

NINO LONGOBARDI

Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli studi dell'Aquila

longobardi@ec.univaq.it

EQUIVOCI IN TEMA DI AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI. I NODI VENGONO AL PETTINE

MISUNDERSTANDINGS REGARDING INDEPENDENT ADMINISTRATIVE AUTHORITIES. ALL CHICKENS COME HOME TO ROOST

SINTESI

Nella prima parte dello studio viene brevemente illustrato il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti e l'innovativo modello regolativo giustiziale che le informa.

La seconda parte è quella più direttamente attinente al titolo <<Equivoci in tema di autorità amministrative indipendenti. I nodi vengono al pettine>>. Non si tratta solo degli equivoci alimentati dalla dottrina nazionale, bensì del recupero con riguardo alle autorità indipendenti, soprattutto da parte della giurisprudenza, dei tratti più tradizionali del diritto amministrativo e della presentazione di essi come dogmi, verità indiscutibili. Trasparente è l'obiettivo di <<normalizzare>> le autorità vanificandone il carattere innovativo. Oggetto di esame critico è in particolare la sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale, che rappresenta una sorta di *de profundis* per le autorità amministrative indipendenti. Vi erano, tuttavia, le premesse per una storia diversa, tuttora indicata anche dal diritto positivo. I concetti presentati alla stregua di verità indiscutibili, veri e propri dogmi inconfutabili, costituiscono palesi equivoci ove ci si ponga nella corretta prospettiva evolutiva della funzione amministrativa e dei suoi modi di esercizio.

ABSTRACT

The first part of this essay briefly analyses the phenomenon of the independent administrative authorities and the innovative judicial-regulatory model that informs them.

The second part is the one that is more relevant to the title. This part not only discusses the misunderstandings fed by the national doctrine, but also with regard to independent administrative authorities the restoration of the more traditional traits of the administrative law and their presentation as dogma, undeniable truths. It is clear the objective of “normalizing” the authorities by undermining their innovative profile. Object of critical examination is the judgment n. 13 of the constitutional Court of 2019, which represents a sort of *de profundis* for the independent administrative authorities. There were, however, the premises for a different story, which is still indicated by positive law as well. These concepts, presented as undeniable truths and indisputable dogma, form obvious misunderstandings if we adopt a correct evolutionary perspective of the administrative function and its ways of operating.

PAROLE CHIAVE: imparzialità, autorità amministrative indipendenti, funzione amministrativa.

KEYWORDS: impartiality, independent administrative authorities, administrative function.

INDICE: 1. Premessa – 2. Il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti - 3. Le autorità di regolazione dei mercati e il modello regolativo giustiziale. - 4. Le autorità atipiche. - 5. La sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 2019 e l'inquadramento nell'ordinamento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. - 6. Sulla collocazione speciale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in seno alle autorità amministrative indipendenti. - 7. La sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 2019 e la sua portata generale. La presa d'atto della realtà e gli equivoci in ordine alle conseguenze. - 8. Autorità amministrative indipendenti e concezione regolativo-giustiziale delle funzioni amministrative. Dall'ordinario provvedimento discrezionale alla decisione amministrativa. - 9. L'interruzione del percorso di affermazione del <<giusto procedimento>> (<<due process>>) e la vanificazione del carattere innovativo delle autorità amministrative indipendenti.

1. Premessa

Nella prima parte di questo studio illustrerò brevemente il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti. Con l'affermarsi di esse, vedremo, si

. Questo scritto costituisce rielaborazione e sviluppo della lezione tenuta il 12 aprile 2022 nell'ambito del modulo <<Il diritto amministrativo in trasformazione>> del Dottorato di Ricerca in Istituzioni, mercato, garanzie e tutela dell'individuo presso l'Università dell'Aquila.

delinea nel nostro ordinamento un modello amministrativo innovativo che ha ricevuto consacrazione dal legislatore a livello di principio nel 2005 ed anche inizialmente il sostegno del Consiglio di Stato.

La seconda parte dello studio è quella direttamente attinente al titolo <<Equivoci in tema di autorità amministrative indipendenti. I nodi vengono al pettine>>. Non si tratta solo degli equivoci alimentati dalla dottrina nazionale, un lungo elenco che sarebbe difficile anche solo stilare. Si tratta del recupero con riguardo alle autorità indipendenti, soprattutto da parte della giurisprudenza, dei tratti più tradizionali del diritto amministrativo e della presentazione di essi come dogmi, verità indiscutibili. Trasparente è l'obiettivo di <<normalizzare>> le autorità vanificandone il carattere innovativo. Il ripudio del nuovo modello amministrativo è, del resto, parte rilevante di un più generale regresso ordinamentale¹.

Come si vedrà, la sentenza n. 13 del 2019 della Corte costituzionale rappresenta una sorta di *de profundis* per la novità costituita dalle autorità amministrative indipendenti. Vi erano, tuttavia, le premesse per una storia diversa, tuttora indicata anche dal diritto positivo. L'aspetto che qui soprattutto interessa porre in rilievo è che i concetti presentati alla stregua di verità indiscutibili, veri e propri dogmi inconfutabili, costituiscono palesi equivoci ove ci si ponga nella corretta prospettiva evolutiva della funzione amministrativa e dei suoi modi di esercizio².

2. Il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti

La creazione di autorità amministrative indipendenti, nel nostro come in altri ordinamenti, non è derivata da un disegno prestabilito, né è stata guidata da una logica istituzionale complessiva. Così è stato non solo in Francia, ma an-

1 N. LONGOBARDI, *Il declino italiano. Le ragioni istituzionali*, Firenze 2021, 99-108.

2 Sulla necessità per il giurista di prescegliere una interpretazione evolutiva <<nella quale consiste la vita stessa e anzi la verità dell'ordinamento giuridico>>, da condurre alla stregua delle esigenze, dei bisogni, dei valori di un <<sistema di società aperta>>, che sono anch'essi <<valori giuridici>>. v. F. BENVENUTI, *Nuovo stato e crisi delle scienze politiche*, in *Amministrare*, 1994, 237 ss.

che nell'esperienza delle independent regulatory agencies. Al modello statunitense, che ha una tradizione più che secolare, si sono ispirate le assai più recenti esperienze europee, a partire da quella francese. Determinante è stata la spinta dell'ordinamento comunitario nell'istituzione delle autorità di maggior rilievo.

Il fenomeno delle autorità indipendenti, ormai consolidato anche nel nostro ordinamento, si è sviluppato nel tempo anche in settori diversi da quello della regolazione dei mercati. Anche per ciò, al di là del rilevante tratto comune costituito dall'indipendenza, le autorità amministrative indipendenti non si lasciano ricondurre ad un modello unico a causa della notevole diversità dei campi di attività, delle funzioni e dei poteri ad esse assegnati.

Emerge tuttavia una distinzione fra le autorità di regolazione dei mercati e le altre autorità.

Per le autorità di regolazione dei mercati è ben evidente l'influenza del modello statunitense e può parlarsi non solo del consolidamento dell'indipendenza, ma anche della formazione di un modello amministrativo innovativo. Anche le altre autorità costituiscono una importante manifestazione del bisogno di adattamento ed evoluzione delle forme dell'azione pubblica e dei principi di organizzazione dello Stato. Si afferma la tendenza a sottrarre determinate funzioni pubbliche all'indirizzo politico di maggioranza, ovvero ad una logica nella quale sull'imparziale svolgimento delle funzioni sono destinati a prevalere gli obiettivi più pressanti ed immediati della maggioranza governativa. Ciò risponde ad una esigenza di efficacia oltre che ad una esigenza di garanzia, che divengono ineludibili quando il corretto esercizio delle funzioni rileva anche a livello europeo e/o globale (come, da ultimo, attesta ad es. l'evoluzione dell'ISTAT verso l'assetto di autorità indipendente).

A un simile sviluppo occorre tuttavia guardare con attenzione critica, non solo perché esso indica un'esigenza di riorganizzazione dello Stato anche al fine di rafforzarne l'imparzialità, ma anche perché dello strumento autorità amministrativa indipendente può essere fatto un uso improprio o che comunque

può risultare non giustificato. Infatti, la creazione di un'autorità indipendente può costituire un espediente di fuga dalla responsabilità politica, quale si realizza scaricando scelte difficili o costose in termini di consenso su un organo qualificato come indipendente; inoltre, può consentire di allargare la sfera amministrativa a scapito del giudice, incidendo, così, sulla tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive.

3. Le autorità di regolazione dei mercati e il modello regolativo giustiziale.

L'affermazione delle autorità amministrative indipendenti nella regolazione dei mercati si iscrive in un contesto caratterizzato dall'adesione all'economia di mercato e dalla globalizzazione.

L'Unione Europea e la globalizzazione dei mercati non comportano solo l'accettazione dei valori del mercato, ma anche una nuova modellistica istituzionale dell'intervento pubblico. Deve essere, infatti, garantita, per evitare l'emarginazione dei mercati nazionali, l'affidabilità delle istituzioni preposte alla regolazione dei mercati ed il loro corretto operare secondo standards internazionali. Ne consegue una spinta all'omogeneizzazione delle regole e dei modelli istituzionali, che tendono a conformarsi alle regole ed ai modelli istituzionali più evoluti. Già nel Rapport public 2001 del Conseil d'État veniva sottolineato come la creazione di autorità amministrative indipendenti risponda in primo luogo ad un «imperativo di credibilità internazionale» del sistema economico del Paese. Inoltre, le autorità, nel campo finanziario specialmente, sono in rete con le omologhe autorità straniere, non solo a livello europeo.

Credibilità e funzionalità delle autorità indipendenti di regolazione dei mercati sono strettamente legate ad un nuovo modello di azione e di organizzazione, che può essere definito regolativo-giustiziale. In esso la funzione istituzionale di regolazione assegnata all'autorità è intesa in senso ampio, ovvero 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 adeguata³. Lo dimostra l'esperienza americana delle autorità indipendenti che è strettamente legata alla dottrina del due process, il cui pieno rispetto è stato imposto dalla Corte Suprema⁴.

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, ovvero nel segno dell'affermazione del «giusto procedimento», si è evoluto il nostro ordinamento. Alla stregua di quanto previsto negli USA dall'Administrative Procedure Act fin dal 1946, le autorità indipendenti di regolazione devono, infatti, prevedere ed applicare una procedura di notice and comment. La 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. D'altro canto, l'attività amministrativa provvedimento assume carattere contenzioso. In essa è fondamentale l'osservanza scrupolosa di un pieno e paritario contraddittorio. Anche in questo caso il riferimento è all'Administrative Procedure Act statunitense, alla procedura di adju-

3 I rischi derivanti dalla creazione di autorità amministrative indipendenti non adeguatamente accompagnata dall'introduzione di «garanzie procedurali, organizzative e di partecipazione, di trasparenza dell'azione» sono stati da me sottolineati in «*Amministrazioni indipendenti*» e *posizione istituzionale dell'amministrazione pubblica*» (1993), ora in N.LONGO-BARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino 2009, 64. V. successivamente M. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano 1994, 226 ss., secondo la quale esattamente le carenze al riguardo contrastano con l'ordinamento costituzionale.

4 M. H. DAVIS, *L'expérience américaine des «independent regulatory commissions»*, in C.A. COLLARD e G. TIMSIT (a cura di) *Les Autorités administratives indépendantes*, Paris 1988, 224 e 227 ss. V. *amplius* N. LONGOBARDI, «*Amministrazioni indipendenti*», cit., 50 ss.

dication da esso prevista. Per realizzare il modello occorre ancora che sia garantita l'imparzialità dell'autorità anche sotto il profilo organizzativo, ciò che in particolare impone la separazione tra le funzioni istruttorie e le funzioni decisorie. Nei suoi tratti essenziali, il modello regolativo-giustiziale ha ricevuto consacrazione a livello di principio in due normative di grande rilievo, contenute nella legge comunitaria 2004 (art. 9, l. 18.4.2005, n. 62) e nella legge 28.12.2005, n. 262 sulla tutela del risparmio.

In particolare, l'art. 24 della legge 262 citata, relativo ai <<Procedimenti per l'adozione dei provvedimenti individuali>> stabilisce nei primi due commi la seguente disciplina generale:

<< 1. Ai procedimenti della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP volti all'emanazione di provvedimenti individuali si applicano, in quanto compatibili, i principi sull'individuazione e sulle funzioni del responsabile del procedimento, sulla partecipazione al procedimento e sull'accesso agli atti amministrativi recati dalla [legge 7 agosto 1990, n. 241](#), e successive modificazioni. I procedimenti di controllo a carattere contenzioso e i procedimenti sanzionatori sono svolti nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione. Le notizie sottoposte per iscritto da soggetti interessati possono essere valutate nell'istruzione del procedimento. Le Autorità di cui al presente comma disciplinano le modalità organizzative per dare attuazione al principio della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione.

2. Gli atti delle Autorità di cui al comma 1 devono essere motivati. La motivazione deve indicare le ragioni giuridiche e i presupposti di fatto che hanno determinato la decisione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.>>

I principi del modello regolativo-giustiziale sono estensibili a tutte le autorità amministrative indipendenti. La necessaria distinzione fra funzioni istruttorie e funzioni decisorie nell'esercizio del potere sanzionatorio è in primo luogo richiesta dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

I predetti principi sono ovviamente estensibili nella misura in cui ciò sia possibile. Sicuramente ed interamente, quindi, alle autorità dotate di poteri normativi, attuativi e sanzionatori quali quelle di regolazione dei servizi di pubblica utilità (AGCOM e AEEG, ora ARERA), che da tempo hanno discipline specifiche in materia di partecipazione agli atti regolamentari e generali e di contraddittorio nei procedimenti per l'adozione degli atti individuali.

Il modello regolativo giustiziale indicato dalla normativa richiamata è stato inizialmente sostenuto dal giudice amministrativo. In questa direzione il Consiglio di Stato ha affermato la necessità del giusto procedimento e della motivazione degli atti delle autorità e si è orientato ad assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale nei confronti delle autorità escludendo ambiti di attività ad esse riservati (Cons. St., sez. VI, 3.6.2004, n. 926; v. anche al riguardo Cass., S.U., 20.1.2014, n. 1013). Nella giurisprudenza del Consiglio di Stato diretta ad affermare il giusto procedimento ha, inoltre, assunto ruolo centrale l'esatta convinzione del valore legittimante, dal punto di vista democratico, delle regole del contraddittorio e della partecipazione dei privati all'esercizio dei poteri regolatori (Cons. St., sez. VI, 27.12.2006, n. 7972)^{5,6}

5 Tuttavia, la cultura e la prassi del contraddittorio, inteso come pieno e paritario, caratterizzato dalla parità delle armi tra accusa e difesa ed ancora più il principio di separazione tra l'organo inquirente e quello giudicante non hanno conseguito un sufficiente grado di affermazione perfino nell'ambito dei procedimenti sanzionatori (v. C. eur. dir. uomo, 4.3.2014, *Grande Stevens e altri contro Italia*).

6 Al riguardo v. N. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in ID. (a cura di), *il diritto amministrativo in trasformazione*, cit., 117 ss. Sono ivi richiamati numerosi scritti sulle autorità indipendenti. Si segnalano tuttavia qui N. LONGOBARDI, *Le amministrazioni indipendenti verso il giusto procedimento*, in *Itinerari d'impresa*, 8/2015, nel quale viene sottolineata la decisiva rilevanza della nuova disciplina contenuta nella legge comunitaria 2004 e nella legge sulla tutela del risparmio e N. LONGOBARDI, *La regolamentazione ed i controlli: le autorità amministrative indipendenti. Il modello regolativo-giustiziale* (2006) ora in N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009, 242 ss.

All'iniziale sostegno della modalità innovativa di azione amministrativa recata dalle autorità amministrative indipendenti è tuttavia seguito un deciso *re-irement* in senso regressivo da parte del giudice amministrativo e, ancor più, della Corte di cassazione⁷.

4. Le autorità atipiche

Costituisce un'anomalia rispetto al modello regolativo-giustiziale di derivazione angloamericana l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), che svolge una funzione generale di tutela della concorrenza e del mercato, in primo luogo con poteri di intervento e sanzionatori in tema di interesse restrittive della libertà di concorrenza, di abuso di posizione dominante, di operazioni di concentrazione tra imprese; ma anche con 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 stesse.

Non trova valida giustificazione, invece, nella sua attuale disciplina, l'anomalia costituita dal Garante per la protezione dei dati personali, che ha compiti di vigilanza, controllo, poteri di divieto e di blocco in tema di trattamento dei dati e di stimolo dell'attività del Governo. La disciplina istitutiva del Garante rimette sostanzialmente al Governo, attraverso la fonte regolamentare, la latitudine del diritto alla riservatezza e consente all' autorità amministrativa Garante

⁷ Al riguardo, v. N. LONGOBARDI, *Il declino italiano*, cit., 85 ss., 99 ss., cit., nonché la seconda parte di questo scritto.

di invadere – parzialmente, ma con effetti sicuramente condizionanti – il campo proprio ed esclusivo del giudice ordinario.

Nella politica di contrasto alla corruzione nel nostro Paese si segnala infine la presenza di una nuova autorità amministrativa ritenuta indipendente, ovvero l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC-legge 30 ottobre 2013, n. 125), dall'incerta collocazione nel nostro ordinamento e dal profilo fortemente atipico.

L'ANAC, alla quale è stato anche attribuita una posizione centrale nel codice degli appalti del 2016, successivamente ridimensionata, ha assunto un ruolo preponderante in un settore tipico della responsabilità politico-governativa, quale non può non essere ritenuto quello della prevenzione della corruzione e del contrasto ad essa attraverso misure amministrative. Inoltre, il progressivo accumularsi di funzioni, la connotazione ed il carattere disparato di esse inducono a configurare in capo all'Autorità un delicato ruolo di sintesi tipicamente politica fra diversi interessi pubblici potenzialmente confliggenti⁸.

5. La sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 2019 e l'inquadramento nell'ordinamento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Vengo alla parte dello studio direttamente attinente al titolo. La seconda parte del titolo, <<I nodi vengono al pettine>>, è diretta a collegare le mie riflessioni alla sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 2019. Con questa decisione è stata negata all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito: AGCM) la legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale.

Il tentativo dell'AGCM di farsi giudice a quo, sostenendo la propria assimilabilità a un giudice, ha fatto leva sulla affermata qualificazione di <<autorità di garanzia>> svolgente <<funzioni analoghe a quelle giurisdizionali>> e sulla giurisprudenza della Consulta che, specialmente in passato, ha inteso in modo

⁸ A riguardo v. N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in www.giustamm.it, n. 5/2016; ID., *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in www.giustamm.it, n. 6/2016.

elastico le nozioni di <<giudice>> e <<giudizio>>, ovvero la ricorrenza dei presupposti normativi che legittimano a sollevare una questione di legittimità costituzionale. In particolare, è stato affermato che, <<per aversi giudizio a quo, è sufficiente che sussista esercizio di “funzioni giudicanti per l’obiettivo applicazione della legge” da parte di soggetti, “pure estranei all’organizzazione della giurisdizione” “posti in posizione super partes” (sentenza n. 387 del 1996, n. 226 del 1976 e n. 83 del 1996) (sentenza n. 376 del 2001)>>⁹. Essenziale è che i soggetti, benché non incardinati in un ordine giudiziario, presentino il <<requisito della terzietà>>¹⁰.

Per la Corte l’AGCM difetta di tale requisito¹¹.

Nella confutazione degli argomenti addotti dall’AGCM la Corte costituzionale è andata oltre quanto necessario ad escludere la legittimazione dell’Autorità a sollevare questione di legittimità costituzionale¹².

L’AGCM ha <<assunto la inedita posizione di parte processuale ricorrente per l’impugnazione davanti al giudice amministrativo degli atti di qualsiasi amministrazione>> ritenuti in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato. Ciò rifletterebbe per la Consulta la natura del potere discrezionale attribuito all’Autorità.

Esattamente viene poi escluso che quello che si svolge davanti all’AGCM possa essere considerato un giudizio in senso sostanziale. Infatti, <<non può ravvisarsi una netta separazione tra gli uffici e il Collegio, attesa l’esistenza ...di un nesso funzionale tra Segretario e Presidente, cui il primo “risponde” anche

⁹ Corte cost., sent. n. 13 del 2019, §3.

¹⁰ *Ivi*, § 4.

¹¹ *Ivi*, § 5.

¹² Cfr. F. APERIO BELLA, *Amministrazione soggettivamente pubblica per fini pubblici e amministrazioni indipendenti e agenzie*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1/2021, 105 ss. Lo studio dell’autrice offre una ampia panoramica dottrinale sugli <<equivoci>> in tema di autorità amministrative indipendenti, non solo con riguardo all’AGCM e ha stimolato le mie riflessioni. L’autrice aderisce alle conclusioni della Corte costituzionale tentando di dare ad esse un sostegno teorico. All’amplia bibliografia citata nel saggio dell’Aperio Bella si farà più di un rinvio in questo scritto.

del funzionamento dei servizi e degli uffici medesimi...>>¹³. Manca, quindi, il requisito dell'«imparzialità oggettiva» dell'Autorità¹⁴.

D'altro canto, dinanzi all'Autorità non si realizza un contraddittorio pieno e paritario, bensì «un contraddittorio che non si differenzia – se non per la sua intensità – da quello procedimentale classico e che resta di natura verticale». È interessante notare che secondo la Consulta, che fa leva anche su giurisprudenza recente del Consiglio di Stato, le cose non potrebbero andare diversamente «perché il privato si confronta con un soggetto che, nell'irrogazione della sanzione, in quanto titolare di un ben definito interesse pubblico, non è in posizione di parità...>>¹⁵.

La Corte non ha dubbi sulla «natura del potere dell'autorità: una funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco. Essa, infatti, al pari di tutte le amministrazioni, è portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato (artt. 1 e 10 della legge n. 287 del 1990) e quindi non è in posizione di indifferenza e neutralità rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo nello svolgimento della sua attività istituzionale»¹⁶.

6. Sulla collocazione speciale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in seno alle autorità amministrative indipendenti.

La Corte ha sconfessato le tesi dottrinali che avevano assegnato una collocazione speciale in seno alle autorità amministrative indipendenti all'AGCM. Questa Autorità – si è affermato – eserciterebbe esclusivamente un «potere di

13 Corte cost., sent. n. 13 del 2019, §5.

14 Sulla imparzialità oggettiva, che implica l'osservanza del principio di separazione tra le funzioni di istruzione e quelle di giudizio all'interno dell'autorità, requisito da me evidenziato nel 2001, v. N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti, cit.*, 177 ss. e 250 ss.

15 Corte cost., sent. n. 13 del 2019, § 8.1.

16 *Ivi*, § 8. *Ad abundantiam* la Corte aggiunge che il carattere discrezionale dei poteri assegnati all'AGCM è anche evidenziato dai «rilevanti poteri pararegolatori e consultivi attribuiti all'Autorità Garante... e dall'ampio margine di discrezionalità amministrativa che connota istituti quali le autorizzazioni in deroga di intese vietate, l'accettazione degli «impegni» e i cosiddetti programmi di clemenza» (*ivi*).

accertamento e di qualificazione di fatti, atti e comportamenti, in termini di liceità e illiceità, in relazione alla disciplina materiale della concorrenza>>¹⁷. Ancora, avendo <<compiti esclusivamente di aggiudicazione e non di regolazione>>, deciderebbe <<sillogisticamente di casi concreti applicando la legge>>¹⁸. Queste tesi¹⁹ sono state avversate con sempre maggior successo dalla dottrina, mano a mano che all'AGCM sono state conferite dal legislatore nuove attribuzioni anche di carattere regolatorio o <<pararegolatorio>>²⁰.

La dottrina si è divisa anche sulla connotazione dell'attività dell'AGCM come volta al perseguimento di un interesse pubblico²¹, ciò che, come si è visto, è stato ritenuto decisivo dalla Corte costituzionale per affermare la natura discrezionale nel senso più tradizionale dei poteri dell'Autorità e per negare la neutralità di essa.

Le tesi dottrinali sulla collocazione speciale dell'AGCM nell'ordinamento, negata dalla Corte costituzionale, hanno certamente alimentato gli equivoci in ordine alle autorità amministrative indipendenti. Il discorso con riguardo all'AGCM può tuttavia essere qui rapidamente chiuso. L'Autorità antitrust, già definita <<il modello più puro di Autorità indipendente>>²², costituisce in realtà un'anomalia rispetto al modello statunitense delle independent regulatory agencies, al quale si sono ispirati le assai più recenti esperienze europee. Come si è visto, infatti, l'AGCM invade lo spazio del giudice e svolge una funzione

17 M. CLARICH, *Per uno studio sui poteri dell'autorità garante della concorrenza e del mercato*, in F. BASSI – F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano 1993, 89.

18G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1997, 645 ss., che con tale dicotomia mira anche a svalutare l'indipendenza delle autorità di regolazione.

19V. per altre indicazioni di dottrina in linea con quelle sopra citate F. APERIO BELLA, *Amministrazione soggettivamente pubblica*, cit., 116, n. 39.

20 V. per tutti A. POLICE, *Il potere discrezionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C. RABITTI BEDOGNI – P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, I, Torino, 2010, 369 ss., che parla conseguentemente di <<tramonto del mito della neutralità della funzione antitrust>>. Per altre indicazioni v. F. APERIO BELLA, *Amministrazione*, cit., 116, n. 39.

21 Per le indicazioni di dottrina v. ancora F. APERIO BELLA, *Amministrazione*, cit., 120, n. 50.

22 M. CLARICH, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato come autorità pubblica indipendente*, in C. RABITTI BEDOGNI-P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, cit., 239. In precedenza, Id., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna 2005, 117.

non settoriale, bensì generale, di tutela della concorrenza, che ridonda in una funzione di regolazione, ancorché impropria.

Deve essere invece evidenziata la portata generale dei concetti presentati dalla Consulta come dogmi inconfutabili per poi procedere alla critica di essi.

7. La sentenza della Corte costituzionale n. 13 del 2019 e la sua portata generale. La presa d'atto della realtà e gli equivoci in ordine alle conseguenze.

Ho in passato messo in evidenza che la linea dottrinale più o meno consapevole avversatrice della novità costituita dalle autorità amministrative indipendenti si segnalava per alcune affermazioni caratteristiche, indicando come esempi più importanti:

<<1. Le autorità amministrative indipendenti non curano interessi pubblici.

2. Le autorità amministrative indipendenti non compiono (non possono compiere) scelte politiche e/o non compiono scelte discrezionali.

3. In quanto organismi neutrali le autorità amministrative indipendenti non possono avere ruolo politico.

4. Le autorità amministrative indipendenti non sono... amministrative.

5. Le autorità amministrative indipendenti vanno collocate a livello costituzionale e/o abbisognano di una esplicita previsione costituzionale>>. ²³

Limitandoci qui alle prime tre affermazioni, si può constatare come, alla stregua della sentenza n. 13 del 2019, che trae sostegno anche da giurisprudenza recente del Consiglio di Stato, il discorso iniziale sia stato rovesciato. Di fronte all'evidenza è del resto ben difficile negare che le autorità amministrative indipendenti curano interessi pubblici, compiono scelte discrezionali ed hanno palesemente un ruolo politico. Non sono tuttavia condivisibili le conseguenze che ne vengono tratte e che conducono alla vanificazione del carattere innovativo delle autorità. Si tratta, infatti, di equivoci ove ci si ponga nella corretta

23 N. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti laboratori di un nuovo diritto amministrativo* (1998), ora in Id., *Autorità amministrative indipendenti e sistema*, cit., 98.

prospettiva evolutiva della funzione amministrativa e dei suoi modi di esercizio indicata (non solo) dalle autorità amministrative indipendenti.

Come mostra l'esperienza statunitense, il public interest <<è sempre stato protagonista nella legislazione, nella giurisprudenza, nella prassi, nella dottrina, in materia di independent agencies>>²⁴. Ciò non impedisce in quell'ordinamento che l'insieme delle decisioni che producono effetti vincolanti per uno o più soggetti determinati rientri nella funzione di adjudication. Questa funzione non può dunque essere ristretta, come avviene in rappresentazioni nostrane, alla risoluzione da parte delle autorità di vere e proprie controversie.

8. Autorità amministrative indipendenti e concezione regolativo-giustiziale delle funzioni amministrative. Dall'ordinario provvedimento discrezionale alla decisione amministrativa.

Nel corso del primo importante Convegno sulle autorità amministrative indipendenti, svoltosi a Parigi l'11 e 12 giugno 1987, uno dei maggiori studiosi di diritto pubblico, Jean Rivero, in un intervento di significativa brevità, così indicava, come non chiarito, il <<problema del perché>>:

<<Perché questa volontà di indipendenza?>> (resa manifesta dalla creazione delle nuove autorità) <<Credo che è su questa nozione di indipendenza che bisogna riflettere>>²⁵.

Il fenomeno delle autorità indipendenti ha in seguito ricevuto diverse spiegazioni. Tra loro legate, esse confluiscono nell'interpretazione più profonda che indica il delinarsi di un mutamento della concezione delle funzioni amministrative e dei modi del loro esercizio²⁶.

Gli studi storici hanno individuato nell'introduzione del procedimento amministrativo e nella creazione di autorità amministrative indipendenti punti di svolta cruciali nel processo di ricomposizione della storica frattura fra giusti-

24 M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.* (1996), 69.

25 Gli Atti del Convegno sono pubblicati in C.A. COLLIARD- G. TIMSIT (a cura di), *Les autorités administratives indépendantes*, cit., v., *ivi*, 309 s. l'intervento di Rivero.

26 Al riguardo, v. più ampiamente N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti laboratori*, cit., 84 ss.

zia e amministrazione che <<contraddistingue fra '700 e '800 il percorso europeo-continentale>>²⁷.

Da questa ricomposizione emerge la concezione regolativo-giustiziale delle funzioni amministrative, che è quella che caratterizza il <<modello>>, che ho per l'appunto denominato <<regolativo-giustiziale>>, delle autorità amministrative indipendenti²⁸.

È una concezione che realizza anche le aspirazioni di una parte rilevante e autorevole della nostra dottrina. Feliciano Benvenuti e Giorgio Berti figurano tra i primi sostenitori del due process, la cui forza compositiva è basata sul <<primato dei diritti individuali e quindi sulla necessità di verificare in confronto a questi diritti la giustificazione dei fini pubblici>>, secondo quanto affermato da Berti. Ad essi può essere aggiunto almeno Giorgio Pastori che ha particolarmente sottolineato la trasformazione della concezione dell'interesse pubblico come effetto di una mutata concezione dell'amministrazione da funzione del governo a funzione dell'ordinamento²⁹. Un contributo teorico decisivo è venuto da Mario Nigro come sarà anche qui evidenziato.

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

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 interessi³⁰

27 B. SORDI, *Per una storia del diritto amministrativo* (a proposito di F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif de la Révolution au début des années 1970*, PUF, Paris, 1995), in *Quaderni per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 25, Milano, 1996, 683 ss., del quale sono le conclusioni riportate tra virgolette nel testo.

28 N. LONGOBARDI, *La regolamentazione ed i controlli: le Autorità amministrative indipendenti – Il modello regolativo-giustiziale* (2006), cit., 243 ss.

29 Al riguardo v. N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti laboratori*, cit., 90 ss.

30 La «terzietà» delle autorità amministrative indipendenti viene generalmente esclusa e, non così chiaramente, ma implicitamente, anche la «neutralità» di esse, essendo la loro missione istituzionale legata al perseguimento di un interesse pubblico, da F. APERIO BELLA, *Amministrazione*, cit., 125 s. e n. 70. La «terzietà» è ritenuta propria della sola giurisdizione ed identificativa

Interessa qui particolarmente mettere in rilievo che, con riguardo all'attività provvedimentale delle autorità amministrative indipendenti, allo schema dell'ordinario provvedimento discrezionale si sostituisce quello della decisione amministrativa, <<categoria strutturale>> <<risultato di procedimenti o sub-procedimenti amministrativi contenziosi>>³¹.

Una categoria, quella della decisione amministrativa, quale illustrata da Mario Nigro, che non è ristretta alle sole decisioni sui ricorsi, ma più ampiamente va riconosciuta in presenza di <<un procedimento costruito in modo da dar rilievo ad un conflitto di interessi o di opinioni, che essi atti (le decisioni appunto, n.d.r.) si applicano a risolvere>>³².

Mario Nigro ha avuto piena consapevolezza di trattare di una <<categoria, per così dire, di frontiera, dai confini fluidi e storicamente variabili>>³³; nonostante le scarse e incerte indicazioni allora rinvenibili nel diritto positivo, il chiaro Autore non ha tuttavia rinunciato alla teorizzazione di un modello di azione amministrativa, alternativo a quello usuale, dalle sicuramente avvertite grandi potenzialità applicative.

Decisivo è, infatti, al riguardo, il centrale rilievo conferito al conflitto di interessi, cosicché <<dall'interesse al contenuto del provvedimento (interesse amministrativo in senso stretto) che ovviamente non può mancare>>, salvo qualche eccezione, <<si scorpora, attraverso la struttura contenziosa, e quindi attraverso la considerazione formalmente garantita degli interessi o delle posizioni in conflitto, un diverso specifico interesse dell'amministrazione, l'interesse alla giusta soluzione del conflitto, al quale l'atto-decisione dà- o dà anche- in tutto o in parte, soddisfazione>>³⁴. La strutturale presenza nelle decisioni di

di essa, in contrasto tuttavia con l'insegnamento più volte evocato di A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, *Riv. dir. proc.* 1964, 200 ss. V. anche F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo*, Napoli 2017, 436 ss.

31 M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, *cit.*, 816. La voce dell'Enciclopedia del diritto è stata preceduta dalla monografia su *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953, sempre dello stesso Autore.

32 M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, *cit.*, 813.

33 *Ivi*, *lc. cit.*

34 *Contra* da ultimo v. F. APERIO BELLA, *cit.*, 127, n. 73, che restringe la nozione di attività giustiziale per affermata incompatibilità tra attività giustiziale e perseguimento dell'interesse

un interesse giustiziale è alla base dell'incertezza in ordine alla natura degli atti di tale tipo ed è alla base della loro qualificazione come <<atti materialmente o sostanzialmente giurisdizionali, o paragiurisdizionali>>³⁵.

La struttura degli atti con riguardo alle decisioni amministrative rivela dunque la funzione giustiziale svolta dall'amministrazione anche allorché l'amministrazione stessa persegue – come è per essa la norma – un obiettivo di soddisfazione dell'interesse pubblico. L'obiettivo di giustizia risulta incorporato nell'azione amministrativa, qualificando la stessa, e la funzione amministrativa così concepita comporta stringenti regole per il suo esercizio. 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 decisionale <<anche l'osservanza dei principi e delle regole che conferiscono struttura contenziosa al procedimento>>³⁶. Cosicché, significative somiglianze vengono ad intercorrere, in particolare anche in punto di motivazione e di irrevocabilità, tra le decisioni amministrative e le sentenze³⁷.

Non deve ingannare il termine <<accertamento>> impiegato per la descrizione della funzione delle decisioni amministrative. Trattasi, infatti, di <<accertamenti in senso giuridico>>, veri e propri giudizi <<non>> meramente <<descrittivi>>, ma <<valutativi>>³⁸, dunque a carattere anche molto ampio e di grande rilevanza politica, come oggi proprio il fenomeno delle auto-

pubblico da parte di un'autorità amministrativa. Vengono all'uopo indicati una serie di caratteri che sarebbero «propri della funzione giustiziale», per la cui giustificazione si rinvia a Id, *Tra procedimento e processo*, Napoli 2017, cit., partic. 98 ss. L'autrice ammette in questo volume che il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti ha determinato «evoluzioni del concetto di amministrazione giustiziale» imponendo «di riconsiderare il tradizionale modo di intendere l'amministrazione pubblica, consentendo che il perseguimento di interesse pubblico potesse coniugarsi con imparzialità e financo neutralità» (*ivi*, 109). La medesima autrice, che pur mostra di conoscere (ma manca di valorizzare) gli insegnamenti di Nigro e Fazzalari, sposa tuttavia l'opzione di «arrestarsi alle riflessioni più tradizionali sulla decisione amministrativa “per antonomasia”» (*ivi*, 109 s.).

35 M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, cit., 813. .

36 M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, cit., 821.

37 *Ivi*, partic. 822.

38 *Ivi*, partic. 815. L'accento va dunque posto sull'attività di valutazione ed interpretazione giuridica, piuttosto che sulle valutazioni di carattere tecnico, pure, in varia misura, presenti.

rità amministrative indipendenti pone in chiara luce³⁹. Nemmeno deve ingannare la qualificazione delle decisioni come atti vincolati⁴⁰. Tale aggettivazione può apparire invero fuorviante, ma essa sta a significare solo che tali atti non sono discrezionali nel senso usuale dell'espressione⁴¹.

Nel nostro ordinamento è, dunque, (da tempo) presente un modello di azione amministrativa analogo a quello che costituisce la norma nell'ordinamento degli USA, ovvero l'«*adjudication*», nel quale il momento accertativo-sanzionatorio espressivo del potere di emanare «*orders*» implica la «*connessa fase contenziosa determinata dalla reazione del soggetto*». Anche con riguardo all'«*adjudication*», infatti, «*si guarda alla forma in cui essa si manifesta, cioè alla procedura contenziosa modellata sul processo giurisdizionale in cui si esplica*»⁴².

9. L'interruzione del percorso di affermazione del «giusto procedimento» («*due process*») e la vanificazione del carattere innovativo delle autorità amministrative indipendenti.

Come si è visto, la strada del *due process* e più ampiamente del modello regolativo giustiziale è stata indicata da due normative di grande rilievo, la legge comunitaria 2004 e la legge n. 262 del 2005 sulla tutela del risparmio. Questa

39 N. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti, laboratori, cit.*, partic. ove viene sottolineato che le autorità amministrative indipendenti sono «*chiamate a scelte valutative di rilevante carattere politico*».

40 M. NIGRO, *Decisione amministrativa*, 815.

41 N. LONGOBARDI, *lc. ult. cit.*

42 In argomento, v. partic. L. BARRA CARACCILO, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale negli USA, cit.*, partic. 115 ss., dal quale sono tratte le citazioni di cui al testo. L'autore evidenzia che l'impostazione dell'ordinamento USA corrisponde all'idea generale della normazione come processo «*a cascata*» che, procedendo dal Legislativo e sviluppandosi con la «*regulation*», giunge a disciplinare ogni aspetto della realtà sociale, onde, attraverso la conoscenza di questi vari strati di normazione, il singolo sappia anticipatamente come comportarsi e quali siano le effettive aree di esplicazione delle sue libertà ed aspirazioni, compatibili con interessi pubblici normativamente già delineati. Ovviamente esistono anche nel sistema statunitense licenze, autorizzazioni, procedimenti volti all'erogazione di benefici, sussidi, pensioni, esenzioni. Tuttavia questi fenomeni sono visti, nella teoria, come tendenzialmente già definibili in base al «*corpus*» della «*regulation*», laddove la discrezionalità dell'Amministrazione si è già risolta nel proporre, decomporre e ricomporre una soluzione normativa che la procedura partecipata ha già trasformato in un modello applicativo, possibilmente chiaro e razionale, dell'assetto di interessi voluto dalla legge.

strada è stata tuttavia sbarrata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e dalla Corte costituzionale.

Così, dinanzi alle Autorità non è necessario che si realizzi un vero contraddittorio, che è tale solo se è pieno e paritario. Grave è l'equivoco in cui incorre la Corte affermando che il procedimento sanzionatorio, assimilato, come sappiamo, al procedimento penale a livello europeo, non possa prevedere nel suo svolgimento la parità delle armi 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.⁴³

Quanto alla <<funzione amministrativa discrezionale>> esercitata dall'AGCM, la Corte utilizza la tradizionale formula elaborata da Giannini in altro contesto ordinamentale ovvero quella della ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco. Benché sottoposta ad esatte critiche, la formula viene ripetuta come <<una formula magica>>⁴⁴. In questo caso il ricorso ad essa vale soprattutto ad escludere che l'azione dell'Autorità presenti aspetti di novità; in particolare, ad escludere che l'Autorità, in quanto attributaria della cura di un interesse pubblico, possa essere collocata in una posizione di neutralità, ovvero di indifferenza rispetto agli interessi, posizione di neutralità già ritenuta, anche da noi in un recente passato, come caratteristica peculiare delle autorità amministrative indipendenti⁴⁵.

Un esito paradossale, dunque, quello imposto dalla giurisprudenza in contrasto con lo stesso diritto positivo. Un esito che mina la legittimità costituzionale delle autorità amministrative indipendenti e priva di giustificazione l'indipendenza di esse.

43 Al riguardo, anche per le gravi conseguenze di queste scelte giurisprudenziali, v. N. LONGOBARDI, *Il declino italiano*, cit., 99 ss.

44 V. N. LONGOBARDI, *Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale. La parabola della specialità amministrativa*, *Dir. e proc. amm.*, Quaderni 30, 187.

45 V. N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti*, cit., 99.