

LUCA R PERFETTI
professore ordinario di diritto amministrativo
Università telematica Pegaso
Lucaraffaello.perfetti@UniPegaso.it

THE END OF THE BEGINNING OR THE BEGINNING OF THE END?

SINTESI

Il concetto di regolazione è multiforme, viene in rilievo in discipline tra loro diverse, si accompagna a regimi giuridici tra loro disomogenei. Non è agevole, quindi, identificarne un contenuto costante, base per una riflessione dogmatica. Soggetti, decisioni, interessi sottesi alla regolazione sono disomogenei. È, forse, possibile individuarne il tratto caratterizzante nel ridotto rispetto del principio di legalità (che può – forse – essere giustificabile per le autorità indipendenti, ma che certo pone seri problemi quando a disporre di poteri di regolazione siano enti pubblici tradizionali o agenzie – tema, questo, al quale presta maggiore attenzione la letteratura nordamericana).

La possibile spiegazione può essere, quindi, individuata sul versante storico dell'affermazione delle autorità e poteri di regolazione, in relazione alle esigenze che si sono poste alla fine del XX secolo quanto ai poteri pubblici in relazione al processo economico.

Quel che, tuttavia, appare evidente negli ultimi anni è che i poteri pubblici abbiano esteso in modo significativo il loro ambito di intervento nell'economia, soprattutto con misure emergenziali, derogatorie, ad hoc.

Questo espandersi di poteri di governo (non di rado condizionati dal potere economico – tecnologico) che operano con scarso rispetto della legalità (tratto in comune con la regolazione), complica ulteriormente l'identificazione dei poteri di regolazione e, forse, ne erode spazi e funzioni, fino a far porre il problema del loro possibile declino.

ABSTRACT

The concept of regulation is multiform, is relevant in different disciplines, it is accompanied by different legal treatment. It is not easy, therefore, to identify a constant content, the basis for dogmatic reflection. Authorities, decisions and interests underlying the regulation are not homogeneous.

It is, perhaps, possible to identify the characteristic feature as a reduced respect for the principle of legality (which can – perhaps – be justifiable for independent authorities, but which certainly poses serious problems when traditional public bodies or agencies have regulatory powers – this is a topic to which North American literature pays greater attention).

The possible explanation may, therefore, be found in the historical affirmation of the authorities and their regulatory powers, in relation to the needs that arose at the end of the 20th century regarding public powers in relation to the economic process.

What has become evident in recent years, however, is that the Executive has significantly extended its scope of intervention in the economy, especially with emergency, derogatory and *ad hoc* measures.

This expansion of government powers (often influenced by economic and technological power) that operate with little respect for legality (something they have in common with regulation), further complicates the identification of regulatory powers and, perhaps, erodes their space and functions, to the point of raising the question of their possible decline.

PAROLE CHIAVE: regolazione – potere pubblico – protezione degli interessi

KEYWORDS: regulation – authorities – public power – interests

INDICE: 1. Precisazioni su concetto e regime della regolazione. Un punto di metodo. – 2. La regolazione in senso stretto. – 3. Regolazione in senso ampio e disciplina dell'economia. – 4. Politica, tecnica, interessi. Le incertezze sul concetto di regolazione.

1. Precisazioni su concetto e regime della regolazione. Un punto di metodo

L'espressione regolazione è di difficile inquadramento.

Il suo significato giuridico è impreciso ⁽¹⁾, il termine viene utilizzato dal legislatore spesso in modo atecnico. Basterebbe considerare il fatto che per lo più si tende a considerare il fenomeno della regolazione in coincidenza con i poteri delle autorità deputate, appunto, alla regolazione e, tuttavia, nella legge si trova anche come compito di autorità amministrative tradizionali, come i Comuni rispetto ai servizi pubblici locali (ai quali, testualmente, la legge asse-

1 Per osservazioni utili in ordine alla varietà dei settori e del contenuto della regolazione, sicché il fenomeno appare essere "multiforme" V. PAMPANIN, *Contributo a una definizione della regolazione (caratteri distintivi e ambito di pertinenza)*, in *Il diritto dell'economia*, 2010, 115,

gna anche la funzione di regolazione).

Come si proverà a dire, brevemente, non si trovano ragioni convincenti per individuarne i caratteri essenziali né lungo il profilo dei soggetti ⁽²⁾ che sono intestati di questo potere (dovendo iscriverne nel perimetro sicuramente le autorità indipendenti di regolazione ma, come accennato, essendo certissimo che la legge vi annoveri anche enti pubblici *tout court*); né sul versante dell'efficacia formale degli atti di regolazione (giacché ve ne sono di rango legislativo, amministrativo di natura regolamentare o a contenuto generale e perfino puntuale – basterebbe pensare al fatto che si ritiene abbiano natura regolatoria anche le sanzioni in alcuni settori) ⁽³⁾; né su quello sostanziale (giacché la dinami-

2 La letteratura è amplissima, *ex multis*, S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. Cassese, C. Franchini, *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996, 217 ss.; F. MERUSI-M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2003; G. AMATO, *Le Autorità indipendenti nella costituzione economica*, in AA. VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Giuffrè, Milano, 1997; M. CLARICH, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005; C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, Cacucci, Bari, 2005; A. ZITO, (voce) *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 806.

3 Per i necessari riferimenti, si rinvia ai coevi volumi di S. L. VITALE, *Le sanzioni amministrative tra diritto nazionale e diritto europeo*, Torino, Giappicchelli, 2018; E. Bindi, A. Pisaneschi, *Sanzioni Consob e Banca d'Italia. Procedimenti e doppio binario al vaglio della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, Torino, Giappicchelli, 2018; F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, Torino, Giappicchelli, 2018; in precedenza, occorre rinviare a P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria: alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Diritto amministrativo*, 2015, 767. Recentemente, per tutti, S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2020, 97.

Il fatto che le sanzioni possano avere anche funzione regolatoria (o, almeno a mio avviso, di enforcement degli atti di regolazione) non significa che le sanzioni abbiano la struttura della decisione regolatoria e – conseguentemente – che il sindacato su di esse si conduca negli stessi termini. Da questo punto di vista conviene rammentare Consiglio di Stato, VI, 25 gennaio 2021, n. 731: «In tema di sindacato del giudice amministrativo sull'attività di regolazione, è ammessa una piena conoscenza del fatto e del percorso intellettuale e volitivo seguito del regolatore. L'unico limite in cui si sostanzia l'intangibilità della valutazione amministrativa complessa è quella per cui, quando ad un certo problema tecnico ed opinabile (in particolare, la fase di c.d. "contestualizzazione" dei parametri giuridici indeterminati ed il loro raffronto con i fatti accertati) l'Autorità ha dato una determinata risposta, il giudice (sia pure all'esito di un controllo "intrinseco", che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate (sul piano tecnico), che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto. Nel caso della regolazione economica, il controllo giurisdizionale 'non sostitutivo' trova giustificazione in ragione di una specifica scelta di diritto sostanziale: quella per cui il legislatore, non essendo in grado di governare tutte le possibili reciproche interazioni tra i soggetti interessati e di graduare il valore reciproco dei vari interessi in conflitto, si limita a predisporre soltanto i congegni per il loro confronto dialettico, senza prefigurare un esito giuridicamente predeterminato» (si vedano anche Consiglio di Stato, VI, 15 luglio 2019, n. 4990 e

ca degli interessi è la più varia rispetto alle diverse discipline che prevedono poteri regolatori) (4).

Della regolazione non si può nemmeno dire ciò che essa non sia (il che, dal punto di vista definitorio, sarebbe già qualcosa). Infatti, come già accennato, vi sono regole di rango legislativo che hanno funzione regolatoria (sicché non si potrà dire che la regolazione è necessariamente attività di autorità amministrative) e atti di enti pubblici che rientrano nella dinamica tradizionale *command-and-control* possono essere annoverati, in alcuni casi, nel perimetro dell'attività di regolazione. Sicché dire che sia semplicemente altro da queste due attività non è sufficiente.

Il quadro è complicato dalla proliferazione dell'uso di anglicismi; è più che noto come in quella tradizione (5) con regolazione si intenda alludere

VI, 14 aprile 2020, n. 2414). Al contrario, in merito alle sanzioni, almeno dopo la sentenza Menarini della CEDU, è indiscussa la pienezza del sindacato.

4 L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., 59 e A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino, Giappicchelli, 1998.

5 Per un esame introduttivo delle questioni, G. FROMM, *Studies in Public Regulation*, Cambridge, Mass., The MIT Press, 1981 e R. BALDWIN, M. CAVE, M. LODGE, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice* ^{11^{ed}}, Oxford, Oxford University Press, 2011 (ove si legge un'introduzione generale dei problemi visti da diverse prospettive disciplinari – diritto, economia, scienza dlel a politica, sociologia, amministrazione –, con utili aggiornamenti sul dibattito quanto alle strategie normative, alle tecniche di normazione ed applicazione delle disposizioni, alla distribuzione tra i diversi livelli di governo, l'autoregolamentazione, la regolamentazione del rischio, l'applicazione ai servizi pubblici ed ai prezzi).

Il dibattito Nord Americano negli ultimi anni è stato molto vivace, sia nella prospettiva delle transizioni in atto – per le quali A. B. D. NOLL, L. R. REVESZ, *Regulation in Transition*, in *Minnesota Law Review*, 104 (2019), 64–65 –, sia in relazione al ruolo del *Office of Information and Regulatory Affairs* – in ordine al quale si deve esaminare la discussione tra L. HEINZERLING, *Inside EPA: A Former Insider's Reflections on the Relationship Between the Obama EPA and the Obama White House*, in *Pace Environmental Law*, 31 (2014), 325 (per la quale l'amministrazione Obama ha esteso il controllo della Casa Bianca sulle norme sviluppate dall'Agenzia per la protezione dell'ambiente alla luce dell'analisi costi-benefici, sicché l'OIRA, nella revisione delle norme dell'agenzia, si discosterebbe notevolmente dalle norme che regolano il processo di revisione, decidendo caso per caso e senza termini precisi, esprimendosi in modo sostanzialmente arbitrario) e C. R. SUNSTEIN, *Commentary, The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and Realities*, in *Harvard Law Review*, 126 (2013) 1838, inteso ad una serrata difesa della regolazione nel modo interpretato da OIRA –, sia con riguardo all'estendersi dei poteri presidenziali sulle agenzie – per i quali resta fondamentale E. KAGAN, *Presidential Administration*, in *Harvard Law Review*, 114 (2001), 2245 ed in merito ai quali, con specifica attenzione all'amministrazione Trump, non si può non rinviare alla profonda analisi di J. FREEMAN, S. JACOBS, *Structural Deregulation*, in *Harvard Law Review*, 135 (2021), 587, che, partendo dalla critica allo stato amministrativo che individua le agenzie di regolazione come colossi onnipotenti, investiti di ampi poteri delegati ed in gran parte irresponsabili, aggiungono che, in realtà, queste stesse sono vulnerabili da parte di esecutivi sempre più potenti, sicché si assisterebbe ad una “deregolamentazione strutturale”, che può intervenire con semplici misure

all'esistenza di regole esplicite che governano i comportamenti e che siano suscettibili di *enforcement* da parte di istituzioni o agenzie. Proprio questo concetto, elastico, che mira a colpire un insieme eterogeneo di regole (indipendentemente dal loro rango nella teoria delle fonti), di interessi e di soggetti (non solo pubblici, tanto per cominciare), spiegherebbe cosa ormai anche noi si intenda per regolazione, salvo, poi, trovarsi nella difficoltà di non saperne fornire una definizione giuridica nel nostro sistema di diritto, né tracciare un regime specifico.

di contrazione del personale e delle risorse, impegnarle con competenze defatiganti, accompagnarsi ad una deregolamentazione "sostanziale", che attrae all'esecutivo competenze. Tuttavia, secondo le autrici, il diritto pubblico è impreparato ad affrontarla, messo in difficoltà dall'azione discrezionale dell'esecutivo (nella specie del Presidente).

Si tratta di una riflessione molto importante ai nostri fini.

Per quanto si tratti di accadimenti che riguardano un sistema diverso dal nostro, sicché non sono immediatamente trasferibili, vi leggo una simmetria rispetto a quanto intendo sostenere nel testo, vale a dire che l'esecutivo mostra la tendenza a regolare gli stessi oggetti (o simili) delle amministrazioni indipendenti (per il concetto, S. FREGO, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, Giappichelli, 1999; M. SANINO, *L'approdo dell'esperienza delle autorità indipendenti a oltre vent'anni dalla loro istituzione*, Padova, Cedam, 2015; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2007; M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Roma-Bari, Laterza, 2007; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009; G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi: per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, Il Mulino, 2009; M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati: le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino 2010; F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010) attraverso decisioni a legalità attenuata, sottraendo alla regolazione delle autorità indipendenti oggetti, spazi, natura degli atti. In questa prospettiva è utile anche la lettura di E. MAGILL, A. VERMEULE, *Allocating Power Within Agencies*, in *Yale Law Journal*, 120 (2011) 1032.

È utile anche il rinvio a E. L. GLAESER, A. SHLEIFER, *The Rise of the Regulatory State*, in *Journal of Economic Literature* 41 (2003), 401 e al noto volume di W. K. VISCUSI, *Regulation through Litigation*, Brookings Institution Press, 2002, che pone in luce il rilievo regolatorio di pronunce giurisdizionali significative in materia di tabacco, vernice al piombo, armi da fuoco, protesi mammarie, che hanno innescato ulteriore regolazione, sicché il contenzioso assolve alla funzione di leva finanziaria per costringere le aziende ad accettare regolazioni negoziate che si accompagnano a minore spesa pubblica ed inferiore responsabilità governativa, con uno spostamento verso il polo giurisdizionale della regolamentazione; non si può che osservare da questa prospettiva un'ulteriore articolazione della regolazione – vale a dire quella che avviene in concreto attraverso il contenzioso o come suo risultato.

Si deve aggiungere che il dibattito è particolarmente ricco quanto alla regolazione del sistema finanziario. Non essendo questo il profilo di interesse di queste pagine, basterà rinviare, anche per i necessari riferimenti in letteratura, a J. MACEY, M. O'HARA, *From Markets to Venues: Securities Regulation in an Evolving World*, in *Stanford Law Review*, 58 (2005), 563 – che mettono in luce i cambiamenti della regolazione a fronte dei mutamenti tecnologici uniti alla drastica riduzione dei costi di elaborazione delle informazioni (da *trader robot* o fornitori di ordini elettronici, sistemi di negoziazione alternativi (ATS), o reti di comunicazione che organizzano le negoziazioni di titoli quotati in borsa in sedi diverse da una borsa valori, sicché lo stesso *trading* è una merce – e S. T. OMAROVA, G. S. STEELE, *Banking and Antitrust*, in *Yale Law Journal*, 133 (2023-2024), 1039 – che lamentano la separazione concettuale tra disciplina normativa delle banche e di limitazione dei monopoli, sicché la prima è concentrata sulla garanzia della sicurezza e solidità delle banche, coordinandosi solo in minima parte alla legge

Poiché questi usi ormai sono propri anche del legislatore, lo sforzo dogmatico di ridurre ad unità concetto e regime è reso ancora più arduo – e difficilmente coronato da successo.

Sembra naturale, quindi, chiedersi per quale ragione il legislatore, la giurisprudenza e gli interpreti ricorrano così ampiamente all'utilizzazione di un termine dal contenuto e regime indefinito. Proprio da questo punto di vista sembra possibile osservare con maggiore costrutto e risultato il fenomeno in questione.

Il punto di osservazione è quello della sua affermazione nel nostro sistema e della sua evoluzione in questo contesto. In altri termini, pur non essendo affatto chiaro di cosa si stia parlando, qualche elemento utile sembra possa provenire dal perché se ne stia parlando, vale a dire dall'osservazione delle ragioni storiche dell'introduzione e, poi, diffusione del termine nelle fonti e tra gli interpreti.

È chiaro, infatti, che la funzione di regolazione appartiene all'intervento dei poteri pubblici nel processo economico e che il suo uso (distinto dal legiferare – ex art. 41 Cost., co II e III – e dal provvedere attraverso potere amministrativo vero e proprio, per intenderci) intende alludere ad una serie di misure rese necessarie dall'affermarsi delle regole dell'Unione in materia di privatizzazioni⁽⁶⁾, liberalizzazioni e protezione della concorrenza, sicché si è determinata una funzione caratterizzata dall'elevata tecnicità delle regole (non di rado dettate da autorità indipendenti istituite *ad hoc*) e dal ridotto rispetto del principio di legalità⁽⁷⁾.

Sono le esigenze del processo economico che hanno richiesto l'affermazione di alcunché di differente dall'esistente. E dall'esistente in quanto coerente con il quadro costituzionale – tant'è che proprio quel sistema s'è ritenuto, dalla maggioranza degli interpreti⁽⁸⁾, con tesi dalle quali ho già avuto occasione di

antitrust incentrata sulla concorrenza, sicché gli autori impegnano la loro ricerca nella dimostrazione dell'esistenza di vincoli strutturali alla capacità delle banche profittare di condizioni di tipo monopolistico o di abusare di sussidi pubblici e di altri vantaggi concessi dal governo. Per altri profili regolatori rilevanti, S. E. S. KIM, *Bounds in Bank Regulation*, in *Yale Law Journal*, 125ff(2015) 185.

6 Resta fondamentale G. C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione. Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2006.

7 Per tutti, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001

8 Per tutti, S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Bari – Roma, 1995.

dissentire⁽⁹⁾, superato dalle regole dell'Unione Europea.

Le ragioni dell'ingresso della regolazione nel sistema dei concetti del diritto pubblico italiano e della sua rapida espansione sembrano il vero elemento di contenuto sul quale ci si può interrogare. E quest'interrogazione delle fonti e delle ragioni conduce anche, fatalmente, alla domanda circa il possibile declino della regolazione, proprio per ragione della sua ipertrofia e conseguente insignificanza.

In altri termini, la funzione di regolazione può essere – con estrema imprecisione – essere identificata in quella categoria di regole che, pur non essendo necessariamente dettate dal legislatore o costituite da regolamenti amministrativi, pur esprimendosi in una molteplicità di regimi e forza giuridica (costituita da leggi, *soft law* o *regulation*, consigli, *best practice*, regolamenti in senso tecnico, atti di programmazione o decisioni amministrative puntuali), pur provenendo da una molteplicità di soggetti (anche – almeno formalmente – privati)⁽¹⁰⁾, disciplinano il processo economico con ridotto rilievo della legalità sostanziale, che si ritiene compensato dalla partecipazione procedurale⁽¹¹⁾ e necessitato dalla complessità tecnica (ordinariamente di tipo economico).

Questo genere di attività e regole, sarebbe il frutto dell'adattarsi della disciplina pubblicistica, innescata dal bisogno di garantire interessi e beni la cui soddisfazione non è conseguibile solo attraverso l'autonomia privata, alla complessità del processo economico. Come tale, quindi, non sarebbe immediatamente riconducibile al sistema di cui all'art. 41 Cost., co II e III, per quanto sia caratterizzato da riserva di legge solo relativa.

2. La regolazione in senso stretto

È a tutti noto come il concetto sia stato introdotto con l'istituzione delle autorità indipendenti di regolazione, conseguenza della privatizzazione di imprese pubbliche⁽¹²⁾ cui era sostanzialmente riservato il monopolio di interi set-

9 L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001

10 Sul punto, L. TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, Intervento al convegno *Sistema dei controlli e diritto dell'impresa. Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi* – Roma, 22 marzo 2011 – Università di Roma Tre – Facoltà di Giurisprudenza.

11 Per queste soluzioni, J. BLACK, *Proceduralizing Regulation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 20, 4, 597.

12 Resta da esaminare L. AMMANNATI, *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Milano, Giuffrè, 1995 – di recente, in prospettiva critica, F. DI CIOMMO, *I nuovi "Signori del*

tori di attività economica – corrispondenti a pubblici servizi – ed, in molti casi, della successiva liberalizzazione dell'attività.

Lo Stato, da soggetto che provvedeva direttamente l'attività, diviene – appunto – regolatore di quella posta in essere (in esito alle privatizzazioni) da società di capitali che, tuttavia, vedevano ancora una significativa presenza pubblica. Dal che, l'esigenza dell'indipendenza del soggetto regolatore.

L'attività, poi, era destinata a svolgersi spesso in un mercato caratterizzato da infrastrutture⁽¹³⁾ non duplicabili (la rete ferroviaria, di distribuzione elettrica o di gas, etc.) che richiedevano una regolazione proconcorrenziale che garantisse forme di neutralizzazione dell'infrastruttura o dei diritti di monopolio (attraverso la celebrazione di gare o con il *third party access*, che richiede – appunto – l'apprestamento di sistemi di regolazione indipendente); oppure, si trattava di mercati (come quello delle telecomunicazioni) che vedevano la presenza di più operatori ma la permanenza di presenza pubblica diretta (come nel caso televisivo – ove si registra, inoltre, il problema della scarsità della risorsa frequenziale, pubblica, da intendersi come infrastruttura non duplicabile) ovvero dalla permanenza di segmenti necessariamente in monopolio (come per alcuni tratti di quello telefonico).

La creazione di autorità indipendenti di regolazione era, quindi, richiesta perché il regolatore fosse neutro rispetto agli interessi diretti dello Stato o degli enti pubblici.

Tuttavia, simili autorità sono sottratte alla legittimazione democratica delle istituzioni pubbliche vere e proprie; e sono incaricate (dalla legge) di perseguire un interesse solo latamente pubblico e più direttamente orientato al buon funzionamento del mercato.

Poiché i loro poteri incidono direttamente su diritti fondamentali (come sono quelli relativi alle prestazioni di servizio pubblico) e, tuttavia, trovano un riferimento molto lasco nella legge, sono solo parzialmente coerenti con la legalità sostanziale (non compensata da quella procedurale)⁽¹⁴⁾, si esprimono non

diritto". Ovvero di come la privatizzazione del diritto e l'avvento del capitalismo tecnocratico stanno riducendo all'irrelevanza legislatori e giudici, in Foro italiano, 2021, V, 58.

¹³ Nella vastissima letteratura sul punto, basti il rinvio a S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi "a rete"*, Milano, Giuffrè, 2007

¹⁴ Ma, sul punto, si veda anche G. MANFREDI, *Legalità procedurale*, in *Diritto amministrativo*, 2021, 749.

di rado in ragione di poteri che la legge non ha assegnato loro (i poteri impliciti) ⁽¹⁵⁾, è chiaro che si pone un problema di legittimità quasi senza legalità, in relazione ad atti di comando che sono in grado di incidere su diritti fondamentali.

Questo modello, certamente nuovo rispetto alla tradizione, negli ultimi decenni si è perfezionato, è stato fatto oggetto di sistemazioni teoriche e dogmatiche preziose e si è moltiplicato (dandosi vita a numerose autorità indipendenti di regolazione).

In questo perimetro, sufficientemente studiato e definito, si potrebbe parlare di regolazione in senso stretto. Rispetto a questo concetto di regolazione (che qui intendiamo in senso stretto), è possibile dire qualcosa di definito e, come s'è accennato, si dispone di studi seri che hanno condotto lo sforzo di chiarimento in ordine alla natura dei soggetti, ai loro procedimenti e poteri.

Resta, rispetto ad essi, il problema dell'incerta collocazione costituzionale. Se questo tema è stato colto quanto alla natura degli enti di regolazione – soprattutto lungo la linea della loro natura di autorità amministrativa indipendente dal legislatore ed, in grande parte, dalla legge – solo minore attenzione è stata dedicata ai poteri. Infatti, non si può non cogliere la criticità di autorità amministrative in grado di esplicitare ed esercitare poteri che la legge non ha assegnato loro, con un problema non solo quanto alla tipicità ma propriamente alla nominatività delle potestà di comando.

La risposta a questa carenza estrema sul versante della legalità sostanziale è apparsa essere quella dell'espansione delle garanzie procedurali, sicché attraverso la consultazione degli operatori si conseguirebbero legittimazione e legittimità – il che è in parte dubitabile se si pensa al fatto che questi poteri impliciti determinano effetti anche su diritti fondamentali dei fruitori dei servizi, che non sono operatori del mercato e che non necessariamente prendono parte alla consultazione.

Quale che sia il giudizio su codeste autorità ed i loro poteri, è un fatto che quelle regole mostrino una proliferazione ben oltre il perimetro originario.

15 Ovvio il rinvio a N. BASSI, *op. ult. cit., passim*. Più recentemente, anche per i rinvii alla letteratura, A. MARRA, *I poteri impliciti*, in *Diritto amministrativo*, 2023, 697; A. GEMMI, *Il principio di legalità tra "authorities" e "golden power": quale spazio per i poteri impliciti*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2021, 365; P. PANTALONE, *Regolazione indipendente e anomalie sostenibili al cospetto delle matrici della legalità*, in questa *Rivista*, VI (2020), 421.

Anzitutto, quanto ai soggetti, sicché agenzie pubbliche che non mostrano alcun tratto di indipendenza – come l'ANAC, per esempio – sono state intestate di poteri di regolazione sul modello di quelle indipendenti; allo stesso modo, processi di consultazione come fonte di successivi poteri si sono sviluppati in ogni dove (basti pensare alla determinazione delle tariffe aeroportuali in ragione della consultazione tra vettori aerei e gestori aeroportuali, vale a dire solo parti puramente private). Ne consegue, che moduli della regolazione in senso stretto si sono diffusi ben oltre il loro confine, rendendo difficile parlarne senza tenere conto delle sue proliferazioni.

Inoltre, quanto alla dinamica degli interessi, i modelli di regolazione nell'interesse ("oggettivo") del buon funzionamento del settore e non direttamente dell'interesse pubblico sono ormai propri di attività strettamente di diritto amministrativo che nulla hanno a che fare con la disciplina dettata da regolatori tecnici indipendenti – basterebbe il riferimento alle disposizioni in materia di appalti pubblici dirette a garantire l'imparzialità del committente pubblico, il buon ordine del mercato, la massimizzazione della partecipazione alla selezione e regolare una quantità di altri interessi oggetto di regolazione ⁽¹⁶⁾.

Il quadro è ulteriormente articolato per ragione del fatto che tra le stesse autorità indipendenti è più che dubbio che esse siano necessariamente enti di regolazione del mercato. Autorevole insegnamento – che qui si condivide – ha chiarito ⁽¹⁷⁾ come di attività di regolazione si può parlare solo con riguardo a quelle attività che si esercitano per ovviare al mancato o scorretto funzionamento del mercato; sicché nel caso di assenza del mercato si avrà regolazione affinché, pur in assenza del mercato, se ne raggiungano gli scopi (che il mercato, se vi fosse, sarebbe in grado di garantire). Ciò presuppone l'assenza del mercato. Laddove, invece, il mercato sussista, si avrà l'esercizio dei poteri dell'Antitrust,

¹⁶ Sia consentito il rinvio, tra gli altri, a L. R. PERFETTI, *Oltre il teorema della scimmia instancabile. Ipotesi per una dogmatica dell'interesse pubblico nell'attività di diritto privato dell'amministrazione pubblica partendo dai contributi di Vincenzo Cerulli Irelli*, in *L'amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli*, Giappichelli, Torino, 2021, Tomo II, 888 e, più di recente, ID., *Discrezionalità amministrativa e principio del risultato*, in questa *Rivista*, vol. XIV (2024), 69.

¹⁷ S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesauro, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000, 12.

per lo più *ex post*, perché siano corretti i suoi malfunzionamenti ⁽¹⁸⁾. Al contrario, v'è chi ha ritenuto che di regolazione si possa parlare anche con riferimento alla disciplina antitrust, perché si tratta di «*un'attività normativa volta a creare un 'ambiente' economico sociale che 'imiti' quello di mercato, tale da poter essere definito appunto 'mercato regolato', non sia poi molto dissimile dal mercato, per così dire 'a competizione sotto tutela'*» ⁽¹⁹⁾. Anzi, acuta dottrina (dalla quale si dissente in più punti in questa sede), che ha profondamente studiato il tema, nella prospettiva della costruzione di un concetto organizzativo di mercato che regge una ricostruzione istituzionista della regolazione, ha concluso che il *proprium* della regolazione sia proprio l'attività antitrust (affermando «*che la regolazione sia termine utilizzabile con riferimento prioritario, se non addirittura esclusivo, alla disciplina antitrust*» ⁽²⁰⁾ sicché «*proprio la circostanza che il mercato si palesa, pur in assenza di una normativa volta a tutelarne una particolare conformazione (quella concorrenziale), come un insieme di relazioni organizzate e dunque regolate dovrebbe indurre a verificare con maggiore attenzione se proprio la disciplina antitrust non sia tale da far ritenere semanticamente appropriato l'utilizzo del concetto di regolazione rispetto alla medesima, così da aprire la strada ad una sua autonoma ricostruzione nell'ambito della sistematica giuridica.*» ⁽²¹⁾).

E ancora. Quanto alla dinamica dei poteri ed alla loro giustificazione nell'elevata tecnicità del settore, basterebbe pensare alla Banca d'Italia ⁽²²⁾, che regola il mercato bancario esercitando poteri propriamente amministrativi da decenni, vale a dire da un'epoca nella quale l'idea dell'autorità indipendente di regolazione non era neppure lontanamente pensabile. Regolazione, questa, che interviene da parte di un soggetto che non può esser considerato indipendente in senso proprio e che, tuttavia, dispone di poteri regolatori molto penetranti e che si esprimono anche in forme sottilissime, come la *moral suasion* tipica della

18 Nello stesso senso, N. RANGONE, *Regolazione*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, Giuffrè, 2006, 5057.

19 C. P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione "indipendente" del mercato*, Bari, Cacucci, 2005. Nello stesso senso anche L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, Giappicelli, 2002 e M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1998.

20 A. Zito, *op. ult. cit.*, 812 (cui segue ampia argomentazione).

21 A. Zito, *op. ult. cit.*, 808.

22 Per tutti, L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam, 1992.

vigilanza prudenziale; né sembra un caso che il paradigma dell'ordinamento sezionale fatichi ad essere abbandonato ⁽²³⁾ e che spiegazioni istituzioniste della regolazione siano state proposte anche di recente dalla miglior dottrina sull'argomento ⁽²⁴⁾.

Il riferimento alla Banca d'Italia è ulteriormente rilevante perché consente, sul versante della teoria dei provvedimenti ed atti, di porre subito in evidenza la questione di atti che non sono decisioni e che, invece, esprimono orientamenti, suggerimenti, evidenziano *best practices*, regolamentano in modo ottativo e mite, con un ventaglio di opzioni ben sperimentato da decenni da parte della Banca centrale e poi proliferato nella varia *soft law* e *soft regulation* ⁽²⁵⁾ cui ricorrono ampiamente soggetti della regolazione – siano essi autorità indipendenti e semplici enti pubblici.

In altri termini, non si fatica a cogliere che, se per un lato la regolazione in senso stretto mostri elementi riconoscibili e definiti, i suoi caratteri sono trabordati – sul versante delle teorie dei procedimenti, degli atti, dei soggetti e delle fonti – ben oltre il perimetro di appartenenza.

L'attività di regolazione in senso stretto, quindi, mostra per un verso tratti sufficientemente definiti – tralasciando se essi siano soddisfacenti rispetto al quadro delle norme costituzionali rilevanti – e, per l'altro, resi evanescenti dalla loro utilizzazione al di fuori del perimetro che la caratterizza.

Se il dato rilevante è quello della sua affermazione ed espansione in un dato momento storico per ragioni ordinamentali riconoscibili – la creazione del mercato unico ed il superamento dell'intervento diretto dello Stato nel processo economico – è difficile negare che codesto allargarsi si sia ulteriormente diffuso,

²³ Per la discussione di questi problemi, solo per brevità e con rinvio alla letteratura *ivi* citata, sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *Art. 107 – Autorizzazione*, in F. Capriglione (a cura di), *Commentario al Testo Unico bancario* ^{IV ed.}, Padova, Cedam, 2018, 1582.

²⁴ A. ZITO, *op. ult. cit.*

²⁵ Per la letteratura italiana, M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Fonti, contenuti, limiti e tutele*, Torino, Giappichelli, 2018; prima ancora, E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, Cedam, 2008. Per la – condivisibile – critica del concetto, R. BIN, *Soft law, no law*, in A. Somma (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009, 31. Più recentemente, P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici di legalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, da 9 ed il sempre necessario, G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Diritto amministrativo*, 2016, 278 – nonché il breve editoriale successivo, ID., *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2016, fas. 2, 1.

rendendo difficile delineare i caratteri della regolazione in senso stretto, giacché valgono ben al di là del confine dell'attività delle autorità indipendenti ad elevata tecnicità e settorialità.

Inoltre, la complessiva trasformazione della funzione – legislativa ed amministrativa – di disciplina e gestione del processo economico, ha determinato l'evoluzione di varie normative di settore, sicché gli scopi propri delle autorità di regolazione si intrecciano oggi con quelli di agenzie governative ed enti pubblici (basterebbe pensare a quello tra ENAC, ENAV, AGCM ed ART, soggetti di natura diversa tra loro, rispetto ai servizi aeroportuali ovvero, in materia di servizi autostradali, tra Ministero concedente, AGCM ed ART,) e le tecniche giuridiche consentono di conseguire i medesimi risultati attraverso la regolazione e con strumenti di puro diritto amministrativo (basterà pensare alla regolazione per il *third party access* relativamente ad infrastrutture non duplicabili e l'effetto analogo raggiunto attraverso l'obbligo – legale – della separazione dei segmenti della filiera e delle imprese verticalmente integrate e l'assegnazione con gara delle porzioni di attività caratterizzate da infrastrutture non duplicabili).

In altri termini, le stesse esigenze – che derivano alle norme europee e dalle trasformazioni tecnologiche ⁽²⁶⁾ ed economiche ⁽²⁷⁾ – che hanno innescato la regolazione in senso stretto, hanno anche prodotto discipline, competenze, soggetti e dispositivi giuridici estranei alla regolazione in senso stretto e che, tuttavia, sono diretti a conseguire gli stessi obiettivi (con effetto evidente in ordine alla dinamica degli interessi – in termini di efficacia sostanziale degli atti – e dei soggetti).

26 L. LI, *A Reconceptation of Power in Competition Law with Its Application in the Digital Realm*, in *Journal of Competition Law & Economics*, 2025, esprime la preoccupazione che nel diritto della concorrenza, il concetto di potere rimane inadeguatamente compreso, rendendosi evidenti i limiti di questa comprensione nel campo dell'economia digitale; si pone quindi il problema di disporre di una base teorica più adeguata che integri le teorie tradizionali del potere pubblico. Attingendo alla filosofia giuridica e alle prove empiriche globali, l'autrice propone una riconcettualizzazione del potere come quadro teorico generale che distingue tra potere come capacità e potere come esercizio, distinguendo i diversi tipi di potere, economico, politico – con le sue esigenze democratiche –, informativo, di tutela dei dati personali, tecnologico, come insieme dei poteri nei mercati. Anche in questa prospettiva, pur nell'interesse della proposta, emerge la disomogeneità dei fattori rilevanti, con le conseguenti incertezze.

27 I. HADJIYIANNI, *The European Union as a Global Regulatory Power*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 41, 1, 2021, 243, che mette in luce l'incremento dell'interdipendenza normativa globale, con l'influenza dalle scelte di giurisdizioni anche significativamente distanti; in questo senso, il lavoro mette in luce l'influenza dell'Unione sulle pratiche commerciali e le scelte politiche straniere, e identifica teoricamente i prerequisiti per l'emergere di questo fenomeno.

Infine, con rilievo sulla dinamica degli interessi, non è senza importanza che, pur mantenendosi entro la regolazione in senso stretto, appaia disomogenea la struttura delle tutele giurisdizionali, se non altro per ragione della plateale differenza tra i limiti del sindacato del giudice amministrativo tra atti delle autorità indipendenti e di enti amministrativi cui tale caratteristica difetta ed, ancora, entro le prime, tra atti dell'AGCM ⁽²⁸⁾ e di altre autorità.

In sintesi, quindi, se anche si dispone di teorie soddisfacenti di fonti, soggetti, procedimenti e atti quanto alla regolazione in senso stretto, il beneficio definitorio che ne deriva è piuttosto limitato sia perché altre attività rientrano nella funzione di regolazione, sia perché al suo interno si mostrano incertezze ed ibridazioni significative.

3. Regolazione in senso ampio e disciplina dell'economia

Quel che è piuttosto evidente è che l'affermazione e successiva espansione della regolazione da parte di autorità indipendenti a forte contenuto tecnico ⁽²⁹⁾ si è dapprima ampliata (con il moltiplicarsi di codeste autorità di settore) e, successivamente, moltiplicata attraverso – per un lato – la creazione di soggetti differenti da queste che esercitano simili poteri regolatori e – per l'altro – la previsione di dispositivi giuridici diretti a conseguire gli stessi obiettivi ma non assegnati ad autorità di regolazione nonché – infine – intestando di poteri qualificati come regolatori enti pubblici tradizionali (o, anche, loro espressioni associative – come gli àmbiti ottimali).

Complessivamente, ad essersi articolata fino a polverizzarsi è l'area dei poteri di intervento pubblico nel processo economico. Nel perimetro di quest'esplosione – difficilmente compatibile con l'art. 41 Cost. – si registrano una pletora di soggetti ordinari e straordinari (come le gestioni commissariali), con un amplissimo ventaglio di poteri sia quanto alla loro fonte normativa che all'efficacia giuridica ed alla meccanica del dispositivo giuridico.

28 Per le necessarie indicazioni, anche circa letteratura e giurisprudenza, D. VESE, *Sul sindacato del giudice amministrativo sulle decisioni dell'AGCM. Pienezza della giurisdizione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Civil Procedure Review*, 2020, 69.

29 Per alcune rilevanti osservazioni, A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, soprattutto in relazione alle norme tecniche di provenienza dell'Unione ovvero di organismi privati di certificazione (e, per alcuni profili, regolazione dell'accesso al mercato) e (si allude alla terza parte del libro) alla regolazione a carattere tecnico-scientifico.

È agevole cogliere l'esistenza di un pulviscolo di fonti, atti e soggetti che – nei modi più diversi – regolano il processo economico per fini pubblici.

Quel che caratterizza questa congerie di sistemi e poteri è il suo ridotto rispetto della legalità sostanziale. Ciò deriva primariamente dalla volontà di regolare in modo rapido, flessibile, adattivo rispetto alla continua trasformazione del sistema economico.

Per altro verso, però, è piuttosto chiaro che una serie di funzioni economiche – come la disciplina dei servizi pubblici locali – sono state collocate alla confluenza tra la protezione della concorrenza – che può esser conseguita con strumenti non necessariamente regolatori – ed un generico pubblico interesse che non può che coincidere con i bisogni della comunità che fruisce i servizi, ma che è stata trattenuta in una dimensione più ambiguamente politica, segnando qualche difficoltà. Ne sono nate discipline ibride, caratterizzate da poteri di autorità di regolazione vere e proprie (basterebbe pensare alla Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente), forme di cooperazione tra enti pubblici o singoli comuni, disposizioni dell'Unione Europea, intromissione di agenzie governative (com'è per Anac).

Da altro punto di vista ancora, si è espansa – sempre con una qualche difficoltà a ritenerla compatibile con il sistema delle disposizioni costituzionali rilevanti, primo tra tutti l'art. 41 Cost. – l'area occupata da discipline derogatorie (l'esemplificazione è tendenzialmente sterminata, dagli interventi sul sistema bancario, alla capacità di atti amministrativi di derogare a qualunque norma di legge prevista per l'attrazione di investimenti esteri o per la realizzazione di eventi – come Expo Milano – o per il salvataggio di imprese strategiche) ovvero puntuale (fatta soprattutto di leggi-provvedimento) riferite a singole operazioni economiche o settori di imprese o contingenze (basterà riferirsi alla disciplina in materia di cyber security, anch'essa drammaticamente derogatoria, o ai poteri speciali, più volte rimaneggiati, ordinariamente denominati *golden power*).

Segmenti straordinariamente vasti della disciplina e dell'intervento delle autorità pubbliche nell'economia sono ormai consegnate a poteri qualificati come regolatori, talora dalla legge e assai spesso dalla dottrina e della giurisprudenza – in disparte la questione se essi lo siano davvero (resta difficile dalla stessa opacità del concetto di regolazione). Quel che importa non è tanto se si tratti

davvero di poteri di regolazione in senso proprio, quanto – piuttosto – che queste discipline certamente intendono governare il processo economico (e il mercato) in modo difforme rispetto al sistema di poteri tracciato in Costituzione. Se mi era sembrato che sussistessero seri argomenti per ricondurre la disciplina dei servizi pubblici e delle privatizzazioni al sistema degli artt. 41 e 43 Cost. – attraverso la loro definizione attraverso la funzionalizzazione al godimento dei diritti e delle libertà nella loro dimensione della pretesa di prestazioni ⁽³⁰⁾ – è davvero difficile dire altrettanto della pletora di poteri che incidono sul processo economico posti in essere dal legislatore in questi anni.

Ora, quel che si vuole sottolineare è che la fuga dalla legalità è un tratto che non riguarda più la regolazione del processo economico in quanto tale ma che la caratterizza non appena si allarghi lo sguardo rispetto alla prospettiva limitata dell'azione delle autorità indipendenti, come pure pare doveroso se si vuole condurre un discorso dogmatico che cerchi i caratteri della regolazione a partire dal diritto positivo, giacché è il legislatore direttamente a qualificare come regolatoria la funzione svolta da soggetti diversi da codeste autorità.

Come spesso accade, almeno a mio avviso ⁽³¹⁾, con i meccanismi derogatori – vale a dire ch'essi si sperimentano in ragione di un'emergenza o un'esigenza particolare, e poi si riproducono più e più volte in quanto siano ritenuti adatti a conseguire scopi puntuali, talvolta anche solo per ragione della semplice disponibilità di dispositivi già sperimentati – allo stesso modo l'estesa panoplia di organizzazioni e poteri di natura regolatoria si è riprodotta in contesti del tutto diversi da quelli originari.

Infatti, il processo economico, oggi, è regolato attraverso soggetti, procedure e poteri che frequentemente si caratterizzano solo per ragione della loro ridotta relazione con la legalità sostanziale. Non è dubitabile che si tratti di una caratteristica tipica anche dei poteri regolatori in senso stretto.

Poiché la collocazione nella teoria delle fonti – e per conseguenza, l'efficacia formale – degli atti di regolazione è la più varia, così come la dinamica degli interessi che presidiano – e, altrettanto conseguentemente, la loro efficacia

³⁰ Se si vuole, si può confrontare L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit..

³¹ Per una più ampia argomentazione sia consentito il rinvio a L. R. PERFETTI, *L'amministrazione repubblicana*, Padova, Cedam, 2025.

sostanziale – e la loro natura materialmente normativa a amministrativa, il vero tratto della regolazione sembra essere quello della disciplina del processo economico con ridotto rispetto della legalità sostanziale (che si ritiene compensata dalla tecnicità e dalla partecipazione procedimentale). Tuttavia, un carattere chiaro del diritto neoliberale ⁽³²⁾, o – per dire diversamente – della disciplina del processo economico che si è andata diffondendo in questi anni è esattamente lo stesso e non è disagevole osservare come innanzi a tante incertezze definitorie quanto alla regolazione, l'ordinamento abbia elaborato dispositivi profondamente differenti dalla decisione dell'autorità indipendente con forte contenuto di tecnicità e disciplina di settori determinati, dispositivi che sono in grado di disciplinare il processo economico con non minore efficacia. In altri termini, se il carattere della regolazione è la ridotta coerenza con il principio di legalità sostanziale – incerto, sostanzialmente, il resto – non si può non osservare come questa caratteristica sia comune ad un insieme non piccolo di poteri di disciplina del processo economico che si sono andati affermando. Il caso dei *golden power* sembra emblematico, tant'è che rispetto a poteri tipicamente *command-and-control* dottrina e giurisprudenza (che rispolvera l'atto di alta amministrazione) li qualificano (molto discutibilmente) come strumento di regolazione. La tecnica non è quella usuale della regolazione, ma il risultato il medesimo. Ed il medesimo il carattere qualificante: la scarsissima tipizzazione della fattispecie e la latitudine della valutazione discrezionale, in grado di dare risultati diversi in casi similissimi.

In altri termini ancora, se la regolazione è la disciplina tipica di cui si sente il bisogno in un momento nel quale si affermano privatizzazioni, liberalizzazioni e centralità del superamento dei monopoli in un ambiente giuridico pro-concorrenziale, essa finisce per confondersi con l'insieme delle disposizioni che prevedono poteri ad amplissima discrezionalità, insufficiente tipizzazione della fattispecie (in contrasto con l'art. 97 Cost.) e governo del processo economico con comandi puntuali o deroghe (alterando il quadro dei programmi e control-

³² Per tutti, anche per i riferimenti alla letteratura – soprattutto anglofona – F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in R. Farina, A. Sciarrone Alibrandi, E. Tonelli (a cura di), *Regole e mercato*, Torino, Giappichelli, 2017, II, XV e, successivamente, R. Sacchi, A. Toffoletto (a cura di), *Esiste uno stile giuridico neoliberale? Atti dei seminari per Francesco Denozza*, Milano, Giuffrè, 2019, ove, comunque, F. DENOZZA, *Lo stile giuridico neoliberale*, 1.

li previsto dall'art. 41 Cost.) che si sono affermate in tempi recenti, formando un plesso normativo complessivamente neo-liberale.

Mentre il concetto propriamente giuridico di regolazione faticava a definirsi (dagli ultimi anni del secolo scorso), esso si è andato espandendo sia attraverso la proliferazione delle autorità indipendenti, sia per ragione dell'assunzione di modelli analoghi da parte di enti ed agenzie cui difettavano quei caratteri, sia dall'assegnazione espressa da parte del legislatore di poteri di regolazione ad enti pubblici – territoriali e non. In tempi più recenti, il legislatore ha previsto poteri di disciplina del processo economico anch'essi variegati e, tuttavia, per un lato caratterizzati dalla medesima ridotta relazione con la legalità sostanziale e, per l'altro, in grado di raggiungere gli obiettivi della regolazione attraverso dispositivi giuridici differenti o, talora, analoghi. Il risultato è quello di un pulviscolo di misure autoritative che si intersecano, sovrappongono o derogano – nonché di *bias* cognitivi che fanno sovrapporre ed ulteriormente estendere dispositivi, funzioni, scopi. A tutto ciò deve aggiungersi il fenomeno, ancora sostanzialmente non studiato da noi ⁽³³⁾, della regolazione concentrata su esigenze sociali e di eguaglianza, che pure determina effetti sia sul processo economico che sul contenuto della regolazione in quanto tale.

Il fenomeno è ancora più significativo in relazione alla costante trasformazione del sistema economico ed alla necessità, quindi, per la regolazione di modificarsi ⁽³⁴⁾ ed articolarsi continuamente.

Ancor più significativo è il fatto che, modificandosi la rotta tracciata da un decennio prima dell'introduzione della moneta unica, almeno dalla crisi

³³ Si pensa alla regolazione da parte di agenzie per i diritti civili – che hanno sperimentato nuove forme di regolazione a sostegno dell'inclusione e che da noi trovano referenti possibili sul versante ambientale, sociale, assistenziale, farmaceutico e dell'anticorruzione. Si tratta di una regolazione che, nel Nord America, si è espressa essenzialmente con modelli collaborativi e di incentivo (come avviene da noi per le agenzie regionali per il diritto allo studio); su questi temi, di recente, J. FREEMAN, S. JACOBS, *Structural Deregulation*, cit., e, soprattutto, O.C.A. JOHNSON, *Overreach and Innovation in Equality Regulation*, in *Duke Law Journal*, 66 (2017), 1771.

³⁴ Ne è un esempio la regolazione del sistema bancario e finanziario che, anche in ragione dell'impatto esercitato dalla tecnologia, si modifica costantemente – basterebbe il riferimento alla shadow banking, che genera un sistema ombra di istituzioni finanziarie che operano come banche ma non rientrano nell'ambito della regolamentazione bancaria e che sono state al centro della crisi finanziaria globale e di alcuni episodi di grave stress finanziario. La risposta degli studiosi è stata quella di estendere la regolamentazione bancaria tradizionale alle banche ombra, senza che ciò abbia prodotto alcun risultato (G. V. RAUTERBERG, J. Y. ZHANG, *Shadow Banking and Securities Law*, in *Stanford Law Review*, vol. 77 (2025), 563 che propongono la regolazione sui titoli e non sugli intermediari, analizzando in particolare il mandato e gli strumenti della SEC).

pandemica l'Unione Europea ha iniziato a dare estremo rilievo alla sicurezza degli approvvigionamenti, alla coesione territoriale ed, in generale, a regole che innescano maggior controllo pubblico del processo economico e, quindi, più significativi poteri (e sistemi di incentivo), con il risultato agevole da prevedere dell'estensione di poteri tipicamente *command-and-control*, di natura inequivocabilmente amministrativa e non agevolmente ascrivibili al perimetro della regolazione eppure caratterizzati da larghi margini di apprezzamento discrezionale.

È spontaneo, quindi, chiedersi se si sia alla fine del tumultuoso processo di emersione della funzione di regolazione e sia necessario – come s'è provato a fare in questa Sezione della Rivista – provare a darne una definizione che si accompagni ad un regime (*the end of the beginig*) ovvero all'imbocco di un ambito indistinto di discipline con oggetti e finalità analoghi, il cui elemento caratterizzante è la crisi della legalità quanto ai poteri pubblici diretti all'intervento e governo del processo economico, tale da rendere irrimediabilmente indistinta la funzione di regolazione, avviandosi verso la sua irrilevanza concettuale (*the biggining of the end*).