo di garanzia istituzionale⁷.

⁵ Ibidem, p. 4

⁶ F. MERUSI, M. PASSARO, Le autorità amministrative indipendenti, Bologna, 2011, 2ª edizione, p.75

⁷ Ibidem, p. 75

La terza e ultima tipologia di nomina è quella mista, ossia una parte di componenti di nomina governativa e l'altra invece di nomina parlamentare anche se il meccanismo prevede una garanzia per le minoranze e quindi il tutto è più bilanciato verso la nomina parlamentare.

Sistema di nomina che si trova verso la fine degli anni Novanta, è tipicamente proprio di autorità come il Garante per la protezione dei dati personali (dove metà dei membri sono eletti dalla Camera dei Deputati e metà dal Senato con voto limitato), l' Autorità per l'energia elettrica e il gas (i cui membri sono eletti con DpR previa deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta del ministro competente).

Per il meccanismo definito prima, le deliberazioni del governo avvengono previo parere vincolante delle commissioni parlamentari competenti.

Questi tre differenti meccanismi di nomina sono ognuno oggetto di critiche⁸ : chi critica il metodo governativo, come già si è detto, tende a puntare il dito contro la perdita di indipendenza che da questo potere ne consegue; chi invece critica il metodo misto lamenta il fatto che l'intesa tra Camera e Senato rischi di indebolire la garanzia del sistema maggioritario. Tuttavia, essendo le nomine basate su requisiti previsti per ogni singola autorità (ma comunque molto generali, come requisiti tecnici o di competenza informatico / amministrativa), l'indipendenza non può essere comprovata ed analizzata sotto il profilo della nomina o dei requisiti richiesti, bensì dallo status⁹ che ne comporta, ossia il mandato.

L'altra modalità in cui l'indipendenza strutturale si manifesta riguarda la durata del mandato: infatti, una volta eletti, i membri sono titolari di un mandato la cui durata generalmente risulta essere più lunga rispetto a quella della magistratura e in cui non è prevista alcuna proroga nell'ambito della medesima autorità¹⁰.

⁸ Ibidem, p. 78

⁹ Ibidem, p. 79

¹⁰ M. BOMBARDELLI, Le autorità amministrative indipendenti, Ius Publicum, 2013, p. 4

Tuttavia, nel caso dell'Autorità per l'energia, è previsto che qualora non sia avvenuta la nomina e quindi ci sia la presenza di un posto vacante all'interno dell'organismo, per sopperire in modo provvisorio e quindi con un limite di tempo definito alla mancanza di personale, si applica l'istituto della *prorogatio* dei membri scaduti.

Il mandato, più precisamente, è di natura disomogenea, poiché si differenzia a seconda dell'Autorità di appartenenza: può avere durata triennale come nel caso della Commissione sullo sciopero, può avere durata quinquennale come per i commissari della Consob o addirittura può avere durata settennale per il Garante per la protezione dei dati personali¹¹.

Con riferimento al mandato (e soprattutto riguardo i membri), non ci si può non soffermare sul principio di incompatibilità, che consiste nel divieto posto ai dipendenti di tali autorità di esercitare *attività di consulenza, di ricoprire uffici pubblici o essere amministratori o dipendenti di enti pubblici o privati* durante il loro mandato¹².

In violazione di tale principio, quindi nei casi in cui siano stati posti in essere dei comportamenti contrari e inadeguati al mandato ricevuto e che gli stessi siano stato obiettivamente accertati, il mandato può essere revocato.

A differenza della durata del mandato, la disciplina dell'incompatibilità è simile in tutte le autorità.

Ai membri vengono riconosciute delle indennità di carica o di funzione, determinate con Dpcm.

¹¹ F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità amministrative indipendenti*, Bologna, 2011, 2ª edizione, p. 80

¹² M. BOMBARDELLI, *Le autorità amministrative indipendenti, Ius Publicum*, 2013, p. 4

2.1.2 L'indipendenza funzionale

Il profilo sostanziale (o più comunemente funzionale) dell'indipendenza si esplica nell'assenza di interferenze da parte del governo o della politica.

Riguarda in primo luogo l'autonomia organizzativa, ossia la facoltà in capo ad ogni Autorità di organizzare, attraverso propri regolamenti e in totale autonomia, il funzionamento dei propri uffici e il coordinamento del personale ad essi adibiti.

Allo scopo di rafforzare tale autonomia, viene istituito un apposito ruolo del personale dipendente che fornisce un'ulteriore possibilità di gestire in maniera flessibile le proprie risorse umane¹³.

Questo secondo profilo considera, oltre che un'autonomia di tipo organizzativo, anche un'autonomia di tipo finanziario, ossia la capacità di ogni singola autorità di operare sulla base di risorse stanziare da esse stesse, senza dipendere da risorse finanziarie governative o ministeriali.

Il quadro, in questo aspetto, appare altresì molto variegato.

Storicamente non si è assistito ad un'evoluzione comune a tutte le *authorities* in materia, tuttavia solo negli ultimi anni si è assistito ad una convergenza verso un unico modus operandi, ossia al fatto che le entrate nelle casse delle Autorità non provengono più dallo Stato (che difficilmente, in situazione di crisi, può disporre di denaro per finanziare le Autorità),

¹³ F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità amministrative indipendenti*, Bologna, 2011, 2ª edizione, p.

bensì dagli enti tutelati dalle *authorities* stesse¹⁴.

In molti casi, infatti, i finanziamenti a carico delle imprese tutelate riescono a coprire tutto il fabbisogno finanziario delle autorità (come nel caso più noto dell' IVASS)¹⁵, mentre in altri rari casi (come il Garante per la privacy...) è lo Stato – o finanziamenti provenienti da altre autorità - ad elargire il denaro necessario all'Autorità per il suo sostentamento.

Ad esempio, la Banca d'Italia non ha alcun legame di dipendenza finanziaria con lo Stato, mentre la Consob si finanzia con i corrispettivi delle sue attività prestate da essa al mercato (ad esempio per servizi come la vigilanza sull'adempimento degli obblighi informativi oppure per i controlli sulle attività di revisione dei bilanci)¹⁶.

L' Isvap invece si finanzia invece attraverso i ricavi della vendita dei beni mobili e immobili di sua proprietà.

In realtà, l' autofinanziamento può assumere tre diverse forme: contributi annuali versati dalle imprese, contributi ricavati dall'esercizio delle proprie attività e contributi derivanti da una quota delle sanzioni erogate¹⁷.

La prima forma di autofinanziamento diventa la più praticata a seguito della già citata L. 266/2005 e si distingue in due diverse modalità: la prima sono le entrate che derivano dai ricavi dell'attività dell'impresa, la seconda invece riguarda i contributi fissi destinati all'*authority*. Tuttavia, la seconda modalità viene ampiamente preferita, data la stabilità economica che i contributi fissi apportano all' autorità¹⁸.

¹⁴ G. NAVA, V. MOSCA, Caratteristiche, criticità ed evoluzione dei modelli di finanziamento delle Autorità amministrative indipendenti, *Federalismi*, 2016, p.4

¹⁵ *Ibidem*, p. 30

¹⁶ F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità amministrative indipendenti*, Bologna, 2011, 2^a edizione, p. 86

¹⁷ G. NAVA, V. MOSCA, Caratteristiche, criticità ed evoluzione dei modelli di finanziamento delle Autorità amministrative indipendenti, *Federalismi*, 2016, p. 30

¹⁸ G. NAVA, V. MOSCA, Caratteristiche, criticità ed evoluzione dei modelli di finanziamento delle Autorità amministrative indipendenti, *Federalismi*, 2016, p. 30

Nel caso in cui si tratti più specificamente di contributi derivanti direttamente dai ricavi dell'impresa tutelata, essi possono far sorgere una problematica, ossia qualora l'impresa eroghi servizi *in bundle* (vale a dire pacchetti di servizi all'interno di un'unica offerta commerciale) di prodotti appartenenti anche a settori differenti, per cui il ricavo su cui calcolare il contributo destinato all'Autorità diventerebbe complicato¹⁹. Tuttavia, una soluzione potrebbe trovarsi nelle modalità attraverso cui tale impresa regola la contabilità e le suddivisioni dei ricavi e, nel caso in cui esse risultassero poco chiare o sospette, l'Autorità potrebbe esercitare i suoi poteri istruttori (di ispezione, ad esempio, ma su cui si tornerà al capitolo 3) per assicurarsi della chiarezza. La seconda forma di autofinanziamento, ossia derivante dalle proprie attività di tutela o da procedimenti posti in essere, è sicuramente quella che teoricamente è in grado di assicurare il livello maggiore di stabilità (essendo essa proporzionata rispetto all'attività svolta) ma che praticamente è la meno diffusa. Il suo scarso successo deriva dal fatto che oltre ad essere difficilmente in grado di generare entrate in grado di sostenere un'autorità, esso è di difficile accesso poiché è impossibile prevedere ad inizio anno quanti interventi che riescano a creare contributi finanziari un'Autorità sarà chiamata ad eseguire e, quindi, si tratta di un autofinanziamento problematico dal punto di vista della stabilità economica che esso è effettivamente in grado di apportare all' *authority*. Inoltre, è un sistema di finanziamento che non viene preferito anche dalle imprese stesse, poiché troppo impegnativo: infatti, per loro, significherebbe versare quantità di denaro ad ogni singolo intervento posto in essere dall'autorità, invece di versare un contributo una volta per tutte²⁰. La terza e ultima tipologia di autofinanziamento è quella proveniente da quote di denaro trattenute dalle sanzioni applicate dalle autorità stesse. Le uniche autorità che si finanziano in questo modo sono il Garante per la

¹⁹ Ibidem, p. 32

²⁰ Ibidem, p.36

privacy che dirige nelle proprie casse il 50% dei proventi derivanti dalle sanzioni da esso applicate²¹ e l'ANAC che invece beneficia dell'intero ammontare delle sanzioni applicate nel caso vengano omessi i programmi di trasparenza e dei codici di comportamento nel momento dell'adozione dei piani triennali di prevenzione della corruzione²². Questo autofinanziamento è probabilmente il più critico e problematico su cui si dovrebbe più a lungo riflettere, anche in modo propositivo alla caratteristica della terzietà di cui godono le *authorities*. Infatti, proprio secondo questa chiave di lettura, si potrebbe effettivamente dubitare dell'imparzialità, della terzietà e del buon andamento di un'autorità se essa stessa trova come unica o maggiore fonte di sostentamento gli introiti derivanti dalle sanzioni applicate: perché non aumentare le sanzioni per ricevere più finanziamenti? Naturalmente questo meccanismo perverso inficerebbe sulla natura retta e neutrale delle *authorities*, soprattutto in un contesto in cui altre forme di finanziamento sono tendenti a scarseggiare (ad esempio quelle provenienti dallo Stato), rendendo ancora più problematica la loro natura, ed è per questo che, come dichiarato dagli autori Nava e Mosca, è auspicabile un suo superamento. Inoltre, esiste anche l'autonomia contabile che si configura come la capacità di impostare liberamente i propri bilanci, visto che le autorità dispongono in maniera autonoma delle proprie risorse e quindi hanno facoltà di determinare le proprie spese. Ad esempio, la Banca d'Italia ha totale autonomia gestionale delle risorse e dei bilanci, nei limiti delle previsioni presenti nello statuto della banca stessa²³. Tuttavia, l'autonomia organizzativa e contabile sono sempre presenti in quasi tutti gli enti pubblici economici, e quindi non si identificherebbero come il tratto distintivo di indipendenza tipico delle *authorities*²⁴.

²¹ Ibidem, p.36

²² Ibidem, p.37

²³ F. MERUSI, M. PASSARO, Le autorità amministrative indipendenti, Bologna, 2011, 2ª edizione, p. 85

²⁴ Ibidem, p. 86

Come si è potuto vedere, dunque, analizzare l'indipendenza e dunque il grado di neutralità rispetto alle influenze governative di questi particolari organismi è un'operazione molto difficoltosa a causa della vasta eterogeneità dei loro profili strutturali. E' quindi impossibile parlare di un'unica categoria di *authorities* e ciò rende ancora più complicato delineare un quadro preciso ed omogeneo delle relazioni (e quindi del grado di influenza) delle autorità indipendenti rispetto al Governo o al Parlamento e di questi ultimi rispetto alle prime²⁵. Nomine di varie tipologie, mandati che variano le loro tempistiche in base alla tipologia di Autorità, siti istituzionali¹⁸ che non definiscono in modo chiaro le tipologie di autorità (o se si tratta veramente di *authorities*, come nel caso dell' Anac che non viene espressamente definita autorità indipendente, cosa che invece avviene per l'Agcom mentre, ancora, l' Ivass viene definito come ente dotato di personalità giuridica di diritto pubblico che tutela gli assicurati gestendo le imprese di assicurazione). Essendo la questione molto problematica, l'analisi dell'indipendenza funzionale risulterebbe essere più d'aiuto nell'analisi delle Autorità: i loro servizi e le loro funzioni, infatti, sono caratterizzate da discrezionalità tecnica (e non amministrativa)²⁶, ossia la loro indipendenza risiede nel fatto che le loro decisioni si configurino solo come applicazioni della legge rafforzate da valutazioni tecniche, eliminando dunque il carattere dell'apprezzamento dell'interesse pubblico.

Tuttavia, come si è visto, nemmeno qui il quadro è omogeneo, soprattutto nel livello di indipendenza funzionale in seno alle Autorità giudiziarie che risulta essere più accentuata rispetto a quelle amministrative. Inoltre, le caratteristiche strutturali fino ad ora analizzate variano a seconda dell'Autorità in questione, dal momento che il quadro delle *authorities* italiane è estremamente eterogeneo a causa delle nascite in tempi e influenze culturali differenti dei vari organismi e quindi dell'impossibilità di

²⁵ A. PIROZZOLI, Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti, *Federalismi.it*, 2017, p.4

²⁶ *Ibidem*, p. 7

creare una visione unita e generalizzata delle proprietà in capo ad esse. Quindi, se si volesse creare un ventaglio forzatamente omogeneo delle proprietà tipiche delle Autorità al solo scopo di ottenere un modello comune, si sbaglierebbe completamente strada. Infatti, come vedremo successivamente, sarebbe molto più indicato captare l'effettiva rottura con il passato che le *authorities* hanno agevolato attraverso l'analisi delle relazioni istituzionali che le stesse allacciano²⁷, capovolgendo il paradigma dell'influenza, da istituzioni che influenzano le Autorità ad Autorità che influenzano le istituzioni.

2.1.3 Alla ricerca dell'indipendenza?

Come già si è visto nel primo capitolo, si parla in realtà di indipendenza imperfetta, ossia il fatto che le Autorità di per sé non godano di una piena indipendenza assoluta dal sistema giuridico italiano, dal momento che devono comunque essere soggette ai limiti imposti dall'ordinamento nell'esercizio delle loro funzioni che, in regime di totale libertà ed indipendenza, potrebbero violare diritti costituzionalmente previsti e dunque scontrarsi con la tutela cui sono chiamate ad esercitare. Questo aiuta a capire ancora meglio il loro carattere di non indipendenza assoluta, anche alla luce del fatto che le Autorità, trovando la propria sede nel Parlamento²⁸, sono tenuti ad un elevato grado di *accountability* nei confronti non solo della propria sede ma anche dei cittadini stessi: in mancanza di tale rendicontazione, infatti, i requisiti per il loro agire in maniera imparziale ed autonoma verrebbero meno²⁹.

²⁷ F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità amministrative indipendenti*, Bologna, 2011, 2ª edizione, p. 87

²⁸ A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, Federalismi.it, 2017, p.10

²⁹ *Ibidem*, p. 10

A favore di ciò interviene anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea la quale, durante una causa, ha colto l'occasione per ribadire che nemmeno la giurisdizione comunitaria impone, ai vari stati membri, il divieto di forme di influenze parlamentari alle Autorità, giungendo addirittura a considerare tale forma di interferenza utile per la legittimazione del loro agire democratico³⁰.

A tal proposito risultano efficaci le Relazioni annuali che ogni *authority* italiana è tenuta a presentare al Presidente del Consiglio che a sua volta trasmette al Parlamento in cui viene rendicontata l'attività svolta dall'organismo durante i dodici mesi, oltre che essere una modalità per far adottare al Parlamento dei provvedimenti di interesse nell'Autorità³¹. Tuttavia non si instaura un vero e proprio dialogo tra le parti a cui può susseguire una sanzione od un ammonimento, bensì si tratta di un resoconto che l'organismo indipendente fa della propria attività annuale senza l'attuazione di un meccanismo di sorveglianza parlamentare (che, in effetti, andrebbe a macchiare il carattere di indipendenza – seppur imperfetta – tipica delle *authorities* italiane).

Oltre che ad un elementare resoconto, come già visto, si tratta anche di impulsi che vengono dati al Parlamento per l'adozione di alcuni provvedimenti legislativi nell'interesse delle Autorità stesse: possono essere impulsi fine se stessi, dunque che non trovano attuazione in azioni parlamentari, oppure possono essere segnalazioni che riguardano delle materie già prese in considerazione (ma disattese dopo un po' di tempo) dal legislatore o, in altri casi ancora, si tratta di vere e proprie indicazioni che le Autorità emanano al legislatore.

Un esempio dell'ultimo caso lo abbiamo con la relazioni annuale del 2009 dell' Agcm in cui veniva richiesto al governo di eliminare gli ostacoli normativo – amministrativi di regolazione, promuovendo la concorrenza e tutelando i consumatori³².

³⁰ Ibidem, p. 11

³¹ Ibidem, p.11

³² Ibidem, p.11

Tuttavia, le relazioni sono solo uno degli strumenti che permettono alle Autorità di esercitare un certo grado di influenza sulle istituzioni parlamentari o governative: possono, infatti, inviare anche delle segnalazioni a Regioni od Enti locali su provvedimenti già esistenti.

L'autorità che comunque utilizza lo strumento del parere in maniera preponderante è l'Agcm che, come già si è visto, si pronuncia sulle iniziative già vigenti o in via di sviluppo, oltre che esprimere pareri circa la rimozione o la prevenzione di iniziative che potrebbero andare a mirare la materia della concorrenza.

I pareri si distinguono prevalentemente in due categorie: pareri vincolanti (che possono essere impugnati) e pareri semi-vincolanti (che vengono dunque inseriti nel disegno di legge).

Alla luce di ciò che si è detto, risulta chiaro il fatto che l'indipendenza delle Autorità non sia collegata ad un'assenza di influenza politica o istituzionale.

Infatti, essendo chiamate a tutelare interessi deboli, ossia in settori delicati dello Stato, le Autorità non possono essere totalmente neutrali dal momento che vanno ad agire proprio negli ambiti in cui il Governo non è chiamato ad intervenire, anche in ragione della nota programmatica di cui art.41 c.1 Cost³³ in cui si sancisce il principio della libertà di iniziativa economica che, per essere attuata, necessita di un sistema di norme e di controlli per evitare abusi di potere³⁴.

³³ Art. 41, Costituzione Italiana, L'iniziativa economica privata e' libera. Non puo' svolgersi in contrasto con l'utilita' sociale o in modo da recare danno ((alla salute, all'ambiente,)) alla sicurezza, alla liberta', alla dignita' umana.

³⁴ N. MONFREDA, Le autorità amministrative indipendenti, caratteristiche generali e natura giuridica, Giustamm, 2021

Tuttavia, se il Governo in tali ambiti non interviene, ciò potrebbe comportare una diminuzione di potere legislativo e decisorio da parte delle istituzioni superiori (Governo, appunto, e Parlamento), finendo dunque per sgretolare anche la responsabilità politica che taluni riservano nell'esercizio delle loro attività.

In primo luogo, per non creare lacune di *responsability*, infatti, intervengono le Relazioni annuali, in cui le Autorità non esattamente prendono il posto e i poteri di responsabilità politica tipica delle istituzioni superiori, bensì rendicontando le loro attività (e quindi operando *accountability*) alla valutazione del Parlamento³⁵ che a loro volta potrebbero individuare la responsabilità delle Autorità al Governo.

Un altro modo per cui è impossibile parlare di piena indipendenza ed autonomia nell'agire delle autorità riguarda l' *accountability* verso l'esterno. E' nota infatti la forma di pubblicità degli atti che le Autorità sono tenute ad esercitare attraverso i loro siti istituzionali, in maniera tale da rendere conoscibili a tutti i cittadini le loro attività, gli obiettivi e le documentazioni. Quest'ultimo è lo strumento più dinamico ed esemplificativo attraverso cui si declinano i limiti (anche costituzionali) all'agire delle *authorities* italiane, anche comunicando i risultati dei propositi prefissati.

In terzo luogo è doveroso citare le attività di formazione di opinione pubblica che le autorità amministrative indipendenti propongono attraverso consultazioni pubbliche con i vari *stakeholders* circa un determinato provvedimento su cui intendono raccogliere osservazioni per valutarne, in tal caso, l'impatto ex post all'adozione³⁶.

³⁵ A. PIROZZOLI, Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti, Federalismi.it, 2017, p. 20

³⁶ Ibidem, p.22

Le consultazioni pubbliche hanno un grado di coinvolgimento differente in base alla fase di *rule making*, ovvio per cui si avrà un coinvolgimento tanto più intenso quanto ci si trovi nella fase iniziale di adozione di un provvedimento.

Nonostante l'adozione degli atti non abbia come prerogativa la previa consultazione degli stakeholders, risulta affascinante vedere come le *authorities* siano gli organismi che più attivano consultazioni orizzontali e per questo, il carattere di totale indipendenza, risieda solamente nel loro nome.

Tuttavia ciò non vuol dire che l'indipendenza non possa variare in base alle coordinate spazio – temporali in cui un' *authority* si trova ad agire, rendendo dunque possibile variazioni nella sua intensità normativa e nel suo grado³⁷.

La variabilità è conseguenza della natura comune a tutte le autorità: essere istituzioni sia statali che sociali.

Infatti, nonostante siano prettamente istituzioni dello Stato, le loro funzioni ricoprono ambiti che esondano dai confini statali, diventano dunque delle autorità in grado di relazionarsi e dettare regole in contesti anche europei e internazionali.

Inoltre, citando Napolitano, *le autorità non possono essere inquadrare in alcuno dei tradizionali poteri dello Stato, perché svolgono attività tutte in parte assimilabili a quelle degli altri tre poteri, essendo para-normative, para-giurisdizionali e amministrative*³⁸.

Inoltre, tutti coloro che provengono dai tre differenti poteri tramite le nomine nei collegi, mettono a disposizione il loro sapere lavorativo ad un potere differente.

³⁷ G. NAPOLITANO, G. MOCAVINI, G. BUTTARELLI, R. MORGANTE, Autorità indipendenti e separazione dei poteri: un'analisi empirica delle nomine e dei mandati, Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2023

³⁸ Ibidem

2.2 La natura giuridica delle Autorità indipendenti

Nel primo capitolo si è accennato al problema circa la legittimità costituzionale delle autorità indipendenti, in particolar modo dove essa debba essere trovata.

2.2.1 Autorità con personalità giuridica?

Nonostante il tema della personalità giuridica delle *authorities* non sia particolarmente importante ai fini della ricerca, risulta tuttavia intrecciato al tema della natura delle *authorities* italiane e pertanto è necessario capire se (e soprattutto quali) autorità siano dotate di personalità giuridica di diritto pubblico, ossia la totale e perfetta gestione del proprio patrimonio.

Le uniche autorità indipendenti italiane in possesso di personalità giuridica sono La Banca d'Italia, la Consob e l'Isvap³⁹, mentre tutte le altre ne sono sprovviste. Infatti, come già detto, il tema della personalità giuridica non comporta un determinato grado di indipendenza degli enti oppure un certo loro grado di autonomia, poiché la personalità giuridica ammette un minimo grado di indipendenza (patrimoniale), ma l'autonomia viene comunque determinata anche dal potere conferito a soggetti che non posseggono la personalità giuridica.

2.2.2 L'ipotesi di *tertium genus*

Un diverso e più approfondito discorso deve essere fatto per il fondamento costituzionale delle *authorities*, tema risultato negli ultimi trent'anni come molto controverso, tanto da far insorgere l'ipotesi della creazione di un *tertium genus*, una creatura ibrida tra l'amministrazione e la giurisdizione.

Ma procediamo ora con ordine. Il problema della tracciabilità costituzionale delle autorità indipendenti risale al momento in cui si sono riscontrate nella loro natura due possibili "devianze" dalla Carta: una prima riguarda la sottrazione dal rapporto di subordinazione che lega

l'Amministrazione al Governo, interrompendo il rapporto di responsabilità che lega il Governo al Parlamento⁴⁰ .

La seconda devianza sarebbe quella del fatto che le Autorità sembrerebbero astenersi dal principio della separazione dei poteri, viste le innumerevoli funzioni svolte da ogni singola *authority*. Tuttavia, dei poteri in capo alle autorità, ne parleremo più approfonditamente nel prossimo capitolo.

Le prime due divergenze, dunque, hanno creato dubbi sulla compatibilità delle *authorities* con la nostra Carta costituzionale, dal momento che più che fondarsi su di essa presenterebbero una legittimazione tecnocratica, legata ai requisiti richiesti ai loro componenti.

Queste anomalie sono state amplificate dalla nascita e dallo sviluppo eterogeneo delle *authorities* nel nostro ordinamento, che hanno provocato ulteriori conseguenze negative.

Anzitutto, è incerta la loro natura, risultando spesso difficile tracciare una linea netta di confine tra le Autorità, le amministrazioni speciali e le agenzie governative. In secondo luogo, è difficoltoso stabilire il livello della loro dipendenza, come già visto nei paragrafi precedenti, in cui la natura è molto variegata e sfaccettata.

³⁹ F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità amministrative indipendenti*, Bologna, 2011, 2ª edizione, p. 74

⁴⁰ G. PORTALURI, *Il principio d'imparzialità e i modelli organizzativi. Le autorità amministrative indipendenti, L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra stato nazionale e integrazione europea*, 2016, p. 354

Avendo discorso a lungo sull'inamovibilità, sull'indipendenza e sull'autonomia delle *authorities*, risulterebbe quasi naturale accostarle all'organo della magistratura, riconoscendo dunque loro una natura paragiurisdizionale⁴¹, mentre un'altra teoria riconoscerebbe alle autorità indipendenti una natura mista, quindi sia giurisdizionale che amministrativa.

Ci sono settori, infatti, in cui le Autorità sono dotate di funzioni amministrative e per questo essa debbano essere accostate al normale agire amministrativo delle Pubbliche Amministrazioni. In questi casi, pertanto, la legittimazione del loro agire la si trova nel principio di imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione, in forza del quale si assiste ad una sottrazione di questi ambiti dal Governo, il quale risulterebbe svincolato dalle responsabilità rappresentative.

⁴¹ Autorità amministrative indipendenti: poteri e sindacato giurisdizionale sui loro atti, Ratioluris, 2021, F. DIMUNDO, <https://www.ratioluris.it/autorita-amministrative-indipendenti-poteri-e-sindacato-giurisdizionale-sui-loro-atti/>, data ultima consultazione: 15/07/2023

In altri settori, invece, le *Authorities* si discostano dall'agire amministrativo, facendo sorgere alcuni problemi circa la loro natura. Ad esempio, il Garante per la protezione dei dati personali è dotato di funzioni *giusdicenti*, ossia è dotato di poteri normativi, di controllo, regolatori e sanzionatori per garantire la corretta applicazione della legge nei specifici ambiti.

In tali casi, dunque, l'obiettivo primario delle Autorità indipendenti, ossia il controllo di legalità, è del tutto assimilabile a quello giurisdizionale, nei cui confronti si pone in un'ottica di anticipazione della relativa tutela.

Tuttavia, quest'ultima ipotesi è stata completamente sbaragliata dalla Cassazione: secondo quest'ultima, infatti, non esiste (e non è possibile) ipotizzare un *tertium genus* tra giurisdizione e amministrazione che possa essere considerato paragiurisdizionale e quindi che le *authorities* possano avere poteri di giudici.

Infatti, il fatto che ad un organo amministrativo siano stati riconosciuti dei compiti per cui è necessario essere dotati di un rilevante livello di imparzialità e neutralità, non è sufficiente per trasformare tale organo in un giudice speciale ai sensi dell'art. 102, co.2, della Costituzione⁴².

Tale tesi, quindi, secondo cui le Autorità, lungi dal costituire un quarto potere, si atteggiano alla stregua di PA caratterizzate da profili peculiari, è in definitiva corroborata dalla decisiva considerazione che, stante l'impossibilità di definire l'attività amministrativa attraverso un criterio contenutistico, giacché una caratterizzazione oggettiva di essa non esiste a livello costituzionale, non resta che definirla secondo un criterio residuale: è attività amministrativa tutto ciò che non è di competenza dei giudici e delle Camere⁴³.

⁴² Ibidem ed Art 104, co.2, Costituzione Italiana, Il Consiglio superiore della magistratura e' presieduto dal Presidente della Repubblica.

⁴³ Le autorità amministrative indipendenti: la natura giuridica ed i relativi riflessi in punto di legittimazione a ricorrere, Salvis Juribus, 2019, F. SERGIO, <http://www.salvisjuribus.it/le-autorita-amministrative-indipendenti-la-natura-giuridica-ed-i-relativi-riflessi-in-punto-di-legittimazione-a-ricorrere/>, data di ultima consultazione 11/07/ 2023

Si potrebbe quindi concludere che le Authorities hanno una natura amministrativa per cui l'attribuzione di funzioni contenziose non preclude la necessità di sottoporre gli atti di ogni Autorità al vaglio giudiziario. A tale proposito, risulta funzionale per le prossime riflessioni citare la legittimazione processuale dell'Autorità Antitrust, in particolar modo alle problematiche – che verranno analizzate nei prossimi paragrafi - insorte grazie all'attribuzione del potere in capo all'Autorità di impugnare atti di altre amministrazioni.

2.2.3 Il fondamento costituzionale

Ma a questo punto sorge naturale una domanda: dove risiede dunque la legittimità democratica di tali autorità?

Essendo pericolosa la gestione di settori deboli del Paese da parte di soggetti svincolati dai controlli governativi, è doveroso che esse abbiano un fondamento costituzionale. Infatti, con riguardo all'art. 101 della Costituzione, in cui si prevede che la giustizia sia amministrata in nome del popolo e che i giudici siano soggetti solo alla legge, si contemplan comunque soggetti diversi dalla magistratura aventi un'indipendenza strutturale, ma tali soggetti devono essere comunque assoggettati dal controllo della magistratura, a cui spetta l'ultima parola sul contenzioso⁴⁴.

⁴⁴ Autorità amministrative indipendenti: poteri e sindacato giurisdizionale sui loro atti, Ratioluris, 2021, F. DIMUNDO, <https://www.ratioluris.it/autorita-amministrative-indipendenti-poteri-e-sindacato-giurisdizionale-sui-loro-atti/>, data ultima consultazione: 15/07/2023

Dunque è ben inteso che le *Authorities* risultino sottoposte al principio di legalità procedimentale, secondo cui la loro partecipazione alla formazione di atti regolamentari deve avvenire nel totale rispetto delle norme Costituzionali.

Infatti, secondo il combinato disposto degli artt. 24 e 113 della Costituzione⁴⁵ tutti gli atti e i provvedimenti delle autorità indipendenti sono sottoposti al vaglio dell'autorità giurisdizionale e, dunque, sono giustiziabili.

Si deve, quindi, individuare il loro fondamento costituzionale nell'art. 97 Cost. nel combinato disposto con l'art. 95.

⁴⁵ Art. 24, Costituzione Italiana, *Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa e' diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione. La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.*

Art. 113, Costituzione Italiana, *Contro gli atti della pubblica amministrazione e' sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non puo' essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa.*

Infatti, mentre nell'art. 95 della Costituzione vengono definite le autorità amministrative ministeriali, nell'art. 97 della Costituzione troviamo tutte le altre pubbliche amministrazioni (sia oggettive che soggettive, in cui dunque possiamo inserire anche le autorità indipendenti) che sono chiamate a svolgere i loro compiti secondo i principi dell'imparzialità, dell'efficienza e del buon andamento⁴⁶.

⁴⁶ Art. 97, Costituzione Italiana, *Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.*

Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari.

Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.

Art. 95, Costituzione Italiana, Il Presidente del Consiglio dei ministri dirige la politica generale del Governo e ne è responsabile. Mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, promuovendo e coordinando l'attività dei ministri. I ministri sono responsabili collegialmente degli atti del Consiglio dei ministri, e individualmente degli atti dei loro dicasteri. La legge provvede all'ordinamento della Presidenza del Consiglio e determina il numero, le attribuzioni e l'organizzazione dei ministeri.

In realtà ora non si avverte più l'esigenza di ricondurre queste autorità ad una legittimazione costituzionale, tant'è che la giurisprudenza ritiene che ormai le autorità siano state investite di una costituzionalizzazione implicita, per cui ad oggi abbiano un riconoscimento anche materiale nella Carta costituzionale⁴⁷.

Peraltro i problemi di deficienza democratica delle *authorities* italiane sono state superate dalla legge 241/1990 *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi* in particolar modo sugli istituti da essa contemplati.

In primo luogo, troviamo l'obbligo di motivazione, di cui all'art. 3 *Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.*

Inoltre, se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere indicato e reso disponibile, a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama. In ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere.

⁴⁷ Autorità amministrative indipendenti e legalità di regolazione, Just to win, E. CUCIT, <https://www.justowin.it/tema/autorita-amministrative-indipendenti-e-legalita-di-regolazione>, data di ultima consultazione: 19/07/2023

In secondo luogo troviamo l'obbligo di comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, di cui all'art. 10 bis, secondo cui il responsabile del procedimento, prima di adottare un provvedimento negativo, abbia l'obbligo di comunicare alle parti il motivo o i motivi che *ostano all'accoglimento della domanda*.

Infatti, continua l'articolo, *La comunicazione di cui al primo periodo sospende i termini di conclusione dei procedimenti, che ricominciano a decorrere dieci giorni dopo la presentazione delle osservazioni o, in mancanza delle stesse, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Qualora gli istanti abbiano presentato osservazioni, del loro eventuale mancato accoglimento il responsabile del procedimento o l'autorità competente sono tenuti a dare ragione nella motivazione del provvedimento finale di diniego indicando, se ve ne sono, i soli motivi ostativi ulteriori che sono conseguenza delle osservazioni. In caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato.*

Successivamente troviamo sancito il principio di annullabilità del provvedimento amministrativo, di cui all'art 21 octies. Infatti, riprendendo ciò che innanzi è stato detto, le autorità indipendenti godono di una indipendenza imperfetta proprio per garantire il corretto e giusto funzionamento degli organi prevenendo attività illegali da parte di questi ultimi. Infatti, secondo questo principio è *annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza*.

Proseguendo, troviamo il principio della trasparenza, di cui l'intera l.n. 241/90 tratta: in particolar modo, già dall'art. 1 si dice *L'attività'*

amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed e' retta da criteri di economicita', di efficacia, di imparzialita', di pubblicita' e di trasparenza secondo le modalita' previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti , nonche' dai principi dell'ordinamento comunitario.

Inoltre, La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.

L'articolo si occupa anche dei soggetti interessati, infatti essi assicurano il rispetto dei criteri e dei principi con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni.

In aggiunta, La pubblica amministrazione non puo' aggravare il procedimento

se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria.

Inoltre, la disposizione finale dell'articolo, fa riferimento ai rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino; in particolar modo i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede.

Infine, troviamo sancito il rispetto del principio del contraddittorio, secondo cui nessuna delle due parti può essere soggetta agli effetti di una sentenza o di un provvedimento senza aver preso parte alla sentenza stessa, di cui al capo III della medesima legge.

Le Authorities, dunque, hanno natura amministrativa e pertanto l'attribuzione di funzioni contenziose non elimina la necessaria soggezione di ogni atto delle Autorità ad un controllo giudiziario.

Inoltre, facendo un resoconto sul presente, i profili costituzionali delle autorità amministrative indipendenti restano molteplici nonostante il percorso trentennale di affinamento della dottrina e della giurisprudenza.

Le autorità risultano essere ad oggi ancorate all'epoca della governance e quindi dell'integrazione tra l'ordinamento statale e quello europeo, in un contesto di fiducia nei tecnici e nelle loro regole; la loro tenuta nel sistema economico-sociale contemporaneo è tutta da verificare.

Sembra infatti che alla sfiducia nella "politica" degli anni Novanta del secolo scorso, attualmente la pandemia e l'opportunità di governare il Pnrr offrono adesso il campo ad una rinnovata fiducia per gli interpreti politici e i processi decisionali democratici, quindi una rinnovata fiducia anche alle autorità garanti⁴⁸.

Infatti, per concludere, il problema della compatibilità costituzionale del modello può ritenersi oggi piuttosto secondario: in molti settori il diritto europeo impone agli Stati membri un sistema di regolazione nazionale fondato

su specifiche Autorità di settore, dotate di indipendenza e comunque differenziate rispetto alle ordinarie articolazioni dell'organizzazione statale⁴⁹.

⁴⁸ P. BONINI, A. CELOTTO, Profili costituzionali delle autorità amministrative indipendenti, Rivista della Corte dei Conti, 2022, p. 40

⁴⁹ G. PORTALURI, Il principio d'imparzialità e i modelli organizzativi. Le autorità amministrative indipendenti, L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra stato nazionale e integrazione europea, 2016, p. 357

2.2.4 La legittimità costituzionale a partire dalla sentenza 13/2019 della Corte Costituzionale

Per concludere questo secondo capitolo dedicato alle autorità amministrative indipendenti viste nel loro aspetto più cruciale quanto problematico dell'indipendenza e della natura giuridica, è necessario fare una riflessione sulla legittimità costituzionale delle *authorities* italiane, o meglio, sulla loro impossibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale in via incidentale non essendo considerabili giudici *a quo*.

Con ordinanza n.1/2018, l' AGCM (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) solleva in via incidentale la questione di legittimità costituzionale contro il Consiglio Notarile di Milano per accertarne un'intesa restrittiva della concorrenza⁵⁰.

Secondo la legge n. 287 del 10 ottobre 1990, art. 8, comma 2, "Le disposizioni di cui ai precedenti articoli non si applicano alle imprese che, per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati" e dunque il potere del Consiglio notarile risulta essere sottratto alle norme antitrust e di conseguenza anche all'AGCM.

⁵⁰Autorità amministrative indipendenti: implicazioni e prospettive future dopo la sentenza costituzionale n.13 del 2019, Diritto.it, G. PEDARRA, URL: <https://www.diritto.it/autorita-amministrative-indipendenti-implicazioni-e-prospettive-future-dopo-la-sentenza-costituzionale-n-13-del-2019/>, data ultima consultazione: 15/03/2023

Come si avrà modo di vedere nei prossimi capitoli, l'indipendenza e la neutralità delle Autorità indipendenti le troviamo sia nell'elemento collegiale che porta ad avere decisioni più comuni e meno influenzabili sia nella professionalità e brevità dell'incarico dei componenti della singola Autorità ⁵¹.

Avvalendosi di talune qualità, tra cui soprattutto la separazione funzionale delle competenze (le funzioni inquirenti date agli uffici amministrativi, le funzioni decisorie affidate al collegio)⁵², l' AGCM si ritiene Autorità terza ed imparziale, in grado di sollevare la questione di legittimità costituzionale ed investita, dunque, di funzione sanzionatoria giurisdizionale.

Tuttavia, con la sentenza n.13/2019 la Corte Costituzionale ha negato all' AGCM la possibilità di sollevare la questione di legittimità costituzionale in via incidentale non essendo essa riconoscibile come giudice *a quo*, in quanto l' Autorità antitrust risulterebbe priva del requisito della terzietà (caratteristica imperativa per il riconoscimento di giudice)⁵³.

L'assenza della terzietà dell'Autorità antitrust deriva, secondo la Corte Costituzionale, dalla struttura dell'Autorità stessa che non prevede la separazione fra le funzioni inquirenti (guidate da uffici dipendenti dal Segretario generale) e le funzioni decisorie (in mano al Collegio di tutti i componenti capeggiato dal Presidente dell'autorità) dal momento che esiste un nesso funzionale tra Segretario e Presidente (l. n. 287/90)⁵⁴.

⁵¹Ibidem

⁵² Ibidem

⁵³Ibidem

⁵⁴Ibidem

Inoltre, l'Autorità avrebbe partecipato al processo impugnando i propri provvedimenti e, dunque, in modo non compatibile con l'imparzialità richiesta al giudice *a quo*: come ricorda Spataro nel suo saggio, il ruolo di parte processuale è riservato ai soggetti portatori di interessi sostanziali nella controversia, mentre un organo giurisdizionale (o paragiurisdizionale in questo caso) è portatore di un interesse solo fattuale⁵⁵.

La Corte Costituzionale ha escluso anche l'ipotesi (invece considerata dall' AGCM) di configurare l'Autorità quale giudice *a quibus*⁵⁶, ossia come giudice "ai limitati fini" di garantire il rispetto del principio di costituzionalità e di garantire il controllo di costituzionalità in ambiti dove altrimenti esso non sarebbe garantito⁵⁷. Secondo la Corte, infatti, esiste un'altra sede giurisdizionale in cui può essere sollevata la questione di legittimità costituzionale: impugnando gli atti dell'Autorità antitrust (anche quelli di chiusura dell'istruttoria) essi potrebbero essere contestati anche dal contro interessato davanti al giudice che, a sua volta, potrebbe sollevare una questione di legittimità costituzionale⁵⁸.

Per la Corte Costituzionale l' AGCM è un'autorità amministrativa indipendente dalla natura meramente amministrativa.

⁵⁵O. SPATARO, Autorità amministrative indipendenti e controllo di costituzionalità: considerazioni a partire dalla sentenza n.13 del 2019 della Corte costituzionale, *Federalismi*, 2020, p.11

⁵⁶Ibidem, p.9

⁵⁷Autorità amministrative indipendenti: implicazioni e prospettive future dopo la sentenza costituzionale n.13 del 2019, *Diritto.it*, G. PEDARRA, URL: <https://www.diritto.it/autorita-amministrative-indipendenti-implicazioni-e-prospettive-future-dopo-la-sentenza-costituzionale-n-13-del-2019/>, data ultima consultazione:17/03/2023

⁵⁸Ibidem

Le conclusioni della Corte Costituzionale portano naturalmente ad una serie di riflessioni.

L'AGCM, infatti, presenta indubbiamente degli aspetti strutturali e funzionali che la porterebbero ad essere considerata pari ad un giudice *a quo*. La funzione principale dell'Autorità antitrust è quella di applicare le norme in materia di concorrenza e, nel farlo, essa è investita da poteri di prevenzione, accertamento e repressione delle violazioni, assimilabili a quelli dell'autorità giudiziaria ordinaria, per cui l'AGCM è in grado di emanare provvedimenti inibitori, ordinatori e sanzionatori previsti dalla legge 287/90⁵⁹.

Questo suo tratto rende l'Autorità atipica rispetto all'evoluzione delle altre authorities, rendendo dunque la questione ancora più problematica.

Infatti, l'AGCM risulta essere investita di poteri di segnalazione al Parlamento e al Governo, ai quali si sono assommati nel tempo importanti funzioni consultive e poteri di impugnazione di atti amministrativi, nonché competenze specifiche in tema di pubblicità ingannevole e tutela dei consumatori. Tale "anomalia" costituisce rimedio all'assenza di una cultura diffusa della concorrenza, ma resta problematica. L'Autorità invade, infatti, lo spazio del giudice e, benché sprovvista di un potere di regolazione generale del mercato, finisce per svolgere ugualmente una funzione di regolazione attraverso la modulazione dell'esercizio dei suoi ampi poteri di diffida e sanzionatori congiuntamente al ricorso ai nuovi strumenti di concertazione con le imprese ed alla conseguente assunzione di impegni da parte delle stesse⁶⁰.

⁵⁹ *ibidem*

⁶⁰ N. LONGOBARDI, *Equivoci in tema di autorità amministrative indipendenti. I nodi vengono al pettine, Pa persona e amministrazione*, p. 9

Credibilità e funzionalità delle autorità indipendenti di regolazione dei mercati sono strettamente legate ad un nuovo modello di azione definito da Longobardi come *regolativo-giustiziale*. In esso la funzione istituzionale di regolazione assegnata all'autorità è intesa nel senso in cui occorre che la legge conferisca all'autorità un mandato pieno con riguardo al settore affidatole, che siano attribuiti poteri sufficienti oltre ad essere garantita l'indipendenza dell'autorità sia dal Governo che dai soggetti regolati. Come indicato dalle esperienze anglosassoni, l'efficacia dell'azione discende dall'estensione dei poteri normativi e dal cumulo di essi con i poteri di carattere amministrativo, repressivi e di attuazione contenziosa. Si tratta evidentemente di una concentrazione di poteri assai rilevante e delicata, che richiede, anche sotto il profilo costituzionale, una disciplina adeguata. Lo dimostra l'esperienza americana delle autorità indipendenti che è strettamente legata alla dottrina del *due process* (giusto processo), il cui pieno rispetto è stato imposto dalla Corte Suprema.

Il modello regolativo-giustiziale è informato ai principi della partecipazione all'elaborazione delle regole, dell'amministrazione contenziosa quanto all'applicazione di esse, dell'imparzialità oggettiva dell'autorità decidente. In adesione ad esso si è evoluto nel nostro ordinamento il principio del giusto processo, in cui le *authorities* debbono proposta di atto regolamentare o generale deve essere resa pubblica dall'autorità per consentire che i soggetti interessati si esprimano su di essa; delle osservazioni acquisite al procedimento va tenuto conto nell'adozione dell'atto di regolazione generale. Inoltre, l'attività amministrativa provvedimento assume il carattere di contenzioso, in cui le *authorities* sono chiamate a garantire un equo contraddittorio⁶¹.

L'indipendenza dell'Autorità è dunque il risultato di una forma di controllo e garanzia indipendente e non solo imparziale (che, ricordiamo, potrebbe consentire un'investitura dell'autorità a giudice *a quo* in giudizio incidentale).

⁶¹ Ibidem, p.9

Inoltre, le autorità indipendenti, garantendo l'interesse costituzionale tutelato, si pongono anche in posizione terza rispetto sia ai privati che ai pubblici, anche se, naturalmente, ciò non si può applicare ad ogni contenzioso: in alcuni casi le autorità si pongono in maniera analoga a quella di un giudice, in altri invece perseguono un interesse pubblico e quindi non è possibile considerarli terzi ed, in altri ancora, il giudizio dinanzi all'Autorità è assimilabile ad un giudizio arbitrale (art. 866 codice di procedura civile). Ciò dovrebbe consentire il diritto a sollevare la questione di legittimità costituzionale in via incidentale, visto che la Corte Costituzionale ha attribuito la qualifica di giudice *a quo* anche ai collegi arbitrali, sempre che essi seguano il «procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria»⁶².

Va altresì detto che questo è un organo indipendente sia dal punto di vista sostanziale e strutturale che funzionale e ciò è chiaramente garantito dai Trattati europei e dalla Carta dei diritti fondamentali.

Alla luce di ciò, si specifica la differenza tra l'indipendenza come *neutralità* (tipica delle Autorità) e l'*imparzialità* dell'amministrazione: secondo il giudice delle leggi, l'Autorità è un'amministrazione portatrice di un interesse pubblico specifico (la garanzia concorrenziale) e perciò non può essere considerabile indifferente o terza rispetto alle posizioni soggettive che emergono nella sua attività istituzionale e, di conseguenza, anche i suoi procedimenti sono considerati amministrativi⁶³.

⁶² O. SPATARO, Autorità amministrative indipendenti e controllo di costituzionalità: considerazioni a partire dalla sentenza n.13 del 2019 della Corte costituzionale, *Federalismi*, 2020, p.12

⁶³ Corte cost., sent. n. 13 del 2019

A questo punto si colloca l'evoluzione del concetto di giudice *a quo*, inferito da posizioni di apertura ma anche di chiusura: si rifletta sulla Corte Costituzionale che, con la sentenza Morati (n. 83/1966) e la sentenza Crisafulli (n.226/1976), comprende nella categoria di giudici *a quo* anche soggetti privati o organi che si ritrovano investiti, seppur in via eccezionale e diversamente dalla loro natura, di "funzioni giudicanti per l'obiettivo applicazione della legge, ed all'uopo posti in posizione *super partes*"⁶⁴, oppure perché si ritrovino con funzioni simili a quelle giurisdizionali o ancora per la presenza di garanzie di indipendenza analoghe a quelle dei magistrati.

In generale, si può dire che la regola più importante stabilita dal giudice delle leggi sia quella della sussistenza di un'analogia con la funzione giurisdizionale a cui, di conseguenza, l'esclusione dell' AGCM risulta eccessiva.

Infatti, l' AGCM è caratterizzata da una terzietà soggettiva che permette all'Autorità di agire nell'indifferenza (e non tanto nella ponderazione) degli interessi coinvolti: le *authorities* garantiscono il rispetto dei diritti e delle libertà nei settori sensibili, intervenendo anche in contenziosi sorti tra privati (imprese, utenti), proprio come un organo giudiziario.

Inoltre, il procedimento davanti all'AGCM è creato sul modello del giusto processo, rispettando il diritto di difesa e del contraddittorio.

Sulla base di quanto detto, l'esclusione dell'Autorità dallo spazio di legittimazione incidentale potrebbe portare ad una de-responsabilizzazione delle Autorità piuttosto che alla creazione di un dialogo tra Autorità e giudice costituzionale, nella maniera in cui tale materia risulta essere fortemente collegata all'ordinamento europeo (basti pensare alla richiesta da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e volta alle autorità indipendenti nazionali antitrust in cui si sollecita

⁶⁴ O. SPATARO, Autorità amministrative indipendenti e controllo di costituzionalità: considerazioni a partire dalla sentenza n.13 del 2019 della Corte costituzionale, *Federalismi*, 2020, p.7

la disapplicazione della normativa interna contraria alle regole anti-concorrenziali europee)⁶⁵.

Secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, i provvedimenti sanzionatori dell'AGCM sono qualificabili come *formalmente* amministrativi ma *sostanzialmente* penali, poiché hanno il duplice fine di prevenire da un lato e reprimere dall'altro i comportamenti anticoncorrenziali, attraverso sanzioni afflittive.

Per questo, le sanzioni debbono essere sottoposte alle garanzie dell'art.6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo per cui la sede migliore per l'applicazione di una sanzione penale è il processo, a meno che non sia rispettata la garanzia del giusto processo e il diritto del soggetto a ricorrere ad un giudice terzo e indipendente che possa esercitare la c.d. *full jurisdiction* (sindacato pieno)⁶⁶.

Secondo il pensiero e la giurisprudenza moderna e maggioritaria, il requisito della *full jurisdiction* del giudice sulla discrezionalità tecnica volta a imporre la sanzione antitrust è soddisfatto con la valutazione della mera attendibilità della soluzione tecnica adottata dall'AGCM, dunque con la sua compatibilità con l'oggetto giuridico in questione.

Il modello regolativo-giustiziale delle autorità amministrative indipendenti implica il superamento dei tratti tradizionali del diritto amministrativo.

⁶⁵ Autorità amministrative indipendenti: implicazioni e prospettive future dopo la sentenza costituzionale n.13 del 2019, Diritto.it, G. PEDARRA, URL: <https://www.diritto.it/autorita-amministrative-indipendenti-implicazioni-e-prospettive-future-dopo-la-sentenza-costituzionale-n-13-del-2019/>, data ultima consultazione: 19/03/2023

⁶⁶ Ibidem

Così, le autorità curano certamente interessi pubblici, ma non nel modo tradizionale o, per meglio dire, secondo la rappresentazione tradizionale. Le autorità amministrative indipendenti sono chiamate ad elaborare regole con il concorso dei soggetti interessati e ad applicarle in contraddittorio, in posizione di neutralità, ovvero di indifferenza rispetto agli interessi⁶⁷.

Di conseguenza, all'ordinario provvedimento discrezionale si contemplerebbe quello della decisione amministrativa, come risultato di procedimenti amministrativi contenziosi⁶⁸ che diano rilievo a conflitti di interessi. In tali decisioni amministrative sarebbe presente l'interesse giustiziale, considerato punto di cruciale problematicità degli atti comunemente annoverati come giurisdizionali o paragiurisdizionali.

La struttura degli atti con riguardo alle decisioni amministrative rivela dunque la funzione giustiziale svolta dall'amministrazione anche quando l'amministrazione stessa persegue l'obbligatorio obiettivo di soddisfare l'interesse pubblico. L'obiettivo di giustizia risulta incorporato nell'azione amministrativa, e, citando Nigro, *Da un canto, infatti, la condizione di imparzialità del o dei decidenti deve essere accertata con il massimo rigore, dall'altro, diviene peculiare requisito dell'atto decisione anche l'osservanza dei principi e delle regole che conferiscono struttura contenziosa al procedimento.*

Ed è proprio per questo motivo che si creano similitudini tra le decisioni amministrative e le sentenze.

Nel nostro ordinamento è da molto tempo presente un modello di azione amministrativa simile a quello americano, ossia l' *adjudication*, nel quale il momento accertativo - sanzionatorio espressivo del potere di emanare le sanzioni implica la *connessa fase contenziosa determinata dalla reazione del soggetto*⁶⁹.

⁶⁷ N. LONGOBARDI, Equivoci in tema di autorità amministrative indipendenti. I nodi vengono al pettine, Pa persona e amministrazione, p. 16

⁶⁸ Cit. Nigro da N. LONGOBARDI, Equivoci in tema di autorità amministrative indipendenti. I nodi vengono al pettine, Pa persona e amministrazione, p. 17

⁶⁹ Ibidem

Tuttavia, come già visto, questa strada è stata sbarrata dal Consiglio di Stato e dalla Corte Costituzionale, incorrendo nel grave errore di affermare che il procedimento sanzionatorio, assimilato al procedimento penale a livello europeo, non possa prevedere la parità delle parti durante il suo svolgimento solo perché *l'Amministrazione è titolare di un preteso <<ben definito interesse pubblico>>, che assegnerebbe ad essa una posizione sotto ogni aspetto sovrastante, anche nel modo di procedere*⁷⁰. Ritorna dunque attuale il dibattito sull'espressione stessa di *autorità amministrative indipendenti* dal momento che il carattere dell'indipendenza non può essere assimilabile al concetto di autorità amministrativa⁷¹.

⁷⁰ Ibidem

⁷¹ O. SPATARO, *Autorità amministrative indipendenti e controllo di costituzionalità: considerazioni a partire dalla sentenza n.13 del 2019 della Corte costituzionale*, *Federalismi*, 2020, p.21

CAPITOLO III: I poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti

Sommario: 3. I poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti. – 3.1 I poteri amministrativi. – 3.2 Le funzioni quasi – giudiziali. – 3.3 I poteri normativi. – 3.4 I poteri impliciti e la teoria della legalità. – 3.4.1 Il principio di legalità. – 3.4.2 La teoria dei poteri impliciti.

Le autorità amministrative indipendenti italiane, come si è visto, non rientrano in un argomento semplice da trattare attraverso un excursus che parta da un inizio e che arrivi ad una conclusione, oppure attraverso dei chiari e delineati margini di caratteristiche entro cui è possibile ricavarne delle definizioni nazionalmente omogenee.

Sin dalla loro nascita e dalle modalità del loro sviluppo, le *authorities* italiane si sono evolute con obiettivi e processi diametralmente differenti rispetto alle loro cugine francesi e queste ultime a loro volta, come si è visto, si sono instaurate nell'ordinamento del loro Paese a seguito di problematiche differenti rispetto alle autorità indipendenti britanniche o, addirittura, alle antenate americane.

Inoltre, se di disomogeneità si parla, indubbiamente si è chiamati a ricordare il loro carattere di non- indipendenza rispetto all' ordinamento di cui fanno parte e in cui sono chiamate a portare la loro tutela nei c.d. *settori sensibili*.

Come già si è visto, il panorama delle reali posizioni di indipendenza di cui le *authorities* italiane godono è contraddetto dalle relazioni che esse devono obbligatoriamente intrattenere con le altre Agenzie dello Stato, o meglio, dai limiti intrinseci previsti dalla Costituzione per evitare il compimento di qualsiasi atto derivante dall'abuso di potere.

In questo calderone di peculiarità si inserisce anche il tema del presente capitolo, ossia quello dei poteri delle *authorities* italiane, vale a dire principalmente amministrativi ma affiancati anche da poteri normativi (di *rule making*, ossia regolative quasi giudiziali che, come in tutti gli altri aspetti delle autorità indipendenti italiane, non sono prive di contraddizioni.

3.1 I poteri amministrativi

Le *authorities* italiane si trovano inondate di funzioni amministrative in senso proprio, come ad esempio il rilascio di autorizzazioni, che in passato venivano attribuite alle amministrazioni in senso classico; funzioni arbitrali e contenziose o semicontenziose, finalizzate anche a filtrare l'accesso alla giustizia, a scopi deflattivi, o cosiddetti compiti di "*adjudication*". In quest'ultimo caso, il ruolo delle Autorità è quello di arbitro posto in una posizione neutrale rispetto a situazioni giuridiche di tipo bilaterale ed orizzontale intercorrente tra soggetti privati¹.

Inoltre, rientranti nelle funzioni amministrative, è importante ricordare i poteri ablatori, ossia poteri in capo alla pubblica amministrazione attraverso cui viene soppresso un interesse privato – attraverso un provvedimento – in favore di un interesse pubblico; i poteri autorizzatori, che eliminano i limiti fissati dalla legge rispetto ad una preesistente situazione di vantaggio. In tale caso però rimane importante valutare che l'esercizio del potere sia compatibile con l'interesse pubblico: con tale potere, infatti, si acconsente all'attività richiesta dalla parte interessata. Troviamo inoltre i poteri concessori, attraverso cui vengono attribuite al destinatario delle situazioni giuridiche che prima non rientravano nella sua sfera giuridica in quanto non titolare²; i poteri sanzionatori invece hanno come scopo quello di infliggere al destinatario le sanzioni, maggiormente di carattere afflittivo, ossia che non colpiscono la cosa in modo tale da ripristinare l'interesse pubblico leso (ripristinatorie), ma con preciso destinatario l'autore dell'illecito posto in essere.

¹ Autorità amministrative indipendenti, Ratioluris, 2021, F. DIMUNDO, <https://www.ratioiuris.it/autorita-amministrative-indipendenti-poteri-e-sindacato-giurisdizionale-sui-loro-atti/>, data di ultima consultazione: 05/09/2023

² I poteri della Pubblica Amministrazione, Studio Cataldi, <https://www.studiocataldi.it/guida-diritto-amministrativo/i-poteri-della-pubblica-amministrazione.asp>, data di ultima consultazione: 05/09/2023

A proposito di tali poteri, destinati dunque a produrre una riduzione della libertà individuale, come ricorda meticolosamente Bombardelli, la legge 7 agosto 1990, n. 241 sancisce l'obbligatorietà dei principi di motivazione degli atti, del responsabile del procedimento, della partecipazione e dell'accesso ai documenti, per la cui attuazione molte autorità indipendenti hanno adottato dei propri regolamenti. Con ciò si vogliono infatti garantire i diritti in capo ad destinatari, senza fuoriuscire dai margini della legalità; di tale problematica, comunque, se ne discuterà ampiamente nel successivo paragrafo.

Infine, troviamo i poteri di ordinanza, ovvero particolari poteri che vengono esercitati nelle situazioni di necessità ed urgenza, dove non viene richiesto che la legge identifichi anticipatamente il contenuto di tali poteri³.

Le autorità amministrative indipendenti, inoltre, svolgono funzioni amministrative ausiliarie e funzioni di natura provvedimentale.

Le prime riguardano principalmente l'esercizio dell'attività consultiva, nonché l'attività di segnalazione al Parlamento riguardo a problemi insorgenti nei propri settori di competenza, e l'invio (che già si è presentato nel capitolo precedente) di relazioni annuali al Parlamento.

Tuttavia, data anche la loro natura nonché competenza, le autorità indipendenti intervengono più direttamente nel settore economico ad esse affidato attraverso l'adozione di atti e provvedimenti amministrativi, nella cui emanazione si trovano margini di discrezionalità di ristretta manovra, vantando un ruolo sempre più tecnico e mirato solamente a valutare la presenza dei requisiti normativi fissati dalla legge.

*Ad esempio, le amministrazioni indipendenti hanno un ruolo fondamentale nella disciplina dell'accesso ai mercati regolati, che si manifesta attraverso il rilascio di autorizzazioni per l'ingresso nel mercato o per la variazione delle modalità di intervento nello stesso*⁴.

³ Ibidem

⁴ M.BOMBARDELLI, Le autorità amministrative indipendenti, Ius Publicum, 2013, p. 15

Le *authorities*, inoltre, intervengono con provvedimenti di regolazione dell'attività delle imprese sul mercato, tra cui è bene ricordare i provvedimenti di determinazione dei prezzi (ad esempio la definizione delle tariffe per i servizi scambiati)⁵. Generalmente, le autorità indipendenti esercitano anche poteri amministrativi di vigilanza e controllo, ricorrendo anche a poteri ispettivi, per cui riescono ad entrare in possesso (autoritativamente) delle informazioni delle imprese regolate.

3.2 Le funzioni quasi - giudiziali

Accanto alle funzioni amministrative, le autorità indipendenti detengono anche funzioni quasi - giudiziali, detti anche di *adjudication*, attraverso procedimenti di composizione extragiudiziale di controversie fra soggetti operanti in un certo settore che si trovano come parti contrapposte.

Anche nell'ambito di queste attività, la partecipazione dei soggetti interessati assume un ruolo fondamentale, non tanto ai fini della loro tutela verso le autorità, quanto evidentemente al fine della garanzia della "parità delle armi" fra i soggetti contendenti, finalizzata ad assicurare, attraverso un contraddittorio "orizzontale" fra le parti in conflitto, il raggiungimento da parte delle autorità di decisioni idonee alla soluzione dei conflitti che vengono loro sottoposti⁶.

La richiesta del principio del contraddittorio piuttosto che della motivazione, ha avvicinato le *authorities* al modus operandi degli organi giudiziari, per i quali le regole processuali sono in gran parte volte a garantire la "parità delle armi" tra i contendenti⁷.

⁵ Ibidem, p.15

⁶ Ibidem, p.18

⁷ E.L.CAMILLI, M.CLARICH, I poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti, Astrid, p.2

Inoltre, l'indipendenza organizzativa e funzionale delle autorità indipendenti riprende quella propria degli organi giurisdizionali.

Le stesse funzioni esercitate dalle autorità hanno il carattere della "neutralità", cioè di disinteresse personale verso i vari interessi in gioco, ed una maggiore attenzione, invece, al rispetto delle regole.

E' logico dunque comprendere come siano emerse espressioni ambigue come poteri quasi-giudiziali o paragiurisdizionali delle autorità, come se queste ultime fosser una sorta di *tertium genus* tra potere giurisdizionale e potere amministrativo, di cui già discusso⁸.

Sia la giurisprudenza civile che quella amministrativa hanno cercato una strada interpretativa alternativa, dichiarando che comunque gli atti provenienti dalle *authorities* siano provvedimenti amministrativi, e perciò impugnabili davanti al giudice.

E' utile comprendere, inoltre, che la continua pretesa di voler trovare soluzioni a tali criticità implica che si debbano guardare tutti gli interessi coinvolti, e le esperienze maturate dagli ordinamenti della *common law* americana e britannica possono guidare in tale riflessione.

Il potere delle *Independent Regulatory Commissions*, come descritto dall'interpretazione americana, si contraddistingue per *una funzione di rulemaking e una funzione antitrust di vigilanza e controllo dotata di potere sanzionatorio*⁹.

⁸ Ibidem, p.2

⁹ Ibidem, 10

Emerge in questa maniera una consistente attività sanzionatoria compiuta nel rispetto delle indicazioni normative, in modo tale da assegnare al decisore delle regole procedurali a garanzia dell'altra parte in conflitto.

Quindi, i modelli di contraddittorio previsti nelle normative proprie di ogni autorità indipendente possono essere differenti o meno. Più precisamente, considerando il contraddittorio orizzontale, la posizione di chi denuncia si posiziona in gradi di protezione diversificati tra loro. La medesima distinzione organizzativa interna tra le funzioni istruttorie e le funzioni decisionali, che negli USA si applica in base all'*Administrative Procedure Act* del 1946, nel nostro ordinamento è ancora confinata al settore delle autorità indipendenti del settore finanziario, nonostante essa potrebbe essere contemplata anche da altre tipologie di authorities durante l'espletamento di funzioni auto – organizzative. Le diversità riscontrate dipendono probabilmente, più che da scelte consapevoli, dal carattere frammentario ed episodico delle discipline¹⁰.

Come si descrive nel saggio in nota, il carattere della paraprocessualità riscontrabile nel *modus operandi* delle autorità diviene giustificato data la loro connotazione come *garanti di posizioni soggettive individuali di rilievo costituzionale nel contesto di mercati regolamentati*. Se tale funzione regolativa (delle autorità) richiede che queste ultime esercitino un bilanciamento tra interessi opposti, rispettando gli obiettivi generali posti dal legislatore, in sede di applicazione delle regole, loro sono chiamate a svolgere in prima battuta un ruolo da garante delle posizioni dei oggetti coinvolti. Tale ruolo diventa chiaro in relazione alle funzioni

¹⁰ Ibidem, p.20

risolutive delle controversie in sede sia conciliativa che arbitrale. Citando il saggio di Clarich e Camilli, l'amministrazione giustiziale concilia sia il perseguimento degli interessi pubblici sia il totale rispetto della piena tutela delle situazioni giuridiche coinvolte, come è visibile nell'ordinamento austriaco.

Nel nostro ordinamento, invece, la tradizionale cultura amministrativa, statalista e autoritaria, ha ostacolato la strada a tale innovazione. Solamente la legge n. 241/90 ha introdotto degli istituti che, come vedremo, sono volti a garantire una piena tutela dei soggetti amministrati durante il procedimento¹¹.

¹¹ Ibidem, p.21

3.3 I poteri normativi

Alle *authorities* sono stati attribuiti anche dei poteri differenti da quelli amministrativi, ossia quelli normativi.

Lo studio di tale potestà delle autorità amministrative indipendenti rende infatti necessario esaminare sia gli effetti che tale potere determina a livello di sistema delle fonti, sia l'incidenza del potere medesimo nell'individuazione e determinazione del ruolo delle autorità amministrative indipendenti e della collocazione delle medesime nel sistema istituzionale¹².

In realtà sulla questione “atti delle autorità indipendenti” sorgono sempre molte problematiche e perplessità. Ma andiamo con ordine.

Secondo una prima tesi, gli atti delle *authorities* sarebbero da configurare come atti amministrativi di natura generale, mentre secondo altri essi sarebbero da classificare come dei veri e propri regolamenti o atti normativi, emanati dalle leggi delle Autorità, dunque configurabili come atti atipici, poiché non emanati dallo Stato¹³.

Infatti, come citato dal saggio di Maggio, “*nell’ambito della normazione secondaria vige nel nostro sistema il principio di atipicità degli atti normativi, categoria aperta ad una serie di specie e di modelli stabiliti dalla legge*”, tra cui si annoverano anche gli atti normativi delle autorità indipendenti.

Il Consiglio di Stato, inoltre, attraverso la sentenza n.5036, Sez. VI del 30 novembre 2016, ha dichiarato ammissibile la configurabilità degli atti normativi atipici, ritenendo opportuno precisare che, tuttavia, tali atti debbano avere una struttura e dei contenuti definiti dalla legislazione nazionale, che si rivela sempre imprescindibile.

¹² R. TITOMANLIO, Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità sostanziale, legalità procedurale e funzione di regolazione, NOMOS, 2017, p.2

¹³ F.L.MAGGIO, Questioni interpretative sui poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti, Federalismi, 2021, p.19

Tuttavia, la nozione di atto normativo atipico pone il problema del suo significato più intrinseco, ossia se si intenda un regolamento oppure degli atti regolamentari ma dalla natura diversa rispetto a quelli definiti dalla legge n. 400/1988¹⁴.

In realtà, la problematica può essere tranquillamente ignorata partendo dalla definizione di regolamento ossia *atto formalmente amministrativo e sostanzialmente normativo*¹⁵, anche se il termine, ai giorni nostri, non sta ad indicare una categoria omogenea, bensì *una pluralità di atti, differenti dalla legge, adottati da pubbliche amministrazioni ma contenenti norme giuridiche generali e astratte*¹⁶. Premessa la definizione, ora risulta chiara la posizione del regolamento nel sistema delle fonti, ossia di rango secondario: il potere regolamentare è definito sempre da una fonte di rango superiore (primario), la quale determina le condizioni e i presupposti dell'esercizio della potestà normativa.

Rimane tuttavia intrinseco un altro problema: l'eterogeneità dei regolamenti.

Poc'anzi infatti si è definito non tanto il regolamento ma l'ampia categoria a cui essi afferiscono, categoria in cui è stato necessario elaborare dei criteri di identificazione per individuare l'atto di natura regolamentare.

Secondo quanto emerso dalla già citata sentenza n. 5036 del Consiglio di Stato, i criteri da utilizzare sarebbero due: un criterio formale ed un criterio sostanziale.

Il criterio formale consiste nella *qualificazione espressa dell'atto come avente natura normativa. La qualificazione può avvenire secondo una duplice e diversa modalità, potendo essa provenire dallo stesso ente che pone in essere il singolo atto ovvero dal legislatore nella fase di disciplina del contenuto dell'atto stesso*¹⁷.

¹⁴ Art. 17, l.n. 400 del 23 agosto 1988

¹⁵ F.L.MAGGIO, Questioni interpretative sui poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti, *Federalismi*, 2021, p.20

¹⁶ *Ibidem*, p.20

¹⁷ *Cons. Stato, Sez. VI, 30 novembre 2016, n.5036*

Da un lato, la prima modalità è imposta, per i regolamenti statali, con disposizione generale, dall'art. 17 della legge n. 400/1988 e, come continua il Consiglio di Stato a proposito dell'atipicità, [... essa...] *va intesa nel senso che può prevedersi un modello differente da quello prefigurato dall'art. 17 e non che esso possa prescindere da una copertura legislativa che ne definisca procedura di formazione e contenuti*¹⁸.

¹⁸ Ibidem

Dall'altro lato, la seconda modalità che invece viene proposta è *demandata alla scelta che di volta in volta effettua il legislatore, che potrebbe procedere ad una espressa indicazione della natura giuridica dell'atto disciplinato ed, eventualmente, delle modalità non solo sostanziali ma anche procedurali di formazione.*

Il criterio sostanziale, concludendo, deve valorizzare la *natura intrinseca dell'atto* che, per essere normativo, deve avere tre determinate qualità: la prima è la generalità, intesa come *indeterminabilità a priori e a posteriori dei soggetti ai quali l'atto si indirizza*; la seconda è l'astrattezza, ossia l' *indefinita ripetibilità ed applicabilità a fattispecie concrete*; la terza ed ultima è l'innovatività, ovvero la *capacità di concorrere a costituire o ad innovare l'ordinamento.*

Il Consiglio di Stato, inoltre, sottolinea la preminenza che il criterio sostanziale ha rispetto a quello formale, nonostante quest'ultimo sia rilevante ai fini interpretativi dei provvedimenti da qualificare, usandolo come strumento d'ausilio per individuare la natura – sostanziale – dell'atto stesso.

Tuttavia, nonostante l'atto amministrativo sia stato poi definito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato come un atto per il quale, a differenza di quello normativo, i suoi destinatari sono indeterminabili a priori ma possibili da determinare a posteriori, alcuni atti individuabili attraverso il criterio sostanziale possono rivelare una natura regolamentare nonostante la loro formalità non lo sia.

Risulta dunque sempre aperta la problematica della sottile linea che separa gli atti amministrativi generali non normativi dagli atti regolamentari delle authorities¹⁹,

¹⁹ F.L.MAGGIO, Questioni interpretative sui poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti, *Federalismi*, 2021, p.21

in primo luogo perché le autorità emanano entrambe le tipologie di atti, secondariamente perché definire come normativi degli atti ascrivibili alla categoria dei regolamenti è un'affermazione che apre un'ulteriore crisi, ossia quella del tradizionale concetto di regolamento. Tuttavia, risulta chiaro che i regolamenti delle Autorità indipendenti sono atti normativi adottati da soggetti della Pubblica Amministrazione che, oltre ad esercitare funzioni amministrative, sono investiti anche da poteri normativi che li avvicinano al potere legislativo.

Nonostante ciò, il modello regolamentare delle *authorities* si discosta ancora una volta da quello regolamentare governativo, per gli obblighi di motivazione e partecipazione che questi implicano, oltre che alla peculiare capacità di tali Autorità di produrre norme senza particolari deleghe da parte di fonti primarie, ma la cui problematica si approfondirà nelle pagine successive.

Non è strano che le autorità siano in grado di esercitare questi poteri, ed il motivo si configura come conseguenza della lacunosa disciplina imposta dal legislatore, dove i limiti ed i fini dell'attribuzione di tale potere non sono perfettamente delineati e dunque, essendo esse chiamate ad adottare i regolamenti nei settori di loro competenza, se ne devono servire.

Il potere normativo, come ricorda Bombardelli, è completamente subordinato alla legge ma, nel caso delle autorità amministrative indipendenti e come già spiegato, esso viene solamente attribuito, senza che vengano prefissati gli obiettivi o le tempistiche.

La motivazione di questa particolare caratteristica risiede proprio nell'intima natura delle autorità indipendenti, già largamente trattata nel precedente capitolo, ossia l'indipendenza: infatti, il distacco delle *authorities* dal rigido schema Parlamento – Governo, determina che determinate materie rientrino nel campo della competenza esclusiva delle autorità, le quali riescono dunque a compiere il loro lavoro grazie alla sola loro expertise tecnica²⁰.

²⁰ M.BOMBARDELLI, Le autorità amministrative indipendenti, *Ius Publicum*, 2013, p. 15

E' necessario sottolineare che grazie al riconoscimento della loro legittimità democratica di cui già discusso, nonché dell'altrettanto loro già contemplata rilevanza sul piano internazionale grazie alla funzione di tutela di principi imprescindibili posti dai Trattati, le Autorità non troverebbero applicazione diretta della legge n. 241/1990 nell'ambito dell'adozione di regolamenti.

Infatti, l'art. 13 della legge non prevede l'applicazione delle norme sulla partecipazione ai procedimenti di formazione di atti normativi e amministrativi generali, come sottolinea Bombardelli, anche se comunque la partecipazione a tali procedimenti deve essere resa obbligatoria per fornire alle autorità la legittimazione del loro potere normativo che, altrimenti, non verrebbe garantito dal circuito Parlamento – Governo²¹.

Risulta inoltre chiaro che, il problema che le autorità possano non rispettare il principio di legalità sostanziale, per cui sono considerate norme di rango secondario ma in grado di esondare i confini della potestà normativa imposti dalla legge, viene superato dalla possibilità di partecipazione – a tutti i soggetti interessati - ai procedimenti di formazione di atti regolamentari.

Tale partecipazione, dunque, non viene assunta solamente come un principio di garanzia ma anche (e soprattutto) come elemento in grado di favorire il coinvolgimento di tutti i soggetti interessati, rigenerando il valore della democrazia proprio delle strutture rappresentative, oltre che riducendo l'asimmetria informativa in cui le *authorities* spesso si trovano a dover agire nei confronti dei soggetti regolati, fornendo dunque all'Autorità tutte le necessarie informazioni di cui dispongono per attivare una regolazione efficace del settore che, senza la partecipazione, sarebbe vanificata²².

²¹ Ibidem, p.17

²² Ibidem

Il Consiglio di Stato ha affermato che, proprio grazie all'imposizione della garanzia di partecipazione procedimentale, viene affermato anche il principio di trasparenza, che giustifica l'utilizzo dei poteri regolatori delle authorities²³: infatti, nella sentenza n. 7972 del 27 dicembre 2006, sez. VI, il Consiglio di Stato afferma che tale principio di trasparenza *costituisce un meccanismo di democrazia sostitutivo rispetto a quello fondato sulla rappresentanza popolare*, poiché le regole della formazione amministrativa delle *authorities* provocano una caduta della "legalità sostanziale", che viene compensata con un rafforzamento della "legalità procedurale" sotto forma di garanzie del contraddittorio.

I procedimenti che si svolgono davanti alle Autorità, inoltre, si sono sempre caratterizzati oltre che per la possibilità di partecipazione riconosciuta ai soggetti interessati, anche per il rispetto del principio del contraddittorio, al cui spetta il totale rispetto in tutte le fasi del procedimento di formazione dell'atto normativo²⁴.

²³ R. TITOMANLIO, Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità sostanziale, legalità procedurale e funzione di regolazione, NOMOS, 2017, p. 27

²⁴ S.PETRONE, Le autorità amministrative indipendenti: i poteri normativi delle authorities, CAMMINO DIRITTO, 2019, p.14

A tal proposito, le forme di tutela di tale principio assumono diverse forme a seconda della funzione esercitata dall'*Authority* (sanzionatoria, autorizzatoria, normativa, indagatoria) : si tratta di contraddittorio verticale quando si sottolineano le garanzie poste a tutela dei soggetti coinvolti nell'esercizio delle funzioni dell'autorità, mentre si tratta di contraddittorio orizzontale con riferimento alla partecipazione collaborativa svolta da soggetti interessati, come rappresentanti dei loro interessi.

Risulta quindi chiaro che le Autorità indipendenti debbano avvisare i destinatari del provvedimento prima dell'adozione dello stesso, comunicando i presupposti e le finalità per cui l' Autorità viene chiamata ad intervenire²⁵.

Ritorna importante citare il fermo principio di obbligo di motivazione degli atti a cui le *authorities* sono sottoposte, di cui all'art. 23 della legge 262/2005, sia per gli atti amministrativi generali che per gli atti normativi²⁶. Con la motivazione dell'atto di natura normativa, infatti, in contraddittorio con i soggetti destinatari, si dichiarano le ragioni delle scelte e, come già detto, le ragioni che hanno portato all'intervento pubblico; inoltre, il principio di motivazione dell'atto finale risulta importante per il controllo giurisdizionale a cui tale atto (come tutti quelli delle *authorities*) verrà sottoposto. I regolamenti delle autorità indipendenti sono infatti sottoposti a tale procedura anche per l'elevata rilevanza economica degli interessi coinvolti: non è un caso che, nella sentenza n. 11603/04 del 14 febbraio 2005, il Consiglio di Stato abbia riconosciuto la titolarità della potestà normativa in capo alle *authorities*, per cui *non possono più ritenersi di spettanza esclusivamente di soggetti dotati di rappresentatività* , dal momento che il *policentrismo normativo che caratterizza il nostro ordinamento giuridico (e che si collega «alla sempre più vasta*

²⁵ Ibidem, p.16

²⁶ Ibidem

distribuzione di funzioni pubbliche fra una pluralità di soggetti, anche al di fuori dell'apparato governativo e ministeriale») giustifica il potere normativo delle amministrazioni indipendenti la quali «costituiscono certamente una tipologia speciale di soggettività pubblica», che deve sempre avere «in un profilo legislativo primario la fonte attributiva del potere e i criteri di fondo che devono presiedere all'esercizio di detto potere.

Oltre a ciò, un ulteriore importante principio che viene sancito dal medesimo articolo è il principio di proporzionalità, secondo cui il raggiungimento di un fine deve avvenire con il minor sacrificio possibile degli interessi dei destinatari.

Sembra evidente quindi che tale principio sia stato imposto come argine al potere normativo delle autorità ma, dopo un'attenta analisi dell'articolo 23 della legge del 2005, appare gridato forte e chiaro l'intento opposto, ovvero quello di corroborare la potestà normativa delle autorità: infatti, grazie a questo principio, si impone la partecipazione dei soggetti coinvolti nei processi decisionali delle *authorities* a cui poi vengono proposti degli strumenti atti a migliorare sempre di più la qualità dei regolamenti emanati²⁷, come nel caso della determinazione dell'AIR (Analisi di Impatto della Regolazione), che impone alle autorità indipendenti di compiere una valutazione a priori, detta *ex ante*, degli effetti che possibilmente potrebbero scaturire dall'atto normativo in adozione, ad esempio in termini di costi / benefici sui cittadini o sulle imprese²⁸.

In conclusione, è possibile affermare – rimanendo in linea con quanto affermato da Petrone nel suo saggio, che il potere normativo delle *authorities* risulterebbe in linea con il c.d. già citato policentrismo normativo che caratterizza il sistema delle fonti.

²⁷ Ibidem, p.15

²⁸ R. TITOMANLIO, Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità sostanziale, legalità procedurale e funzione di regolazione, NOMOS, 2017, p. 23

Infatti, tale potestà risponderebbe alla necessità – in capo alle Autorità - di garantire e tutelare i diritti che vengono costituzionalmente previsti attraverso le caratteristiche dell'indipendenza e della neutralità; inoltre, non si può non tirare in ballo la funzione complessa e generale dell'Authority, la quale è titolare di numerosi poteri e sfide, risultando attinente una più ampia e non specifica attribuzione di potere.

Avendo a lungo discusso e presentato il problema della sottile linea che divide il potere regolamentare dal potere amministrativo, è sorto un ulteriore crocevia di dubbi, riguardanti la libertà con cui le autorità adottano atti che, solitamente, necessiterebbero di una delega da parte della legge, ossia del rango primario. Il fulcro (e forse la soluzione al problema) è il principio di legalità che, nonostante non trovi una precisa collocazione costituzionale, lo si colloca normalmente all'articolo 23 Cost., in cui *nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base ad una legge*, oltre che edotto dall'articolo 97 in cui si dichiara che i pubblici uffici debbano essere organizzati secondo norme di legge, in modo tale che vengano garantiti il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione²⁹.

Il principio di legalità, inoltre, presenta una doppia sfaccettatura, una la legalità formale, vale a dire che ogni atto emanato da un potere pubblico debba avere una base giuridica costituita dalla legge (cioè un decreto legge o un decreto legislativo) ed una legalità sostanziale, per cui i poteri e l'azione amministrativa vengano circoscritti dalla disciplina legale.

Andando più nello specifico, il rispetto delle garanzie procedurali, nonché del principio del contraddittorio viene richiesto tassativamente per tutti gli atti emanati dalle *authorities*, ma in particolar modo per quelli di natura normativa, in nome del significato di legittimazione democratica dal

²⁹ F.L.MAGGIO, Questioni interpretative sui poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti, *Federalismi*, 2021, p.22

basso. In particolar modo, con ciò si intende che il vizio d'origine rappresentato dal mancato rispetto della legalità sostanziale, conseguenza – come già visto - dell'ampia delega di potestà normativa data dalla legge alle autorità, viene superato dalla garanzia di partecipazione al procedimento imputata ai soggetti interessati.

Dunque, se bisogna distinguere tra l'attività di *adjudication* (ossia l'adozione di provvedimenti inibitori e sanzionatori) da quella di *rule making* (ovvero l'attività di regolazione), poiché *si potrebbe ricorrere ad una collisione* tra controlli *ex ante* regolativi, destinati a fissare le regole per la disciplina del settore di riferimento, e concreti provvedimenti di *adjudication* adottati dall'autorità nei confronti di singole imprese, è necessario contemplare l'importanza dell'obbligatorietà delle garanzie partecipative per tutti i procedimenti che si svolgono dinanzi alle autorità indipendenti. Infatti, ancora una volta, è grazie a ciò che le regole procedurali vengono a svolgere la funzione di correttivo alla perdita di legalità sostanziale e al deficit di legittimazione democratica delle autorità amministrative indipendenti³⁰.

La legalità procedurale, dunque, intesa come la costituzione di procedure che garantiscano la partecipazione dei soggetti interessati al procedimento oltre che al rispetto del principio del contraddittorio, è in grado di compensare il difetto sostanziale iniziale e la mancata legittimazione democratica delle *authorities* stesse³¹.

E' dunque solamente alla luce del principio di legalità che è possibile vagliare la potestà normativo – regolatoria che sempre più sta prendendo piede nelle normali funzioni delle *authorities*, ed è solo dunque alla stregua del suddetto principio che si può smembrare e risolvere la fangosa

³⁰ R. TITOMANLIO, Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità sostanziale, legalità procedurale e funzione di regolazione, NOMOS, 2017, p. 23

³¹ Ibidem, p.21

problematica che impregna il rapporto tra legge e regolamento, declinando quale debba essere il rapporto tra queste due fonti per essere considerate costituzionalmente legittime³².

Innanzitutto, bisogna considerare la divergenza tra la maggioranza di coloro che ritengono necessaria la disposizione di legge per fondare il potere regolamentare e la minoranza che invece ritiene non necessaria interposizione della legge, poiché il potere regolamentare delle *authorities* discende direttamente dalla tutela degli interessi costituzionalmente fondamentali. Tuttavia, in forza della prima visione, è necessario porsi il seguente quesito: possono le *authorities* esercitare dei poteri derivanti, sì, da una norma di rango primario, ma non tassativamente delineati nelle modalità dalla medesima ma solamente nei principi generali della materia da regolamentare?

La Corte Costituzionale, su tale problematica, si è pronunciata attraverso la sentenza n. 115 del 7 aprile 2011, affermando che *in più occasioni, l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente «l'assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione [...] . Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa.*

Le considerazioni circa il raggio di discrezionalità regolamentare di cui le *authorities* godono è ancora un dibattito aperto ma che, tuttavia, potrebbe

³² F.L.MAGGIO, Questioni interpretative sui poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti, *Federalismi*, 2021, p.23

essere risolto attraverso la teoria dei poteri impliciti, di cui si discuterà ampiamente nell'ultimo paragrafo; in ultima battuta, potrebbe essere considerata in linea con il sistema costituzionale - nonché delle fonti – la previsione di una potestà regolamentare in capo alle *authorities* attraverso la legge solamente sugli obiettivi da raggiungere, rimanendo innanzitutto – come già visto - in linea con il principio di legalità e soprattutto rimanendo in linea con la natura delle autorità stesse, che non si declina come natura di mera adozione e attuazione di norme di rango primario, bensì come di regolazione del settore che viene loro affidato³³.

Inoltre, la particolare fonte di legittimazione della potestà normativa delle autorità indipendenti, declina l' inutilità delle tradizionali categorie utilizzate per la classificazione dei regolamenti (esecutivi, attuativi, integrativi, ecc.), essendo create proprio basandosi sui regolamenti governativi, e vista la già discussa eterogeneità dei contenuti dei regolamenti delle *authorities*³⁴.

Avviandoci verso una prima conclusione, si potrebbero dunque distinguere i regolamenti organizzativi delle *authorities* da un lato e i restanti governativi – nettamente differenti - dall'altro: in particolar modo, è già stato affrontato il tema dell'autonomia di cui godono le autorità,

³³ R. TITOMANLIO, Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità sostanziale, legalità procedurale e funzione di regolazione, NOMOS, 2017, p. 33

³⁴ Ibidem

soprattutto con riferimento all'autonomia organizzativa, in cui i vincoli da parte dei norme di rango primario sono poche se non assenti³⁵.

In aggiunta, ricostruendo la funzione di regolazione come funzione amministrativa ed assegnando alla potestà normativa delle autorità indipendenti il significato di espressione della funzione di regolazione, viene inoltre confermata la tesi volta a ricomprendere il potere normativo delle amministrazioni indipendenti all'interno della funzione normativa della pubblica amministrazione. L'attività normativa posta in essere dalle autorità indipendenti è finalizzata al funzionamento (in base a principi sia costituzionali che legislativi predeterminati) di un determinato settore: ciò non inficia il contenuto normativo delle regole poste dalle autorità indipendenti, ma consente di individuare la peculiarità (e dunque il fondamento ma anche i limiti) di tale attività normativa³⁶.

Tuttavia, la tesi contraria afferma che in realtà non tutte le autorità abbiano disciplinato totalmente il diritto alla partecipazione al procedimento, ma solamente un mero ascolto da parte del soggetto interessato, oltre al fatto che non sempre venga garantito il pieno diritto all'accesso agli atti del procedimento.

In realtà è proprio per questo motivo che, per sostenere la tesi presente in questo capitolo, si debbano rafforzare maggiormente gli strumenti volti a garantire le garanzie procedurali, nonché il conseguente principio di trasparenza e il successivo principio di contraddittorio: è solamente garantendo un procedimento inclusivo e partecipativo che può rendere costituzionalmente legittima la potestà normativa – quasi completa – in capo alle autorità e ciò è garantito solo dal giudice amministrativo, il quale deve assicurare il pieno adempimento del tritico di principi³⁷.

³⁵ Ibidem

³⁶ Ibidem, p.35

³⁷ Ibidem, p. 37

3.4 I poteri impliciti e teoria della legalità

Come già si è ricordato, le autorità indipendenti godono di una particolare potestà normativa.

Tale proprietà è ancora al centro di numerose discussioni, visti i labili (e ampi) margini di manovra dati alle *authorities* dalle fonti di rango primario, nei cui provvedimenti si prevedono specifiche determinazioni del contenuto su cui si andrebbe a legiferare, mentre le modalità e i fini sono lasciate a quasi – si potrebbe dire- completa discrezione delle agenzie.

Ove una parte della dottrina andrebbe a individuare in siffatta situazione un vizio di costituzionalità (come potrebbe, nel sistema delle fonti, una norma di rango secondario prevalere e accostarsi ad una di rango primario?), un'altra parte del pensiero sostiene invece che le autorità indipendenti possano detenere la potestà normativa in virtù del rispetto del principio di legalità, essendo esse in possesso dei c.d. *poteri impliciti*.

Ed è proprio qui che si vuol iniziare la riflessione.

3.4.1 Il principio di legalità

Innanzitutto, nonostante il principio di legalità sia alla base di tutta la materia amministrativa, dalle origini sino ad oggi, esso è sempre stato oggetto di controversie, problematiche e addirittura decostruzioni³⁸ che ne porrebbero in dubbio l'effettiva attualità.

Storicamente, il principio di legalità si afferma per la prima volta nella Costituzione francese del 1791 ove, nell'articolo 3, si afferma che *non vi è in Francia autorità superiore a quella della legge. Il re regna soltanto in funzione di essa, e solo in nome della legge può esigere l'ubbidienza*³⁹.

³⁸ N. COLLEO, Il principio di legalità nel diritto amministrativo in evoluzione, Riflessioni sulla sua attualità e sul suo avvenire, tra fattori di crisi e rapporti con il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti, PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE, p.3

³⁹ Ibidem, p.4

Quello che ora potrebbe sembrare naturale, al tempo invece ha significato una poderosa novità: tale affermazione trova luogo in un contesto in cui l'amministrazione fungeva solo da esecutore della legge, essendo che a quest'ultima mancava ancora il potere di imperio⁴⁰ tale per cui potesse curare direttamente l'interesse pubblico e individuale; dunque, il principio di legalità, per la prima volta in Europa, scioglie le briglie del c.d. *Stato assoluto*, riconoscendo dei limiti all'esercizio del potere della legge.

Tuttavia, l'importanza riconosciuta all'affermazione di cui prima viene ridotta nel periodo napoleonico, dove nonostante si fosse stabilita teoricamente, nella pratica si rivela solamente una pratica formale, non ancora in grado di effettuare controlli sull'azione del titolare del potere.

E' nell'Ottocento che, determinandosi una netta separazione tra l'amministrazione e il potere giudiziario, il principio di legalità viene corroborato, come risposta alla sottrazione della potestà normativa al potere giudiziario e all'acquisizione di prerogative dell'amministrazione. Viene potenziato, si diceva, poiché si radicano nuove esigenze legate alla protezione di situazioni giuridiche individuali di fronte al potere normativo, oltre che alla sempre più veloce perdita di campo dell'assolutismo, la cui conseguenza è la determinazione della persona come cittadino e non più come suddito⁴¹.

Dai primi anni del Novecento, il principio di legalità si afferma per la sua funzione garantistica nei confronti del cittadino: infatti, per la prima volta, il potere può essere contestato in sede giurisdizionale, riconoscendo dunque al cittadino delle prerogative che nemmeno il potere pubblico amministrazione può intaccare, oltre che rendere l'azione dell'amministrazione prevedibile⁴² al cittadino, essendo che la legalità assicura la certezza del diritto.

⁴⁰ Ibidem

⁴¹ Ibidem, p.5

⁴² Ibidem, p.6

Dopo l'esperienza con i totalitarismi, in cui il mito della legalità crolla completamente, nel periodo direttamente successivo essa, per essere davvero uno strumento di garanzia dei cittadini contro gli abusi del potere pubblico, deve essere innanzitutto una legalità costituzionale, vale a dire che la stessa legge deve essere subordinata a determinati principi inviolabili ed inderogabili che diventano le garanzie massime di libertà degli individui, valori che nemmeno la legge può essere in grado di superare⁴³.

Un altro valore che si interfaccia con il principio di legalità è sicuramente quello della democraticità il quale, tuttavia, non manca di essere soggetto di controversie, circa la possibilità (o meno) per i due principi di essere legati da un unicum indivisibile.

In realtà, come già si è visto precedentemente, il principio di legalità sussisteva già in ordinamenti lungi dall'essere di natura democratica, dunque si potrebbe facilmente trarre la conclusione per cui il principio di legalità non necessariamente è ontologicamente legato a quello di democraticità, essendo il primo antecedente e autonomo rispetto al secondo. Tuttavia, resta da chiedersi se sia possibile che il principio di legalità, una volta trasposto nel nostro ordinamento italiano, in cui si assurge il principio della sovranità popolare a proprio pilastro⁴⁴ determinando dunque una legge di origine parlamentare, mantenga sempre la sua funzione garantista, quindi se la legge che attribuisce e regola il potere debba sempre avere un'origine parlamentare.

Ma andiamo con ordine.

Un primo orientamento prevede che il principio di legalità non possa esistere al di fuori del nostro ordinamento se non in simbiosi con quello di

⁴³ Ibidem

⁴⁴ Ibidem, p.9

democraticità, sottolineando come l'attività dell'amministrazione pubblica che produce effetti verso l'esterno debba essere assoggettata da limiti imposti dalla legge (ossia del Parlamento) oppure ad altri atti aventi forza di legge⁴⁵.

In siffatta posizione si presuppone che l'azione amministrativa, per essere coerente con la funzione garantistica del principio di legalità, debba trovare la propria fonte nella legge parlamentare che, formatasi dalla ponderazione di tutte le forze politiche in campo, assume il carattere della rappresentatività della volontà del popolo.

Vien da sé, come logica conseguenza, che tutto ciò che trova come propria fonte un atto dell'amministrazione stessa viola apertamente il principio.

Il secondo orientamento, invece, prevede che non vi sia in realtà una così intima connessione tra il principio di legalità e quello di sovranità popolare⁴⁶.

Dal momento che il primo è in grado di esistere indipendentemente dal secondo, vista la sua origine e visto il suo carattere di garanzia in funzione della certezza del diritto e dell'imparzialità, il principio di legalità permetterebbe ai cittadini di agire essendo consapevoli dei propri diritti e dei propri doveri già predeterminati (e quindi certi) dal diritto; inoltre, la legalità, portando con sé il carattere dell'imparzialità, garantirebbe che l'esercizio della pubblica amministrazione venga posto in essere senza discriminazioni di alcuna natura verso i destinatari.

In questa diversa prospettiva, si capisce come il potere della pubblica amministrazione possa essere esercitato anche sulla base di fonti non strettamente connesse ad una legge parlamentare, ma anche proveniente dall'amministrazione stessa, proprio perché l'importante è garantire il pieno svolgimento dei due principi elencati dinnanzi.

⁴⁵ Ibidem, p.10

⁴⁶ Ibidem, p.13

In generale, la tesi che viene maggiormente accreditata è quella per cui esista una connessione tra la legalità e l'ordinamento, vista la costante e parallela evoluzione del principio con la carta costituzionale; inoltre, il principio di legalità può trovare più possibilità di essere garantito in un ordinamento in cui l'azione pubblica si fonda direttamente sul consenso del popolo.

Analizzando più sostanzialmente il principio di legalità, in realtà, esso si riferisce sia al potere normativo, per cui il potere deve essere subordinato ai dettami della Costituzione, sia al potere amministrativo e giudiziario, in cui il potere viene assoggettato alla legge⁴⁷.

In questo ultimo caso, la legalità viene definita come *la necessità che qualsiasi forma di potere autoritativo trovi nella legge il proprio fondamento*⁴⁸ anche se, in tale modo, il principio rimane come una sola pretesa formale, per cui la legge impone dei limiti ma lasciando libero arbitrio alle predisposizioni del contenuto di tale potere.

Si potrebbe dunque optare per una seconda definizione, più sostanziale, secondo cui il principio di legalità diventa la *predeterminazione legale del potere pubblico attribuito*

⁴⁷ Ibidem, p.15

⁴⁸ Ibidem, p.16

all'Amministrazione ⁴⁹, i cui contenuti, venendo definiti più nel dettaglio, determinano una legalità in grado di asserire quali modalità e e quali limiti imporre all'esercizio del potere.

Qui, irrimediabilmente, sorge una problematica: come possono tali definizioni, che mettono in evidenza, seppur sotto luci diverse, un principio così saldamente ancorato nella tradizione dello stato di diritto in cui vige la netta separazione dei poteri, essere plasmate di fronte al nuovo fenomeno delle *authorities*, dotate di un vasto ventaglio di poteri, in particolar modo quello normativo ?

Come già detto, il potere regolamentare diventa una vera e propria attribuzione di poteri normativi e non amministrativi e non si può non citare il Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato sul Codice degli appalti che, nel 2016, ha fatto intuire che le autorità indipendenti, vista la possibile attribuzione loro dei caratteri della generalità, dell'astrattezza e dell'innovatività del sistema giuridico, siano considerabili fonti secondarie del diritto⁵⁰.

Dunque, per comprendere la natura dei poteri normativi delle *authorities*, è necessario spendere del tempo sul potere regolamentare che viene affidato loro dalla legge; tale potere concede alle *authorities* la possibilità di intervenire direttamente sul settore predisposto alla loro vigilanza, attraverso l'emanazione di atti che vadano o a rinnovare o ad integrare ciò che la legge già aveva predisposto⁵¹, come già successo con le autorità operanti nel settore bancario o finanziario.

⁴⁹ Ibidem, p.17

⁵⁰ Ibidem, p.31

⁵¹ Ibidem, p.32

Tuttavia, il potere che viene attribuito risulta essere molto generico, poiché le funzioni attribuite non presentano alcun limite di contenuto o dell'oggetto, svincolando dunque il potere regolamentare dalla predeterminazione della legge che lo dovrebbe.

In realtà, anche qualora le legge conferisse una funzione di specificazione dell'atto normativo, la potestà regolamentare ne risulterebbe sempre indipendente e slegata, poiché non esiste nell'ordinamento una legge sostanzialmente attributiva di poteri normativi⁵².

Come si può intuire, la problematica viene resa ancora più intricata, poiché da un lato sembra che l'ordinamento non possa sopravvivere senza il principio di legalità, ma dall'altro lato l'ordinamento stesso non prevede una norma suprema che attribuisca specifici poteri con i determinati limiti nel rispetto di uno stato che si fonda sulla sovranità popolare. Parrebbe dunque il caso di riallacciarsi al discorso iniziale, per cui il principio di legalità, per natura, è predisposto a mutare secondo il contesto in cui si trova a espletare le proprie garanzie.

3.4.2 La teoria dei poteri impliciti

I poteri normativi "indipendenti" dalla legge attributiva, e qui veniamo al nocciolo del presente paragrafo, prendono generalmente il nome di *poteri impliciti*, ossia non direttamente contemplati dalla legge ma desumibili attraverso un'interpretazione del sistema degli atti, dei poteri e delle fonti di ciascuna *Authority*, poiché funzionali all'esercizio di ulteriori poteri⁵³.

⁵² Ibidem

⁵³ Il principio di legalità e i poteri impliciti nei settori di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti: limiti interni e limiti esterni, IL DIRITTO AMMINISTRATIVO, V. FRATICELLI, <https://www.ildirittoamministrativo.it/principio-legalita%C3%A0-poteri-impliciti-nei-settori-regolazione-delle-Autorit%C3%A0-amministrative-indipendenti-limiti-interni-limiti-esterni-Valeria-Fraticelli/gamm738>, data di ultima consultazione: 25/08/ 2023

Oltre a ciò, le autorità sono in grado di attribuirsi da sé i poteri, facendo forza su fonti appartenenti ai loro stessi ordinamenti, e non subordinandosi dunque ad una legge di rango primario.

Quella che apparentemente sembra un' aperta violazione del principio di legalità, in realtà trova una sua posizione all'interno dell'ordinamento: secondo la giurisprudenza infatti, in particolar modo il Consiglio di Stato con la sentenza n. 7972 del 2020 -che approfondiremo più avanti- è possibile affermare l'esistenza dei poteri impliciti, essendo essi conseguenza ai movimenti adattivi del principio di legalità nella sua fase applicativa.

Si ribadisce, dunque, il carattere intrinseco del principio di legalità, ossia la flessibilità rispetto al contesto, in particolare nei casi di poteri normativi propri delle *authorities*, essendo che il principio della tipicità dell'atto possa essere deviato visti i settori delicati e in continua evoluzione in cui le autorità si trovano a muoversi.

Storicamente, la teoria dei poteri impliciti non ha origine italiana, proprio come, verrebbe da dire, le autorità amministrative indipendenti.

In realtà, essa trova come fonti l'ordinamento americano e l'ordinamento comunitario⁵⁴.

Per quando riguarda il primo, la teoria degli *implied powers* viene elaborata nel 1819 a partire dalla sentenza Marshall; per quanto riguarda il secondo ordinamento, che maggiormente ci interessa, riguarda l'articolo 308 del Trattato Istitutivo dell'Unione Europea, in particolar modo quando viene asserito che *quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente trattato abbia previsto i poteri d'azione a*

⁵⁴ N. COLLEO, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo in evoluzione, Riflessioni sulla sua attualità e sul suo avvenire, tra fattori di crisi e rapporti con il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE, p.35

*tal uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso*⁵⁵.

Un ulteriore riconoscimento lo abbiamo nell'articolo 352 del TFUE che recita *se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesta tal fine, il Consiglio, [...], adotta le disposizioni appropriate*⁵⁶.

Infine, la teoria arriva nell'ordinamento italiano, soprattutto con lo scopo ultimo di giustificare lo spettro ampio di poteri (soprattutto di tipo normativo) di cui le autorità godono, o meglio, che esse stesse producono.

Si può aggiungere che con lo stesso schema dei poteri impliciti, le autorità indipendenti agiscono con la c.d. *soft law*, ossia un impianto di atti non aventi il carattere di innovatività dell'ordinamento, ma in grado di provocare quello che viene definito *moral suasion*, ovvero la capacità di imporsi ai destinatari non per la forza vincolante di cui ne sono provvisti, bensì per la forza dell'autorevolezza del soggetto che li adotta, ovvero generalmente una *authority*.

Si tratta dunque di un universo di atti flessibili, che consentono alle autorità indipendenti di svolgere il proprio compito in maniera efficace ed efficiente.

Come si è voluto dimostrare, le criticità delle autorità indipendenti non smettono di ripresentarsi; data la loro natura controversa, verrebbe, come all'inizio del paragrafo di

⁵⁵ Ibidem

⁵⁶ F.L.MAGGIO, Questioni interpretative sui poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti, *Federalismi*, 2021, p.24

sottolineava, da aderire all'ipotesi secondo cui il principio di legalità sia al pari di un masso che intrepidamente rimane immutato al mutare, invece, dell'ambiente attorno ad esso; tuttavia, come ogni masso, anche il principio di legalità si vede soggetto a mutamenti in linea con il contesto, e quello in cui ci troviamo ora non è da meno.

Il principio di legalità, infatti, muta la forma ma non la sostanza e per questo viene sempre rispettato, anche alla luce delle novità di cui si è ampiamente discusso e ciò viene largamente sostenuto anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che interpreta tale principio alla luce di una chiave evolucionistica.

Il punto di "arrivo" ad una possibile contemplazione legittima dei poteri impliciti la si ha alla luce della sentenza n.7972 del Consiglio di Stato del 14 dicembre 2020⁵⁷.

Con questa pronuncia, l'organo ha innanzitutto evidenziato che, in coerenza con i limiti costituzionali di cui agli artt. Cost. 1, 23, 42, 97⁵⁸, il principio di legalità che interessa l'azione amministrativa debba implicare che a monte ci sia una legge che definisca le modalità dell'esercizio del potere normativo e lo scopo per cui si esercita tale potere.

Tuttavia, tale principio può essere soggetto a deviazioni durante la fase applicativa, riconoscendo dunque l'esistenza dei poteri impliciti; ciò lo si desume dal fatto che, soprattutto nell'ambito tecnico, delicato ed in continua evoluzione delle autorità indipendenti, per il legislatore risulti difficoltoso stabilire *ex ante* il contenuto del futuro provvedimento amministrativo, specie per i poteri di regolazione.

Il modo in cui il principio di legalità viene garantito è attraverso la legalità procedurale, già analizzata nel paragrafo precedente oltre alla presenza di

⁵⁷ Ibidem, p.25

⁵⁸ Art. 1 Cost., *L'Italia è una repubblica democratica, fondata sul lavoro. La sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione;*

Art. 23 Cost., *Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge;*

Art. 49 Cost., *Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale*

di una fonte di rango primario che si limiti solo ad individuare gli obiettivi dell'amministrazione⁵⁹.

La legalità procedurale anzi, viene riconosciuta come ultima spiaggia di approdo per il rispetto del principio di legalità, essendo esso non sostenuto, come dicevamo, da una legge che a monte distribuisca i poteri regolativi, contemplandone i relativi limiti. Anche la stessa pronuncia del Consiglio di Stato, riprendendo la sentenza n. 17 del 2017 della Corte Costituzionale, afferma la possibilità di compensare la mancanza di tale legge con la legalità procedurale.

Volendo ricordare ulteriormente la sostanza di tale legalità, si tratterebbe di una garanzia di partecipazione dei soggetti coinvolti ai procedimenti, garantendo ad essi il rispetto delle loro posizioni coinvolte nell'esercizio del potere pubblico normativo; il principio di proporzionalità; la motivazione degli atti ed il carattere della tecnicità degli atti emanati da tali autorità.

Con particolare riferimento alla partecipazione dei soggetti, continua la pronuncia, si debbono stabilire due modalità poiché essa venga posta in essere: la prima riguarda la *consultazione pubblica degli organismi rappresentativi degli operatori economici interessati*⁶⁰, per definire al meglio le regole delle attività disciplinate; la seconda modalità invece riguarda la comunicazione -alle parti coinvolte- dell'avvio della procedura amministrativa, ai sensi della legge 241/1990, in modo tale da consentire ai soggetti di potersi difendere e comprendere quali potrebbero essere gli esiti finali. Inoltre, viene affermato che, non essendo le autorità indipendenti degli organi politici, la legittimazione del loro potere viene altresì riconosciuta nel contraddittorio completo e paritario: quando viene a mancare la garanzia di partecipazione, il contraddittorio deve essere garantito in modo integrale, proprio perché *connaturato all'esistenza stessa d una autorità*

⁵⁹ F.L.MAGGIO, Questioni interpretative sui poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti, *Federalismi*, 2021, p.27

⁶⁰ *Ibidem*, p.28

amministrativa indipendente.

In questo modo, la partecipazione assume due forme: la prima, adottata con regolamento delle *authorities*, contempla il sistema del contraddittorio e della consultazione preventiva. L'Autorità si assicura una partecipazione con duplice effetto: da una parte, come già si è detto, l'istituto garantisce all'*authority* la possibilità di apprendere informazioni utili per l'elaborazione delle valutazioni finali, oltre che fornire ai privati la facoltà di presentare le proprie ragioni⁶¹, dall'altra facilita la forma di consultazione pubblica *notice and comment*, per cui vengono rese pubbliche – ai fini conoscitivi degli stakeholders – le bozze o gli schemi degli atti che si stanno adottando.

La seconda forma di partecipazione prende forma nella previa comunicazione dell'avvio del procedimento, di cui all' ex art. 7 della legge n. 241/1990, che non manca di far sorgere una problematica interpretativa: la legge costituzionale afferma che le pubbliche amministrazioni siano esenti dal comunicare previamente l'inizio del procedimento, poiché essendo i loro atti generali e astratti, non andrebbero a ledere l'interesse personale e specifico.

Tuttavia, questo elemento critico non trova fondamento, poiché le parti interessate nel procedimento di un'autorità amministrativa indipendente sono dei veri e propri soggetti, distinti, e non quindi riferibili ad una categoria astratta quale la tesi precedente vorrebbe alludere.

In conclusione, i nodi critici di tale punto di vista ci sono e rimarcano sostanzialmente l'assenza di una legge suprema che si definisca fonte di tutte le attribuzioni di potere ad organi non governativi anche se, al contrario, non si può dire che il principio di legalità sia sparito del tutto, vista la volontà di riparare alla mancanza legale realizzando degli istituti partecipativi che determinino una legittimazione del potere non politica⁶².

⁶¹ Ibidem, p.28

⁶² Ibidem, p.30

Rimane ferma, la posizione espressa nel paragrafo precedente, ovvero la necessità di persistere nel rendere obbligatori strumenti atti alla salvaguardia di questo principio, quale soprattutto la garanzia di partecipazione procedimentale.

Tuttavia, tale garanzia non può andare a sostituirsi completamente con il principio di legalità, essendo essa, come si è visto, facilmente omissibile nei casi in cui convenga; la legalità procedimentale avrebbe più che altro una funzione di compensazione di un principio senza fonte.

Come ha osservato Maggio, ci si trova di fronte ad un rompicampo senza soluzione in cui, se da una parte si vuole innovare l'ordinamento contemplando l'esistenza delle Autorità indipendenti, dall'altro si devono sdruciolare vecchi e saldi principi costituzionali, poiché avere entrambi gli elementi allo stesso identico modo potrebbe peggiorare la situazione anziché migliorarla.

Essendo le authorities un elemento innovativo, creato sotto l'influenza dell'Unione Europea che ambiva alla creazione di soggetti rispondenti alle necessità del presente, ovvero di flessibilità, tecnicità, competenza, per questo risultano stridenti con i rigidi crismi di separazione dei poteri, tipici della tradizione italiana; tali autorità, c'è da dire, proprio per la loro origine comunitaria, non contemplan principi diversi da quelli democratici, ovvero principi su cui si basano le carte costituzionali delle nazioni facenti parte, e per questo profilando tali organismi utili per portare ulteriore innovazione nei vari ordinamenti.

Accettando le sfide poste dalle Autorità ci si pone nella condizione che lo stesso ordinamento europeo aveva previsto, ovvero quella di migliorare l'assetto istituzionale, ponendolo in linea con le sfide contestuali in cui si trova ad esercitare le proprie funzioni, proprio come accade anche per il principio di legalità, in continua evoluzione.

CAPITOLO IV: UN CASO APPLICATO, L'ANAC

Sommario: 4. Capitolo IV: Un caso applicato, ANAC. – 4.1 Le origini. – 4.2 Il whistleblowing. – 4.3 Le linee guida. – 4.3.1 La natura giuridica delle Linee Guida ANAC. – 4.3.2 Le Linee Guida sul whistleblowing: la disciplina aggiornata.

Nel corso di queste pagine si è indagato il sistema dei caratteri teorici delle autorità amministrative indipendenti, districando le linee del discorso tra tesi ed obiezioni appartenenti ad anni e dottrine differenti.

Tuttavia, si ritiene corretto ed opportuno concludere questo complesso *excursus* presentando un caso concreto di *authority* italiana, ovvero portando alla luce il lato pratico dell'attività che coinvolge un'autorità indipendente, ponendo il confronto tra la presente normativa e quella passata, dimostrando come lavora, nel suo specifico settore di tutela, uno siffatto organismo.

L'autorità su cui si vuole puntare il riflettore è ANAC che, visto il recentissimo aggiornamento della normativa ed il carattere non troppo multi - settoriale, si presta ad esempio perfetto.

4.1 Le origini

Per approfondire, seppur in certi limiti, la natura dell'organismo che ad oggi opera nel settore dell' anticorruzione, non si può che partire dalle origini dell'organismo, presentando la cornice storico – contestuale in cui esso affonda le sue radici.

ANAC, acronimo di Autorità Nazionale Anti Corruzione, è un organismo nato dalla soppressione di un altro organismo, il CIVIT (Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche), creato nel 2009.

Non è un caso che proprio nel 2009 si instauri una Commissione con tale vocazione, visto che tale è l'anno del varo della legge 15/2009, conosciuta generalmente come "riforma Brunetta".

L'obiettivo primo ed ultimo era, da un lato, il perfezionamento della performance organizzativa ed istituzionale della pubblica amministrazione, e dall'altro l'istituzione di un sistema di premi – sanzioni atto ad amplificare il giudizio della performance individuale. Il governo Berlusconi IV, in attuazione della legge recante la riforma, emana il d. lgs. 150/2009, che ne istituisce la Commissione, la quale poi entrerà in funzione a partire dal 2010.

La funzione di quest'ultima era quella di indirizzare e controllare che l'esercizio delle funzioni di valutazione e misurazione delle performance organizzative e dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni avvenisse nella più totale indipendenza e neutralità¹.

Più precisamente, all'articolo 3 si esprime l'impatto positivo che ha la valutazione delle performance, migliorando la qualità dei servizi proposti dalle PA; infatti, maggiore è la qualità dell'organizzazione interna delle istituzioni, determinata anche dalla qualità delle competenze dei singoli funzionari, più efficienti saranno gli organismi e gli enti pubblici, vista la possibilità di miglioramento che deriva dal controllo e dalla valutazione.

Per adempiere a tale obiettivo, all'articolo 3 comma 4 si declina l'importanza di dotarsi di strumenti che misurino, valutino e premino la performance individuale e organizzativa, *secondo criteri strettamente connessi al soddisfacimento dell'interesse del destinatario dei servizi e degli interventi*.

Inoltre, al comma 8, si profila la creazione di una sezione dedicata all'integrità delle pubbliche amministrazioni, con lo scopo di diffondere la cultura della trasparenza, della legalità e dell'integrità dell'azione amministrativa.

¹ L'autorità nazionale anticorruzione, Camera dei Deputati, URL: [https://www.camera.it/leg17/465?tema=l_autorit_nazionale_antikorruzione#:~:text=L'Autorit%C3%A0%20nazionale%20anticorruzione%20\(ANAC,n, data ultima consultazione: 27/09/2023](https://www.camera.it/leg17/465?tema=l_autorit_nazionale_antikorruzione#:~:text=L'Autorit%C3%A0%20nazionale%20anticorruzione%20(ANAC,n, data ultima consultazione: 27/09/2023)

L'articolo 13 del presente decreto legislativo affermava che la Commissione era un organo collegiale, composto da cinque componenti scelti per il loro grado di professionalità e indipendenza, nonché per le loro comprovate competenze in ambito privato e pubblico nel settore del management, dei settori pubblici e della misurazione della performance.

I componenti sono nominati, rispettando il principio delle pari opportunità, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione da parte del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, previo parere positivo da parte delle Commissioni parlamentari competenti ottenuto con maggioranza dei due terzi dei componenti. Il mandato dei componenti, inoltre, durava sei anni, senza possibilità di rinnovo. Differente, invece, era la procedura con cui si nominava il Presidente: durante la prima seduta, convocata dal componente più anziano, i componenti eleggono il loro Presidente.

Successivamente, con il governo Monti, viene emanata la legge 190/2012 in attuazione delle Convenzioni internazionali in materia di contrasto della corruzione, quali la Convenzione dell'ONU contro la corruzione e la Convenzione penale sulla corruzione.

Conosciuta come legge anticorruzione, essa porta un maggiore rafforzamento delle competenze di vigilanza della CIVIT in tale materia, individuandola come autorità nazionale competente a coordinare le attività di lotta alla corruzione².

In seguito, con decreto legge n.101 del 2013, dopo l'entrata in vigore della legge n. 125 del 2013, la CIVIT perde il nome con cui è stata battezzata, prendendo invece la denominazione nota ai giorni nostri come A.N.AC, "Autorità Nazionale AntiCorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche"³.

² Ibidem

³ Lotta alla corruzione: CiVIT diventa Autorità Nazionale Anticorruzione, Formez al servizio della PA, URL: <http://trasparenza.formez.it/content/lotta-alla-corruzione-civit-diventa-autorita-nazionale-anticorruzione#:~:text=Dal%2031%20ottobre%202013%2C%20con.AC>, data ultima consultazione: 27/09/2023

Ai sensi dell'articolo 5 del decreto legge, la nuova *authority* si presenta come un organo collegiale composto dal presidente e da altri quattro componenti, scelti con le medesime caratteristiche della Commissione.

Le nomine prevedono che i componenti e il Presidente siano nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, previo parere positivo delle Commissioni parlamentari componenti, espresso dalla maggioranza dei due terzi dei componenti.

Mentre il Presidente è nominato su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, di concerto con il Ministro della giustizia e il Ministro dell'interno, i componenti sono nominati su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione⁴.

Al cambio di denominazione si è susseguita anche una ridefinizione delle funzioni, di cui al decreto legge 90 del 2014, con il fine di accentrare la missione dell'Autorità sui compiti concernenti la vigilanza ed il controllo della garanzia della trasparenza, oltre che la prevenzione dei fenomeni di corruzione all'interno delle amministrazioni pubbliche⁵.

Come viene espresso in un passaggio nella Relazione annuale presentata da ANAC al Parlamento sul lavoro effettuato nel 2014, il riordino costituisce innanzitutto un motivo ambizioso di costruire un sistema che tuteli la legalità e la trasparenza, valendosi di un obiettivo istituzionale più ampio rispetto a quello visualizzato dal legislatore nel 2012 di cui prima; in secondo luogo, tale riordino svolgerebbe un ruolo di baluardo contro la corruzione in tutti gli ambiti dell'amministrazione, controllando che la normativa anticorruzione venga applicata nelle materie di conferimento degli incarichi pubblici, sulla trasparenza e sull'affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici.

⁴ Art. 5 del d. l. n. 101/2013

⁵ L'autorità nazionale anticorruzione, Camera dei Deputati, URL: [https://www.camera.it/leg17/465?tema=l_autorit_nazionale_antikorruzione#:~:text=L'Autorit%C3%A0%20nazionale%20anticorruzione%20\(ANAC,n, data ultima consultazione: 29/09/2023](https://www.camera.it/leg17/465?tema=l_autorit_nazionale_antikorruzione#:~:text=L'Autorit%C3%A0%20nazionale%20anticorruzione%20(ANAC,n, data ultima consultazione: 29/09/2023)

Inoltre, il decreto 90 del 2014 ha disposto che venissero trasferite le competenze, le funzioni, le risorse umane, strumentali e finanziarie della (ex)AVCP alla neo Authority, senza la pretesa di voler imporre dall'alto la sua organizzazione, offrendo invece la facoltà di definire gli assetti al Presidente.

C'è da aggiungere che la motivazione per cui l' Autorità abbia voluto lavorare con tale impegno alla riorganizzazione del suo assetto deriva dal fatto che la stessa nascesse dalla *“fusione a freddo” di due organismi, fra loro molto diversi*. Infatti, vista l'urgenza, ha deciso di non attendere la conferma del piano di riordino, iniziando a sperimentare ciò che sarebbe poi stato messo per iscritto nel documento attraverso un piano di razionalizzazione e ottimizzazione delle risorse economiche e di personale. Ad esempio, ha previsto *l'eliminazione degli uffici di diretta collaborazione, la risoluzione dei contratti a tempo determinato e di quelli con i dirigenti esterni, la riduzione dei compensi spettanti al Presidente e ai componenti della Camera arbitrale, la trasformazione dell'Organismo Indipendente di Valutazione (OIV) da collegiale a monocratico, l'eliminazione di alcuni organismi collegiali di supporto, quali il Comitato per gli investimenti e quello per il precontenzioso*⁶.

Per operare una più ampia riforma amministrativa, con il medesimo decreto legge all'articolo 19 viene soppressa un'ulteriore autorità, chiamata “Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP)” ed istituita con la Legge Quadro sui lavori pubblici del 1994, con lo scopo di far confluire tutte le sue funzioni alla neo-istituita ANAC.

Si trattava di funzioni di controllo in materia di appalti pubblici, delle forniture e dei servizi contratti dalla pubblica amministrazione; tuttavia, la materia dei contratti pubblici è stata poi ridefinita e compresa all'interno del Codice dei contratti pubblici, attraverso il decreto legislativo n. 50/2016.

⁶ R. CANTONE (Intervento del Presidente dell'ANAC), *Relazione annuale al Parlamento per l'anno 2014*, Camera dei Deputati, Sala della Regina, 2 luglio 2015, p.2

Dopo tutte queste nuove attribuzioni e creazioni, ANAC ha perso le originarie funzioni di controllo, misurazione e valutazione della performance, assegnate invece al Dipartimento della funzione pubblica che, a sua volta, ha ceduto ad ANAC le competenze in materia di trasparenza e anticorruzione, come all'art. 2 del seguente DPR.

Infatti, con il Decreto del Presidente della Repubblica del 9 maggio 2016, n.105 , in attuazione del decreto legge 90/2014, è stato adottato il regolamento che ha permesso il riordino di tutte le funzioni⁷.

In particolar modo, la missione istituzionale di ANAC riguarda la *“prevenzione della corruzione nell’ambito delle amministrazioni pubbliche, nelle società partecipate e controllate anche mediante l’attuazione della trasparenza in tutti gli aspetti gestionali, nonché mediante l’attività di vigilanza nell’ambito dei contratti pubblici, degli incarichi e comunque in ogni settore della pubblica amministrazione che potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi, evitando nel contempo di aggravare i procedimenti con ricadute negative sui cittadini e sulle imprese, orientando i comportamenti e le attività degli impiegati pubblici, con interventi in sede consultiva e di regolazione”*⁸.

Inoltre, nel medesimo decreto, viene determinato che il Dipartimento della funzione pubblica assicura, tramite d.lgs. n.150/2009, la corretta istituzione e composizione degli Organismi indipendenti di valutazione della performance (OIV). Tali organismi, infatti, obbligatoriamente previsti per ogni amministrazione, svolgono l’attività di valutazione indipendente della performance della PA, in modo tale da assicurare ai prodotti della pubblica amministrazione la piena ed effettiva attuazione dei criteri previsti dalle direttive, in materia di efficacia, efficienza, trasparenza, neutralità⁹.

⁷ Ibidem

⁸ Ibidem

⁹ Art. 6, d. P. R. n. 105/2016

Art. 14, d. lgs. n. 150/2009

Per completare il processo di riforma, con DPCM del 1 febbraio 2016, è stato approvato il piano di riordino della nuova ANAC, attraverso il quale è stato possibile trasferire definitivamente all'autorità tutte le risorse umane, strumentali e finanziarie dell'ex CIVIT, istituendo poi in definitiva il personale dipendente ANAC.

Successivamente, nel 2017, la struttura e la natura di ANAC vengono finalmente definite con il riconoscimento del potere di definire la propria organizzazione, il funzionamento e l'ordinamento economico e giuridico del personale attraverso i propri regolamenti.

Nel 2014, tuttavia, ANAC viene chiamata a promuovere la tutela anche di un istituto particolare, proveniente dal campo comunitario: il *whistleblowing*.

4.2 Il whistleblowing

Questo particolare istituto giuridico, letteralmente “fare un fischio”, arriva in Italia con la legge n. 190 del 6 novembre 2012, recante il titolo di “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”, adottata per ottemperare agli obblighi internazionali e comunitari, in particolar modo quelli derivanti da organismi come ONU, OCSE, Consiglio d' Europa e Unione Europea¹⁰. L'articolo 1, co. 51 della legge di cui sopra, ha inserito l'art. 54 – *bis* “Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti” nel decreto legislativo n. 165 del 30 marzo 2001, chiamato “Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”¹¹: questa norma prevede, infatti, un forte regime di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro.

¹⁰ *Linee Guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 54 – bis, del d.lgs. 165/2001 (c.d. whistleblowing)*, ANAC, 2021, p. 5

¹¹ C.f.r. art. 54- *bis*, in art. 1, co.1, della l.n. 190/2012

La disciplina, inoltre, è stata ulteriormente ampliata con il decreto legge n. 90 del 2014, convertito poi nella legge n.14 del 2014 “Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari” che ha modificato a sua volta l’articolo 54 – *bis* , disponendo che ANAC stesso sia soggetto destinatario delle segnalazioni di whistleblowing¹²: da questo momento in avanti, ANAC è chiamata a gestire anche le segnalazioni provenienti anche dalle altre pubbliche amministrazioni, e non solo dall’interno.

Per far rispettare ancora di più l’attuazione di questa nuova disciplina, ANAC ha introdotto la Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015 “Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblowing*)”, in modo tale da fornire a tutte le pubbliche amministrazioni i necessari accorgimenti tecnici da adottare per una garanzia più attiva.

Con la Determinazione, infatti, ANAC ha voluto sottolineare gli ambiti in cui riteneva fosse più urgente un nuovo intervento normativo, tra cui l’ampliamento dell’istituto al dipendente che segnala condotte illecite negli enti privati di controllo pubblico e negli enti pubblici economici, oltre che all’ampliamento della garanzia ai collaboratori di qualsiasi titolo ed ente, compresi quelli delle imprese fornitrici dell’amministrazione¹³.

Dopo quasi due anni la materia viene ulteriormente rafforzata con la legge n. 179 del 30 novembre 2017 “Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell’ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato”.

¹² *Linee Guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell’art. 54 – bis, del d.lgs. 165/2001 (c.d. whistleblowing)*, ANAC, 2021, p. 5

¹³ *Ibidem*, p.6

Il primo articolo della legge “Modifica dell’art. 54 – *bis* del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, in materia di tutela del dipendente e collaboratore che segnala illeciti”, riformula completamente l’articolo 54-*bis* del decreto legislativo n. 165/2001.

Il secondo articolo “Tutela del dipendente o collaboratore che segnala illeciti nel settore privato”, prevede per la prima volta delle vere e proprie misure di tutela specifiche per coloro che segnalano l’illecito nei rapporti di lavoro privato.

Il terzo articolo “Integrazione della disciplina dell’obbligo di segreto d’ufficio, aziendale, professionale, scientifico e industriale” contiene una disposizione comune per il settore pubblico e per quello privato: si tratta, infatti, di una clausola di esonero dalla responsabilità nel caso il *whistleblower* riveli un segreto di natura aziendale, professionale, di ufficio, scientifica, industriale o violi il dovere di lealtà e fedeltà¹⁴.

In generale, le modifiche che la legge n. 179 ha apportato all’articolo 54 – *bis* riguardano l’ampliamento dell’ambito soggettivo di applicazione, la valorizzazione del ruolo del Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza nella gestione delle segnalazioni, il sistema generale di tutela e protezione del segnalante che si riferisce alla garanzia di riservatezza sull’identità, la protezione da eventuali misure ritorsive adottate dalle amministrazioni o dagli enti che sono stati segnalati, oltre che alla qualificazione di “giusta causa” della segnalazione che rivela segreti di ufficio, professionali, aziendali, scientifici o industriali o di dovere di fedeltà e lealtà¹⁵.

Ai sensi, inoltre, del co. 6 della legge n. 179, ANAC è anche titolare di un autonomo potere sanzionatorio nei casi di mancato svolgimento di attività di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute, nei casi di assenza oppure di non conformità delle procedure per l’inoltro e la gestione delle segnalazioni e nei casi di adozione di misure discriminatorie nei confronti del segnalante.

¹⁴ Ibidem, p.6

¹⁵ Ibidem, p.6

4.3 Le linee guida

Come già è stato ampiamente discusso, negli ultimi anni l'ordinamento italiano ha subito molte variazioni rispetto al modo tradizionale di intendere la legge, tra cui spiccano gli innumerevoli escamotage per non utilizzare direttamente essa come fonte primaria.

La via principale percorsa è stata quella dell'adozione di atti amministrativi generali di regolazione, che ha successivamente scatenato il problema di come si debba intendere, ad oggi, il sistema delle fonti e della legalità.

Ormai è prassi comune che, in alcune materie, le norme che derivano da fonti primarie sono integrate da atti amministrativi che, a detta del legislatore, potrebbero favorire una regolamentazione migliore, vista la flessibilità propria di tali atti, oltre che alla possibilità di affidarsi ad una regolamentazione molto più tecnica grazie alle autorità amministrative indipendenti¹⁶.

Ed è da qui che si vorrebbe affrontare brevemente quale sia la reale natura giuridica delle linee guida dell'autorità posta in analisi.

4.3.1 La natura giuridica delle Linee Guida ANAC

Come conseguenza di atti legislativi quali la legge 190/2012, alla legge 114/2014, al decreto legislativo 33/2013 modificato dal d.lgs. 97/2016 ed infine dal d.lgs. 50/2016 modificato dalla legge 55/2019, ANAC, potenziando ulteriormente il suo potere regolatore, ha emanato una poderosa quantità di atti chiamati Linee Guida.

Le funzioni di ANAC, infatti, sono due, quella regolatoria e quella sanzionatoria, in modo tale da garantire un controllo più serrato sui soggetti coinvolti nella gestione degli appalti e delle concessioni.

¹⁶ F. MUZJ, *Natura giuridica delle Linee Guida ANAC e disciplina delle richieste di accesso massive*, Federalism.it, 2020, p.3

In particolar modo, la natura regolatoria di ANAC ha favorito l'emersione di numerosi dubbi al suo riguardo, visto il suo posizionamento a metà strada tra l'attività normativa e l'attività amministrativa: infatti, ANAC molto spesso adotta atti soggettivamente amministrativi, ma a volte anche dotati di un certo grado di vincolatività, astrattezza e generalità che invece sono caratteri tipici di un atto normativo¹⁷. Le Linee Guida, secondo il parere n. 615 del 24 marzo 2020 del Consiglio di Stato, si prefiggono come atti regolativi autonomi utilizzati nei settori ad alto tasso di tecnicismo, *come parametro integrativo della legge, sviluppato poi secondo moduli sempre più prescrittivi e di tipo normativo (con profili talora considerati problematici quanto al rispetto del principio di legalità)*¹⁸. Nonostante l'aumento delle Linee Guida ANAC, ad oggi la loro rilevanza nell'ordinamento sembra ormai essere giunta ad una battuta d'arresto, visto il d.l. n. 32/2019, che ha inserito all'art. 216 del d.lgs. n. 50/2016 il comma 27-*octies*, per cui tutte le linee guida vincolanti predisposte da ANAC saranno sostituite da un unico regolamento di attuazione; tuttavia, le linee guida vengono ancora utilizzate come strumento di regolazione in vari settori dell'ordinamento italiano. Cionondimeno, è innegabile ammettere che la loro fama abbia portato alla luce alcune problematiche circa la loro natura giuridica e la loro posizione all'interno del sistema delle fonti¹⁹. Brevemente, una prima tappa di chiarimento sulla problematica emersa è stata contrassegnata dal Consiglio di Stato che, con il parere 855/2016, ha individuato due differenti categorie di Linee Guida, una a carattere vincolante e l'altra non vincolante.

¹⁷ C.CHIARIELLO, L'inquadramento delle Linee Guida ANAC nel sistema delle fonti alla luce dell'interpretazione del Consiglio di Stato successiva all'entrata in vigore del d.l.n. 32/2019: dubbi interpretativi e questioni aperte, *Federalismi.it*, 2020, p.3

¹⁸ Consiglio di Stato, Sez. I, Adunanza di Sezione del 4 marzo 2020, parere n. 615 del 24 marzo 2020, Richiesta di parere in ordine al documento «Linee Guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o di irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 54-bis, del dlgs. n. 165/2001 whistleblowing)»

¹⁹ F. MUZJ, *Natura giuridica delle Linee Guida ANAC e disciplina delle richieste di accesso massive*, *Federalismi.it*, 2020, p.3

Mentre le Linee Guida appartenenti alla seconda categoria sono state definite come atti amministrativi ordinari, quelle appartenenti alla prima necessitano un approfondimento.

Il Consiglio di Stato, nel suo parere, esclude che ad esse possa essere attribuita una natura normativa *extra ordinem*, visto che essa *susciterebbe «non poche perplessità di tipo sistematico e ordinamentale, soprattutto in assenza di un fondamento chiaro per un'innovazione così diretta del nostro sistema delle fonti»*²⁰.

Dunque, viene preferita un'interpretazione per cui si combini la natura generale dei provvedimenti in questione con la natura del soggetto emanante (ANAC) che, essendo una autorità amministrativa indipendente, detiene anche una funzione di regolazione.

A seguito di ciò, le Linee Guida vincolanti di ANAC sono una « *categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, 'di regolazione'* »²¹.

Nonostante il parere del Consiglio di Stato, esso non è stato accolto pienamente in dottrina; il problema, infatti, sarebbe proprio la nozione di "atti di regolazione delle autorità indipendenti" che pecca di autosufficienza sul piano della qualificazione giuridica, o meglio, indicherebbe con un nome la generalità degli atti che vengono emanati dalle *authorities*, senza però essere capace da sola di distinguere un regolamento da un atto amministrativo in senso generale²².

Al fini di slegare il nodo problematico che imprigiona la natura delle Linee Guida, la dottrina (uno studio condotto da Cintioli) ha voluto optare per una diversa interpretazione.

²⁰ Ibidem, p.4

²¹ Ibidem, p.4

²² Ibidem

Secondo questo nuovo punto di vista, sarebbe consono tenere distinto il piano nominalistico da quello giuridico, dato che *utilizzare l'espressione regolamento o atto amministrativo generale o quella di autorità di regolazione significa riferirsi, in ciascun caso, ad un dato nucleo di significati e valori giuridici*²³.

ANAC, in conclusione, viene dichiarato ente pubblico indipendente ma differente rispetto alle altre autorità di regolazione, le cui Linee Guida sono dei regolamenti veri e propri e non degli atti di regolazione divisibili da essi²⁴.

Le Linee Guida non vincolanti, invece, essendo comunque rilevanti sul piano giuridico, sarebbero annoverate, secondo tale teoria, alle fonti terziarie del diritto amministrativo e dunque con natura pari alle circolari amministrative.

Tuttavia, se da una parte viene risolta la problematica relativa alla natura giuridica, dall'altra non si chiarisce in quale modo si possano distinguere le Linee Guida vincolanti da quelle non vincolanti.

²³ Ibidem

²⁴ Ibidem, p.5

A tale problema ci pensa la ricostruzione promossa dalla dottrina di Morbidelli, secondo cui esisterebbero ben due modalità per distinguere le Linee Guida, ovvero con riguardo all'analisi delle norme che attribuiscono ad ANAC il potere regolatorio: infatti, come la legge assegna ad ANAC la competenza generale di adottare una regolazione flessibile in termini di materia e finalità, essa assegna anche vari conferimenti regolatori specifici, dotati di un oggetto ben determinato dalla legge stessa²⁵.

Parrebbe dunque logico, secondo tale ricostruzione, non far rientrare le prime nella categoria delle Linee Guida vincolanti, mentre per le seconde la natura vincolante si potrebbe evincere attraverso il c.d. criterio contenutistico, ovvero un'analisi svolta di volta in volta del contenuto dell'atto adottato che, naturalmente, se fosse dotato dei caratteri della generalità, dell'astrattezza e della ripetibilità, sarebbe da considerarsi un atto normativo e dunque rientrante nella categoria dei regolamenti esecutivi o di attuazione²⁶.

Se invece le Linee Guida non presentassero natura vincolante, esse dovrebbero rientrare nella categoria degli atti di indirizzo.

Un'altra problematica che si vuole affrontare prima di concludere l'*excursus* avente per oggetto la natura delle Linee Guida ANAC, è quella secondo cui esse avrebbero natura di *soft law*.

Tuttavia, tale nodo risulta facilmente districabile dal momento che sia impossibile definirle tali, poiché una delle prerogative per poter definire un atto di natura *soft law*, è quello della non vincolatività.

In conclusione, si può affermare che la questione è ancora aperta, visto che lo stesso Consiglio di Stato, nel parere n. 2284 del 26 ottobre 2016, ha affermato che *le linee guida possono, a seconda dei casi, assumere una portata normativa vera e propria, o una portata regolatoria di soft law*²⁷.

²⁵ Ibidem, p.5

²⁶ Ibidem

²⁷ Ibidem, p.6

Sembra preferibile, tuttavia, riconoscere che il carattere vincolante attenga al regime giuridico e che quindi esso debba essere una conseguenza naturale dell'atto normativo e non la sua causa.

Tuttavia, dal 1 luglio del 2023 ha acquistato efficacia il nuovo Codice degli appalti, pubblicato il 31 marzo del 2023 ed entrato in vigore il 1 aprile, con decreto legislativo n. 36/2023.

La materia dei contratti pubblici è sempre stata al centro di non poche problematiche e novità, tra cui quella che ribalta le competenze di ANAC in suddetto ambito.

La nuova normativa ridimensiona il ruolo di ANAC nella produzione degli atti attuativi del Codice, poiché definendosi quest'ultimo quale norma "auto-esecutiva"²⁸, la sua disciplina attuativa si ricava negli stessi suoi Allegati, che di fatto vanno "ad assorbire e sostituire[...] i regolamenti attuativi e le linee guida [vincolanti e non vincolanti] Anac"²⁹.

Infatti, quasi la totalità delle norme del decreto non richiedono di adottare successivi provvedimenti per definire gli aspetti regolamentari secondari³⁰, ridisegnando completamente il ruolo di ANAC, da una parte eliminando il suo potere di adottare le Linee Guida, e dall'altra rafforzando, invece, le funzioni di vigilanza e di supporto alle stazioni appaltanti³¹.

²⁸ I 12 nuovi provvedimenti ANAC attuativi del Codice Appalti 2023, Lavori Pubblici, 28/07/2023, E. SERRA, url: <https://www.lavoripubblici.it/news/12-nuovi-provvedimenti-ANAC-attuativi-Codice-Appalti-2023-31542>, data di ultima consultazione: 24/10/2023

²⁹ R. GAROFOLI (a cura di), *Compendio dei contratti pubblici dopo il nuovo codice*, Bari, 2023, p.27

³⁰ I 12 nuovi provvedimenti ANAC attuativi del Codice Appalti 2023, Lavori Pubblici, 28/07/2023, E. SERRA, url: <https://www.lavoripubblici.it/news/12-nuovi-provvedimenti-ANAC-attuativi-Codice-Appalti-2023-31542>, data di ultima consultazione: 24/10/2023

³¹ Ibidem

In realtà, non rientrano in tale rivoluzione alcuni articoli del nuovo Codice che richiedono ad ANAC e ad AGID (l' Agenzia per l'Italia Digitale) di regolamentare gli aspetti operativi e di dettaglio, anche se non assegnano all'*authority* un vero e proprio potere normativo (precluso vista la sua natura amministrativa), richiedendo invece di dettare le istruzioni pratiche e le modalità attuative del precetto normativo, senza introdurre norme innovative dell'ordinamento.

Dunque, alla luce del nuovo Codice, il potere regolamentare di ANAC nell'ambito dei contratti pubblici viene limitato al potere di adottare scelte di carattere essenzialmente tecnico, lasciando comunque spazio all'organismo per l'attuazione del potere di regolamentare il proprio funzionamento e la sua funzione di indirizzo.

Tale novità, come ben spiegato da Garofoli, si collega alla precisa decisione legislativa di creare un codice che accompagnasse le amministrazioni e tutti gli operatori economici nel percorso contrattualistico, dalla programmazione all'aggiudicazione fino all'esecuzione del contratto; con questo preciso scopo si struttura il Codice stesso che, attraverso i suoi principi generali, struttura tutte le fasi del contratto di appalto.

In particolar modo, molte delle disposizioni contenute nel Codice 2023 hanno bisogno di essere integrate dalle norme di dettaglio appositamente contenute negli Allegati che dunque assumono valore di legge ordinaria: tuttavia, per poterli modificare in futuro, non è necessario ricorrere al procedimento legislativo, essendo previsto un nuovo e particolare meccanismo di delegificazione, ovvero sostituendo la disciplina dapprima regolamentata da una legge con un regolamento.

4.3.2 Le Linee Guida sul whistleblowing: la disciplina aggiornata

A proposito dell'esercizio del potere sanzionatorio, invece, ANAC ha emanato la Delibera n. 690 del 1 luglio 2020, "Regolamento per la gestione delle segnalazioni e per l'esercizio del potere sanzionatorio in materia di tutela degli autori di segnalazioni di illeciti o di irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro di cui all'articolo 54 -*bis* del decreto legislativo n. 165/2001".

Tuttavia, l'articolo 54 – *bis* è stato abrogato con decreto legislativo n. 24 del 10 marzo 2023, recante "Attuazione della direttiva UE 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e recante disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali".

La nuova disciplina è infatti orientata, da un lato a garantire la manifestazione della libertà di espressione e di informazione, che comprende il diritto di ricevere e di comunicare informazioni, nonché la libertà e il pluralismo dei media. Dall'altro lato, tale disciplina è strumento per prevenire e contrastare la corruzione e la cattiva amministrazione nel settore pubblico e privato. Infatti, chi segnala fornisce preziose informazioni che possono portare all'indagine e al perseguimento (ove necessario) di casi di violazione delle norme, rafforzando in tal modo i principi di trasparenza e responsabilità delle istituzioni democratiche.

Dunque, la garanzia della protezione in termini di riservatezza e di tutela contro le ritorsioni nei confronti del *whistleblower* (per la prima volta anche attraverso il nuovo istituto della divulgazione pubblica), contribuisce, di conseguenza, a far emergere e prevenire i rischi per l'amministrazione stessa e ente di appartenenza e, dunque, per l'interesse pubblico collettivo³².

³² *Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali. Procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne*, ANAC, 2023, p.7

Tra le principali novità di questa nuova legislazione, gli ordinamenti europeo ed italiano hanno voluto rafforzare la protezione garantita dall'istituto del *whistleblowing*, estendendola anche a coloro che sono menzionati nella segnalazione ed ai facilitatori, oltre che al *whistleblower principale*, proprio per raggiungere i massimi livelli di legalità e buon andamento.

Inoltre, viene specificato maggiormente l'ambito soggettivo in riferimento sia agli enti di diritto pubblico che a quelli diritto privato, oltre che estendere la garanzia di protezione ad un numero maggiore di persone fisiche che altrimenti potrebbero rischiare.

Infatti, vengono compresi tra i soggetti tutelati anche coloro che hanno stipulato un rapporto di lavoro temporaneo, sia con un'amministrazione pubblica sia con un ente privato, allargando i confini anche ai soggetti non considerati veri e propri indipendenti, ma semplicemente stagisti o ausiliari.

Inoltre, vengono tutelati anche i soggetti in periodo di prova, nonché coloro che devono ancora iniziare il contratto di lavoro e / o lo hanno già terminato, solamente se le informazioni sugli atti illeciti siano state acquisite durante le fasi precontrattuali o durante il rapporto di lavoro.

Fermo restando che il segnalante sia una persona fisica, gli enti che per l'appunto devono obbligatoriamente prendere delle misure a seguito di una segnalazione di violazione, sono sia enti pubblici che enti privati.

Per quanto riguarda la prima categoria, si fa riferimento a tutte le amministrazioni pubbliche elencate all'articolo 1, comma 2 del decreto legislativo 165/2001, oltre che alle autorità amministrative indipendenti (in particolare ci si riferisce ad Agcm, a Consob, alla Banca d'Italia e, tra le altre, anche ad ANAC stessa); inoltre, vengono compresi anche gli enti pubblici economici, le S.p.a., le società *in house*, ovvero società in cui un'amministrazione esercita il controllo analogo, in cui la partecipazione di capitali privati avviene in forme che non comportino né il controllo né il potere di veto, oltre al fatto che l'ottanta per cento del loro fatturato sia

effettuato nello svolgimento dei compiti ad esse affidati dall'ente pubblico e tutte le associazioni o fondazioni private di controllo pubblico³³.

Vengono aggiunti due ulteriori enti: gli organismi di diritto pubblico, anche aventi forma societaria, che siano innanzitutto dotati di capacità giuridica, che soddisfino esigenze di interesse generale e la cui attività sia finanziata maggiormente dallo Stato o dagli enti pubblici territoriali, oppure il cui organo di amministrazione sia designato per più della metà dallo Stato; i concessionari di pubblico servizio, ovvero soggetti che gestiscono, in seguito all'affidamento da parte dello Stato, di un servizio pubblico.

Il segnalante, ovvero colui (persona fisica) che gode della tutela della nuova disciplina, fa riferimento alla categoria dei dipendenti degli stessi enti elencati prima, oltre che ad un'ulteriore novità: i dipendenti di organismi di diritto pubblico, i dipendenti dei concessionari di diritto pubblico, i lavoratori autonomi che svolgono il proprio lavoro presso enti del settore pubblico, oltre che ai lavoratori o ai collaboratori che svolgono la propria attività presso dei soggetti del settore pubblico che forniscono beni e servizi per terzi; si comprendono anche i liberi professionisti ed i consulenti che prestano la loro attività lavorativa presso soggetti del settore pubblico, i volontari ed i tirocinanti, sia retribuiti che non retribuiti, che lavorano presso un ente pubblico, gli azionisti, le persone con funzioni di amministrazione, direzione, controllo e vigilanza.

La protezione a seguito della segnalazione pervenuta da tali soggetti si avvia sia se quest'ultima avviene in circostanza del rapporto di lavoro, sia durante il periodo di prova e anteriormente o posteriormente all'avvio del rapporto giuridico.

³³ Ibidem, p.10

Esiste, in tutto questo elenco, un soggetto di cui ANAC non può prendere in considerazione le segnalazioni, ovvero il magistrato, con l'obiettivo di non infierire con l'organo di autogoverno tipico della magistratura³⁴.

Per quanto concerne il settore privato, la vecchia disciplina contenuta nelle Linee Guida n. 469/2021 sottoscriveva che gli unici enti privati tenuti ad osservare e rispettare le Linee Guida in materia di *whistleblowing* fossero le imprese private fornitrici di beni e servizi in collaborazione con le amministrazioni pubbliche e tutti gli enti privati considerati nel decreto legislativo n. 231/2001, ossia i soggetti dotati di personalità giuridica come le società di persone e di capitale e gli enti privati a scopo economico ed i soggetti privi di personalità giuridica, come ad esempio le associazioni.

Con la nuova disciplina, invece, vengono investiti di responsabilità di osservanza anche i soggetti privati che nell'ultimo anno hanno assunto almeno cinquanta lavoratori nella loro attività, oltre tutti quei soggetti privati previsti dal d.lgs. 231/2001 che adottano i modelli di organizzazione previsti da queste Linee Guida (Modello 231 per la prevenzione contro le violazioni), sia che abbiano raggiunto la media di almeno cinquanta lavoratori subordinati nell'ultimo anno, sia che non l'abbiano raggiunta³⁵.

Rimanendo sempre nel settore privato, coloro che invece godono della protezione in caso di denuncia o segnalazione o divulgazione pubblica nel settore privato sono tutti i lavoratori subordinati, nonché i lavoratori autonomi che prestano la propria attività lavorativa presso l'ente privato, i liberi professionisti, i consulenti, i stagisti ed i volontari, oltre agli azionisti intesi come persone fisiche.

Un'assoluta novità rispetto alla precedente disciplina risulta essere la tutela nei confronti di soggetti diversi dal *whistleblower*, tra cui rientrano i

³⁴ Ibidem, p.15

³⁵ Ibidem, p.17

facilitatori, ovvero la *“persona fisica che assiste il segnalante nel processo di segnalazione, operante all’interno del medesimo contesto lavorativo e la cui assistenza deve essere mantenuta riservata”*³⁶, le persone fisiche e colleghi appartenenti allo stesso contesto lavorativo, che necessariamente riguardano tutti coloro che al momento della segnalazione intrecciano con il segnalante un rapporto continuo e di amicizia, dunque non sporadico. Vengono comprese anche le persone legate affettivamente o familiarmente al denunciante fino al quarto grado di parentela, nonché gli enti di proprietà sia esclusiva, sia in compartecipazione maggioritaria con terzi del *whistleblower*, e gli enti presso cui il soggetto che divulga l’informazione lavora o che operano nello stesso contesto lavorativo. Per contesto lavorativo si intendono *le attività lavorative presenti o passate*, in virtù delle quali, *indipendentemente dalla loro natura, un soggetto acquisisce informazioni sulle violazioni e nel cui ambito potrebbe rischiare di subire ritorsioni in caso di segnalazione o di divulgazione pubblica o di denuncia all’autorità giudiziaria o contabile*³⁷.

³⁶ Art.2, co.1, lett. h) del citato decreto

³⁷ Art.2, co.1, lett. i) del citato decreto

Essendo la ratio del decreto quella di portare alla luce le violazioni poste in atto dalle amministrazioni e, contemporaneamente, di tutelare il soggetto che denuncia tali illeciti, risulta evidente il motivo per cui il legislatore abbia deciso di parlare anche di contesto lavorativo: essendo il denunciante una singola parte della rete interpersonale che si instaura attorno ad egli, diventa necessario proteggere anche la sfera di affetti o di colleghi, presenti o passati, entrati in contatto con il *whistleblower*.

Per quanto riguarda l'ambito oggettivo, ovvero ciò che viene considerato come violazione, esso prevede un maggiore ampliamento.

Il decreto, infatti, stabilisce che l'oggetto della segnalazione sono *le informazioni sulle violazioni, compresi i fondati sospetti, di normative nazionali e dell'Unione europea che ledono l'interesse pubblico o l'integrità dell'amministrazione pubblica o dell'ente privato commesse nell'ambito dell'organizzazione dell'ente con cui il segnalante o denunciante intrattiene uno di rapporti giuridici qualificati considerati dal legislatore*³⁸.

Viene riconosciuto, dunque, anche un margine per tutte quelle informazioni che non necessariamente si riferiscono ad un illecito, ma che il *whistleblower*, notando delle irregolarità nelle funzioni lavorative, ritiene possano scatenare successivamente l'illecito.

Il legislatore ha voluto tipizzare gli illeciti, le omissioni, gli atti o i comportamenti che possono essere oggetto di denuncia, in modo tale da valorizzare i principi di buon andamento ed imparzialità illustrati nell'articolo 97 della Costituzione, oltre che ai principi della correttezza dell'azione e della libertà dell'iniziativa economica racchiusi all'interno dell'articolo 41 della Costituzione³⁹.

³⁸ Art.2, co.1, lett. a) del citato decreto

³⁹ *Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali. Procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne*, ANAC, 2023, p.26

Le violazioni, a differenza della normativa precedente, vengono suddivise in violazioni di disposizioni nazionali e violazioni di disposizioni europee.

Nella prima categoria rientrano tutti gli illeciti penali, amministrativi, civili e contabili; gli illeciti che costituiscono presupposto per l'applicazione del decreto legislativo n. 231 del 2001, tra cui l'indebita percezione di erogazioni, la truffa ai danni dello Stato o di un ente pubblico per ottenere erogazioni pubbliche, il peculato, la concussione, la corruzione, l'abuso d'ufficio l'induzione indebita a dare o promettere utilità⁴⁰ ; gli illeciti ai danni del modello organizzativo 231, previsto dal medesimo d. lgs. 231/2001, ossia lo strumento attraverso cui una società si esime dalla propria responsabilità amministrativa dipendente dal reato.

Nella seconda categoria rientrano tutti gli illeciti commessi in violazione della normativa dell'Unione Europea indicata dalla Direttiva 1937/2019, come illeciti riguardanti i contratti pubblici, i servizi finanziari, la prevenzione del riciclaggio di denaro o del finanziamento del terrorismo, la tutela dell'ambiente, la sicurezza dei trasporti e dei prodotti, la sicurezza degli alimenti e della salute, la salute pubblica e la tutela dei dati personali dei cittadini.

Vengono inclusi anche tutti gli atti o le omissioni che riguardano gli interessi finanziari dell'Unione Europea, come ad esempio le frodi o le corruzioni legate alle spese comunitarie, oltre che gli atti o le omissioni che, riguardando il mercato interno, compromettono la libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone; oppure gli atti posti in essere in violazione delle norme sulla concorrenza dell'Unione Europea⁴¹.

⁴⁰ Artt. 24 e ss. d. lgs. n. 231/2001

⁴¹ *Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali. Procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne*, ANAC, 2023, p.25

La nuova disciplina contenuta nel decreto legislativo del 2023, prevede un'articolazione di quattro canali attraverso cui è possibile denunciare la violazione: il canale interno all'ente, il canale esterno presso ANAC, la divulgazione pubblica e la denuncia all'Autorità giudiziaria.

Il primo canale è quello che viene maggiormente incoraggiato, visto che gli enti sono obbligati a provvedersi di uno per la trasmissione delle segnalazioni, attraverso, generalmente, la definizione di un atto organizzativo, ai sensi del decreto legislativo 231/2001.

All'interno del canale viene garantito il diritto alla riservatezza del *whistleblower*, del facilitatore, del soggetto coinvolto nella segnalazione e del contenuto della stessa e, se necessario, anche adottando degli strumenti di crittografia qualora si utilizzassero degli strumenti informatici.

La comunicazione dell'illecito può avvenire sia in forma scritta, anche attraverso strumenti telematici, sia in forma orale, facendo ricorso a strumenti quali i colloqui in persona, la messaggistica vocale e le linee telefoniche.

La gestione del canale viene affidata in modo alternato ad una persona interna all'amministrazione o all'ente, ad un ufficio dell'amministrazione o dell'ente che predisponga di un apposito personale oppure ad un soggetto esterno all'amministrazione (o ente) stessa⁴².

Generalmente, ciò che è davvero rilevante ai fini del perseguimento della ratio di questa disciplina è che i gestori delle segnalazioni siano dotati della caratteristica di autonomia, ovvero di indipendenza e imparzialità, tanto che ANAC richiede che le amministrazioni e gli enti valutino con attenzione la presenza di tali requisiti nel personale che ricoprirà quel ruolo.

⁴² Ibidem, p. 35

Di fatto, i soggetti interni dovranno essere autorizzati dagli enti al trattamento dei dati personali, mentre quelli esterni possono procedere alla loro attività in seguito ad un accordo particolare con l'amministrazione od ente.

Per quanto concerne il settore privato, chi gestisce il canale di segnalazione è nominato dall'ente stesso, in virtù della autonomia organizzativa tipica di ciascun ente che risponde in modo differente alle esigenze legate alle dimensioni, alla natura dell'attività esercitata e alla realtà organizzativa: naturalmente, ciò sempre nel pieno rispetto dei requisiti di cui prima⁴³.

Il decreto, come già ricordato, prevede anche un canale di segnalazione esterno, sia per il pubblico che per il privato, attivato e gestito da ANAC, sempre con l'obiettivo ultimo di tutelare l'identità del *whistleblower*, dell'oggetto della segnalazione e del soggetto menzionato nella stessa.

Tuttavia, questo secondo canale viene utilizzato solamente se il canale interno (che si ricorda essere obbligatorio) non è ancora attivo oppure risulta esserlo ma non in conformità rispetto a quanto previsto dalla disciplina sulle modalità di presentazione della denuncia; inoltre, questo canale viene considerato se la persona, che già ha fatto la segnalazione interna, non ha ricevuto risposta, oppure se il *whistleblower* ritiene, in maniera fondata, che se avesse proceduto ad una segnalazione tramite canale interno, egli avrebbe subito ritorsioni, non avrebbe ricevuto risposta, oppure la gravità del fatto era talmente importante da non poter procedere per vie interne.

⁴³ Ibidem, p.38

Il terzo canale che viene introdotto dal decreto è la divulgazione pubblica, con cui la segnalazione della violazione viene resa di dominio pubblico attraverso mezzi di diffusione di massa (tra cui i *social media*).

Come per il canale di segnalazione esterno, anche in questo sono stati elencati dei presupposti per poter procedere alla divulgazione pubblica; in primo luogo, se è stato segnalato un illecito attraverso il canale interno e non si è ricevuto risposta e successivamente sia stata effettuata una segnalazione ad un canale esterno a cui, nuovamente, non si abbia ricevuto riscontro entro dei limiti di tempo ragionevoli, allora si può contemplare il canale di divulgazione pubblica.

In secondo luogo, quando si tratta di un soggetto che ha già segnalato direttamente ad ANAC attraverso il canale esterno, ma che non ha ricevuto risposta dallo stesso entro i limiti di tempo considerati ragionevoli. La terza condizione per cui questo canale può essere utilizzato è nel caso in cui il soggetto segnalante proceda direttamente alla divulgazione pubblica dell'illecito, poiché ritiene ragionevolmente e concretamente, che esso costituisca un pericolo imminente per l'interesse pubblico; l'ultima condizione per poter segnalare un illecito attraverso questo canale è nel momento in cui il *whistleblower* ritiene che la violazione, se condotta attraverso canali di segnalazione esterni, possa creare il rischio di essere vittima egli stesso di ritorsioni oppure non possa essere tanto efficace poiché potrebbe sussistere il ragionevole e concreto rischio di occultamento o distruzione di prove.

Viene chiarito, inoltre, che il diritto alla riservatezza nei confronti del segnalatore e dell'oggetto della segnalazione scada nel momento in cui il *whistleblower* stesso proceda alla divulgazione pubblica mostrando la propria vera identità; nel caso contrario, ovvero quando la divulgazione avviene utilizzando un nome diverso, ANAC tratterà la divulgazione come una segnalazione anonima, registrandola e conservandola⁴⁴.

⁴⁴ Ibidem, p.45

Il quarto ed ultimo canale viene predisposto per garantire la possibilità di rivolgersi alle Autorità giudiziarie qualora si volesse segnalare una violazione posta in essere in un contesto lavorativo pubblico o privato.

A differenza degli altri canali, questo risulta essere il più “ristretto” per il *whistleblower*, il quale potrà denunciare solamente i reati, dunque procedibili di ufficio.

La scelta di un tale modello, secondo la moderna disciplina, risulta essere indubbiamente attinente al modello europeo.

Si instaura in maniera sempre più definitiva il dialogo, sia a livello comunitario, con la presa di coscienza che un buon andamento amministrativo nazionale si riflette, alla lunga, anche sul più vasto livello europeo, sia all'interno della disciplina stessa anticorruzione, predisponendo dei canali eterogenei tra loro attraverso cui un sempre più ampio novero di soggetti può denunciare o segnalare un illecito.

Il dialogo, inoltre, riesce a ripristinare i dislivelli informativi di cui la corruzione stessa si nutre, ed è evidente come ANAC, per seguire questo scopo, abbia adattato la propria struttura, le proprie risorse ed i propri mezzi a ciò.

Proprio come le autorità amministrative indipendenti stesse, vittime di una parte di sistema normativo tradizionalistico che dubita delle capacità risolutive (oltre che, ancora più grave, del loro fondamento costituzionale) di tali organismi, anche la natura delle Linee Guida è stata (ed è tutt'ora) dibattuta, soprattutto quando ci si confronta con il labile confine tra vincolatività e non vincolatività, o ancora, come possano strumenti di *soft law* dettare una disciplina in modo così assertivo.

In conclusione si può ammettere che le Linee Guida, come già visto, non sono da considerarsi strumenti pienamente *soft law*, bensì strumenti di regolazione o addirittura normativi, ed essendo il dibattito ancora aperto, come per le autorità amministrative indipendenti, si può anche lasciare spazio ai fatti che le stesse Linee Guida intendono raggiungere, ovvero di lotta alla corruzione, di protezione dei cittadini e di far emergere

dall'omertà e dal silenzio i meccanismi perversi che non tengono fede al principio costituzionale del buon andamento dell'amministrazione.

CONCLUSIONI

La ricerca fino a qui svolta ha permesso di guardare alle autorità amministrative indipendenti italiane con più consapevolezza di quale sia, effettivamente, il loro reale profilo giuridico.

Innanzitutto c'è da riflettere sulle origini comuni del fenomeno che, nei decenni, hanno portato le autorità ad assumere scopi totalmente diversi in base all'ordinamento di provenienza; infatti, con l' *Interstate Commerce Act* di fine Ottocento, negli Stati Uniti si inaugura una nuova stagione governativa in cui le nuove *agencies* si posizionano parallele al controllo governativo, dotandosi tanto di poteri di *rulemaking* quanto di *adjudication* e, pertanto, contribuendo alla creazione di un sistema volutamente policentrico.

In Europa, invece, con la nascita delle autorità indipendenti britanniche del Ventesimo secolo, ciò che si è visto come obiettivo primo in America diventa qui solamente una mera conseguenza: lo scopo principale dei *tribunals*, infatti, è quello di sottrarre allo Stato il controllo e la gestione di quei settori sensibili che, secondo il principio vittoriano, dovevano essere di suo completo controllo.

Lo stampo britannico delle autorità indipendenti diverrà poi la matrice del modo in cui intendere siffatti organismi; ed è proprio quello che accade anche in Italia, in cui le *authorities* lanciano una delle più grandi provocazioni al sistema tradizionale giuridico monocentrico dei primi vent'anni del Dopoguerra, proponendosi come una componente necessaria per il suo sostentamento in un contesto economico, sociale, culturale ed (anche) giuridico in continuo subbuglio.

Il decadimento che affliggeva i partiti politici si faceva sempre più crescente, alimentato dalle frequenti crisi finanziarie e dalla conseguente sfiducia che il popolo vi riponeva, e la fermezza con cui si intendeva non tanto sottrarre, quanto dividere la *res* politica dall'amministrazione, diventava una volontà sempre più accreditata.

Ed è esattamente in questo contesto che si sviluppano le numerose autorità amministrative indipendenti, a cui vengono affidate le materie la cui tutela non poteva che provenire da organismi tecnici, dunque imparziali, dunque esenti da qualsiasi forma di influenza esterna.

E proprio in concomitanza alla loro nascita, si insinuano i primi dubbi sulla loro legittimità costituzionale, sulla loro indipendenza e sui loro poteri, giudicati dai più anomali rispetto al tradizionale sistema giuridico in cui è sempre stata necessaria, al fine di ottenere tali poteri, un'attribuzione da fonte primaria.

Come si è visto, in realtà, il problema della legittimità costituzionale non risulta essere più così sentito come poteva esserlo nei primi anni dello sviluppo delle *authorities*, visto che in molti settori il Diritto europeo impone agli Stati membri un sistema di regolazione nazionale fondato proprio sulle stesse Autorità, dotate di indipendenza e differenziate rispetto alle ordinarie articolazioni dell'organizzazione statale.

Per quanto concerne l'indipendenza, si tratta proprio di indipendenza imperfetta che non intende creare sotterfugi per sottrarsi alla Legge: se da un lato, infatti, è da intendersi più come un distanziamento dal potere governativo dettato da necessità tecniche di gestione di settori sensibili, dall'altro viene richiesto dal Governo stesso un feedback annuale delle attività svolte da ogni Autorità, verificando così il rispetto dei principi costituzionali.

In ultima battuta, sono state mosse critiche anche nei confronti dei poteri, soprattutto normativi, con cui le Autorità operano.

Il loro potere normativo, nonostante venga solamente attribuito senza prefissare gli obiettivi o le tempistiche, risulta in linea con la caratteristica di cui discusso prima, ossia l'indipendenza: infatti, come già citato nel testo, il distacco delle *authorities* dal rigido schema Parlamento – Governo determina che certe materie rientrino nel campo della competenza esclusiva delle autorità, per le quali è richiesta la massima expertise tecnica.

E' necessario sottolineare che grazie al riconoscimento della loro intrinseca legittimità democratica e della loro importanza anche a livello internazionale, la legalità sostanziale degli atti emanati dalle autorità indipendenti non risulta venire meno: infatti, il problema per cui esse vengano considerate norme di rango secondario ma in grado di esondare i confini della potestà normativa imposti dalla legge, viene superato dalla possibilità di partecipare – a tutti i soggetti interessati - ai procedimenti di formazione di atti regolamentari.

Tale partecipazione non ha il solo scopo di elevarsi a garanzia, ma anche di rigenerare il valore stesso della democrazia che permea le strutture rappresentative con cui le autorità si interfacciano.

Alla luce di tutto ciò, le autorità amministrative indipendenti italiane non possono considerarsi quali organismi esterni che boicottano le rigide fondamenta costituzionali su cui si regge l'intero sistema giuridico e valoriale italiano, bensì come strutture figlie del proprio tempo, che dovendosi confrontare con le sfide economiche e sociali moderne, necessitano di spazi di manovra nuovi rispetto a quelli conosciuti fino ad una ventina di anni or sono.

L'obiettivo dunque è riflettere su quanto il sistema giuridico italiano ancora faticosi ad ampliare i propri orizzonti giuridici, nonostante tali spinte vengano dal più ampio contesto europeo che, sicuramente, intende educare a nuove forme di protezione e azione, mantenendo solide le basi costituzionali che ci hanno permesso di creare lo Stato in cui ci troviamo.

BIBLIOGRAFIA

- ◆ BOMBARDELLI M., *Le autorità amministrative indipendenti*, Ius Publicum, 2013, p. 4
- ◆ ----, *Le autorità amministrative indipendenti, report annuale – 2013 – Italia*, Ius publicum. Network review, 2013, p. 11
- ◆ BONINI P., CELOTTO A., *Profili costituzionali delle autorità amministrative indipendenti*, Rivista della Corte dei Conti, 2022, p. 40
- ◆ CAMILLI E.L., CLARICH M., *I poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, Astrid, p.2
- ◆ CANTONE R. (Intervento del Presidente dell'ANAC), *Relazione annuale al Parlamento per l'anno 2014*, Camera dei Deputati, Sala della Regina, 2 luglio 2015, P.2
- ◆ CHIARIELLO C., *L'inquadramento delle Linee Guida ANAC nel sistema delle fonti alla luce dell'interpretazione del Consiglio di Stato successiva all'entrata in vigore del d.l.n. 32/2019: dubbi interpretativi e questioni aperte*, Federalismi.it, 2020, p.3
- ◆ COLLEO N., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo in evoluzione, Riflessioni sulla sua attualità e sul suo avvenire, tra fattori di crisi e rapporti con il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE, p.3
- ◆ D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna, Il Mulino, 2019, pp. 93 – 94 – 95
- ◆ DIMUNDO F., *Autorità amministrative indipendenti: poteri e sindacato giurisdizionale sui loro atti*, Ratio Iuris, 2021
- ◆ GAROFOLI R., *Compendio dei contratti pubblici dopo il nuovo codice*, Bari, 2023

- ◆ LONGOBARDI N., *Equivoci in tema di autorità amministrative indipendenti. I nodi vengono al pettine*, Pa persona e amministrazione, p. 9
- ◆ MAGGIO F.L., *Questioni interpretative sui poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, Federalismi, 2021, p.19
- ◆ MERUSI F., PASSARO M., *Le autorità amministrative indipendenti*, Bologna, 2011, 2a edizione, p.75
- ◆ MONFREDA N., *Le autorità amministrative indipendenti, caratteristiche generali e natura giuridica*, Giustamm, 2021
- ◆ MORISI M., *Le autorità indipendenti in Italia come tema di ricerca*, Cambridge University Press, 1997, p.13
- ◆ MUZZI F., *Natura giuridica delle Linee Guida ANAC e disciplina delle richieste di accesso massive*, Federalism.it, 2020, p.3
- ◆ NAPOLITANO G., MOCAVINI G., BUTTARELLI G., MORGANTE R., *Autorità indipendenti e separazione dei poteri: un'analisi empirica delle nomine e dei mandati*, Rivista trimestrale di diritto pubblico, 2023
- ◆ NAVA G., MOSCA V., *Caratteristiche, criticità ed evoluzione dei modelli di finanziamento delle Autorità amministrative indipendenti*, Federalismi, 2016, p.4
- ◆ ORLANDO L., *Genesi delle autorità amministrative indipendenti: natura e funzioni principali*, Il diritto amministrativo. Rivista giuridica, 2023
- ◆ PETRONE S., *Le autorità amministrative indipendenti: i poteri normativi delle authorities*, Cammino diritto. Rivista di informazione giuridica, 2019, p. 3
- ◆ PIROZZOLI A., *Il potere di influenza delle Autorità amministrative indipendenti*, Federalismi.it, 2017, p.4
- ◆ PORTALURI G., *Il principio d'imparzialità e i modelli organizzativi. Le autorità amministrative indipendenti, L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra stato nazionale e integrazione europea*, 2016, p. 351

- ◆ SPATARO O., *Autorità amministrative indipendenti e controllo di costituzionalità: considerazioni a partire dalla sentenza n.13 del 2019 della Corte costituzionale*, Federalismi, 2020, p.11
- ◆ TAKANEN F., *Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 2022, Wolters Kluwer, CEDAM, p.8
- ◆ TITOMANLIO R., *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità sostanziale, legalità procedurale e funzione di regolazione*, NOMOS, 2017, p.2

- ◆ Corte Cost., sent. n. 13 del 2019

- ◆ Cons. Stato, Sez. VI, 30 novembre 2016, n.5036

- ◆ Cons. Stato, Sez. I, Adunanza di Sezione del 4 marzo 2020, parere n. 615 del 24 marzo 2020, Richiesta di parere in ordine al documento «Linee Guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o di irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell’art. 54-bis, del dlgs. n. 165/2001 whistleblowing)»

- ◆ Costituzione italiana, art. 41

- ◆ Costituzione italiana, art 104, co.2

- ◆ Costituzione italiana, art. 24

- ◆ Costituzione italiana, art. 113

- ◆ Costituzione Italiana art. 97

- ◆ Costituzione Italiana, art 95

- ◆ Art. 17, l.n. 400 del 23 agosto 1988
- ◆ Art. 1 Cost.
- ◆ Art. 23 Cost.
- ◆ Art. 49 Cost.,
- ◆ Art. 5, D.L. 31 agosto 2013, n. 101
- ◆ Art. 6, D.P.R. 9 maggio 2016, n. 105
- ◆ Art. 14, d. lgs. 27 ottobre 2009, n. 150
- ◆ Art. 54- *bis*, in art. 1, co.1, l. 6 novembre 2012, n.190
- ◆ Art.2, co.1, lett. h), d.lgs. 10 marzo 2023, n. 24
- ◆ Art.2, co.1, lett. i) del citato decreto
- ◆ Art.2, co.1, lett. a) del citato decreto
- ◆ Artt. 24 e ss., d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231
- ◆ *Linee Guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 54 – bis, del d.lgs. 165/2001 (c.d. whistleblowing), ANAC, 2021, p. 5*
- ◆ *Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e protezione delle persone che*

segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali. Procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne, ANAC, 2023, p.7

- ◆ *Autorità amministrative indipendenti e legalità di regolazione, Just to win, E. CUCIT, <https://www.justowin.it/tema/autorita-amministrative-indipendenti-e-legalita-di-regolazione>, data di ultima consultazione: 19/07/2023*
- ◆ *Il principio di legalità e i poteri impliciti nei settori di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti: limiti interni e limiti esterni, IL DIRITTO AMMINISTRATIVO, V. FRATICELLI, <https://www.ildirittoamministrativo.it/principio-legalita-poteri-impliciti-nei-settori-regolazione-delle-Autorita-amministrative-indipendenti-limiti-interni-limiti-esterni-Valeria-Fraticelli/gamm738>, data di ultima consultazione: 25/08/ 2023*
- ◆ *Autorità amministrative indipendenti: implicazioni e prospettive future dopo la sentenza costituzionale n.13 del 2019, Diritto.it, G. PEDARRA, URL: <https://www.diritto.it/autorita-amministrative-indipendenti-implicazioni-e-prospettive-future-dopo-la-sentenza-costituzionale-n-13-del-2019/>, data ultima consultazione: 15/03/2023*
- ◆ *Le autorità amministrative indipendenti: la natura giuridica ed i relativi riflessi in punto di legittimazione a ricorrere, Salvis Juribus, 2019, F. SERGIO, <http://www.salvisjuribus.it/le-autorita-amministrative-indipendenti-la-natura-giuridica-ed-i-relativi-riflessi-in-punto-di-legittimazione-a-ricorrere/>, data di ultima consultazione 11/07/ 2023*
- ◆ *Autorità indipendenti, Senato della Repubblica, URL: <https://www.senato.it/3222>, data di ultima consultazione: 26/02/2023*
- ◆ *Chi siamo, Banca d'Italia eurosistema, URL: <https://www.bancaditalia.it/chi-siamo/#:~:text=%C3%88%20parte>*

[%20integrante%20dell'Eurosistema,Sistema%20europeo%20di%20banche%20centrali](#), data di ultima consultazione 24/02/2023

- ◆ Chi siamo, Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, URL: <https://www.garantenazionaleprivatiliberta.it/gnpl/pages/it/homepage/ilgarante/chisiamo/>, data di ultima consultazione: 26/02/2023
- ◆ Commission nationale de l'informatique ed des libertés, Wikipédia. L'encyclopédie libre, URL: https://fr.wikipedia.org/wiki/Commission_nationale_de_l_informatique_et_des_libert%C3%A9s data di ultima consultazione: 21/02/2023
- ◆ EDIZIONI SIMONE, URL: <https://dizionari.simone.it/6/autorita-regolazione-per-servizi-pubblica>, data di ultima consultazione: 30/04/2023
- ◆ I 12 nuovi provvedimenti ANAC attuativi del Codice Appalti 2023, Lavori Pubblici, 28/07/2023, E. SERRA, URL: <https://www.lavoripubblici.it/news/12-nuovi-provvedimenti-ANAC-attuativi-Codice-Appalti-2023-31542>, data di ultima consultazione: 24/10/2023
- ◆ I poteri della Pubblica Amministrazione, Studio Cataldi, <https://www.studiocataldi.it/guida-diritto-amministrativo/i-poteri-della-pubblica-amministrazione.asp>, data di ultima consultazione: 05/09/2023
- ◆ L'autorità nazionale anticorruzione, Camera dei Deputati, URL: [https://www.camera.it/leg17/465?tema=l_autorit_nazionale_anticorruzione#:~:text=L'Autorit%C3%A0%20nazionale%20anticorruzione%20\(ANAC,n](https://www.camera.it/leg17/465?tema=l_autorit_nazionale_anticorruzione#:~:text=L'Autorit%C3%A0%20nazionale%20anticorruzione%20(ANAC,n), data di ultima consultazione: 27/09/2023
- ◆ Les autorités administratives indépendantes: évaluation d'un objet juridique non identifié (Tome 2: Annexes). Chapitre I – Conditions de création et coexistence des autorités administratives indépendantes, Sénat. Un site au service des citoyens, URL:

<https://www.senat.fr/rap/r05-404-2/r05-404-22.html#:~:text=Autorit%C3%A9%20administrative%20ind%C3%A9pendante%20et%20ouverture,d'un%20secteur%20nagu%C3%A8re%20monopolistique>, data di ultima consultazione 21/02/2023

- ◆ Lotta alla corruzione: CiVIT diventa Autorità Nazionale Anticorruzione, Formez al servizio della PA, URL: <http://trasparenza.formez.it/content/lotta-alla-corruzione-civit-diventa-autorita-nazionale-anticorruzione#:~:text=Dal%2031%20ottobre%202013%2C%20con,AC>, data ultima consultazione: 27/09/2023
- ◆ Quante sono le autorità amministrative indipendenti, Openpolis, 2020, URL: <https://www.openpolis.it/parole/quante-sono-le-autorita-amministrative-indipendenti/>, data di ultima consultazione: 24/02/2023
- ◆ The Interstate Commerce Act is Passed, United State Senate, URL: https://www.senate.gov/artandhistory/history/minute/Interstate_Commerce_Act_Is_Passed.htm#:~:text=On%20February%204%2C%201887%2C%20both,%E2%80%9D%E2%80%94to%20regulating%20railroad%20rates, data di ultima consultazione: 20/02/2023