amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 3/2023

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudio, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Sara Pugliese, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani, Stefania Terracciano.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Autorità indipendenti e (governo della) discrezionalità

di Simone Torricelli

(Professore ordinario di Diritto amministrativo all'Università degli studi di Firenze)

Sommario

1. Precisazioni perlopiù terminologiche e qualche divagazione concettuale. – 2. Limiti ordinamentali ai poteri conferibili alle Autorità indipendenti. – 3. La natura dei poteri attribuiti alle Autorità indipendenti. 4. L'esigenza dell'assorbimento in sede politica della discrezionalità.

Abstract

The paper analyzes, in both theoretical and concrete terms, the powers delecated on in-dependent Authorities in order to ascertain whether they include elements profiles of political discretion. After ruling out the possibility that the constitutional position of the Independent Authorities allows them to exercise discretionary powers, it outlines the role that, in the decision-making process, political bodies must assume, according to the limits imposed by European law to guarantee the functional independence of the Authorities.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Precisazioni perlopiù terminologiche e qualche divagazione concettuale.

Il tema della discrezionalità presenta una serie di complicazioni anche legate ad un uso non sempre condiviso delle nozioni e dei termini che le rappresentano.

Nel quadro di un *decalage* che, partendo dalla politica (quindi dalle scelte genetiche che danno il via al processo decisionale) arriva all'attuazione (dunque alle scelte esecutive che realizzano l'interesse fattosi in concreto fine dell'azione) e tenuto conto del possibile mescolarsi, in ciascuna scelta, di elementi di solo giudizio valoriale o invece legati all'applicazione di regole scientifiche, si fa ricorso ad una molteplicità di espressioni, che talora si sovrappongono e che non è sempre chiaro come si connettano: discrezionalità politica, discrezionalità politico-amministrativa, discrezionalità tecnica, valutazioni tecniche, per arrivare alla negazione della discrezionalità, descritta con la dizione usuale di attività vincolata.

Anche il tema del rapporto tra discrezionalità e Autorità indipendenti risente di questa magmaticità terminologica e concettuale, ma in un quadro più definito. Le Autorità indipendenti sono infatti chiamate ad occuparsi di questioni comunque e sempre tecniche e sono i confini della tecnica che delimitano il tema. La domanda da porsi, ridotta all'essenza, è se le questioni tecniche che sono deferite alla loro sfera decisionale debbano essere affrontate compiendo delle valutazioni solo tecniche, quand'anche opinabili, o se invece siano o possano essere da affrontare esercitando contestualmente forme più o meno ampie di discrezionalità amministrativa e sciogliendo attraverso la politica l'incertezza che la tecnica abbia lasciato.

La domanda non può trovare risposta nella formulazione delle norme attributive di potere, che, salvo eccezioni, aprono uno spazio che in astratto potrebbe essere coperto tanto nell'un modo quanto nell'altro[1]. Di qui la necessità di riflettere in termini più di fondo sulla posizione costituzionale delle Autorità, domanda primigenia la cui risoluzione pone la premessa anche per una corretta ricostruzione delle singole funzioni, peraltro da impostare sulle coordinate derivanti da tre precisazioni terminologiche.

La prima precisazione ha a che fare con il termine riassuntivo "tecnica", con il quale si intende far riferimento ad un certo tipo di tecnica, o meglio a quella "tecnica" che non ha natura politica o giuridica. È anche per senso civico che si può ricordare, ricordando al contempo Giovanni Miele[2], che anche la discrezionalità per così dire politico-amministrativa richiede l'applicazione della tecnica del buon

[1] Una delle criticità rilevate nella costruzione in concreto del modello delle Autorità indipendenti attiene per l'appunto alla ampiezza dei poteri loro riconosciuti, e a quello che è stato acutamente definito un rapporto "elastico, quasi disinvolto, tra poteri delle Autorita` di regolazione e norme attributive dei poteri stessi": così M. Ramajoli, *Attivita` regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, in *Riv. reg. mercati*, 2022, 28.

[2] "L'attività discrezionale può dirsi un'attività tecnica – osservava Miele- perché traduce in pratica certe regole o direttive attinenti all'arte di bene amministrare, quando vi sono, o rappresenta il frutto della propria o altrui esperienza professionale nel campo amministrativo": così G. Miele, *Principî di diritto amministrativo*, Padova, II ed, 1953, 28.

ISSN 2036-7821

amministratore, come anche che l'applicazione di regole giuridiche è di per sé espressione di un talora negletto sapere tecnico. Ci si potrebbe chiedere perché le questioni tecniche di altro genere rispetto a quelle siano oggetto di una diversa concettualizzazione. La questione della applicazione della tecnica della politica può essere facilmente accantonata. Da un organo politico ci si può attendere una corretta traduzione del consenso ricevuto in indirizzi coerenti, in una prospettiva non solo di breve termine, secondo vincoli con i quali l'ordinamento (la Costituzione, la legge, gli altri atti legislativi, il diritto sovranazionale) contempera gli interessi dei più con quelli degli altri (e del sistema). Così, nel contesto definito dal diritto, l'esercizio del potere politico ricade nel merito insindacabile per una deficienza di legittimazione del giudice rispetto alla ponderazione tra interessi ed è, effettivamente, una questione a sé. La questione della applicazione della tecnica del diritto è di regola impostata partendo da un usuale *apriori*: l'applicazione di regole giuridiche dà origine a problemi ritenuti solo interpretativi (di quella regola), con due conseguenze. La prima è che l'attività in cui essa si sostanzia non può essere nemmeno in ipotesi considerata esercizio di un potere amministrativo; la seconda è che l'opzione interpretativa assunta è totalmente sindacabile dal giudice, che sostituisce con la propria interpretazione l'interpretazione che del quadro giuridico ha dato l'amministrazione. Nel diritto, e non al suo di fuori, l'incertezza può essere risolta con l'interpretazione[3].

[3] Non è questa la sede per chiedersi se davvero sia così o in che misura lo sia, tanto più in un contesto nel quale si sta dissolvendo la capacità nomofilattica delle giurisdizioni superiori, che generano decisioni sempre più spesso contraddittorie e talora tanto permeabili a valori di sistema da non risultare affatto opzioni neutre. Ci si può invece limitare ad osservare che quello che il diritto chiama interpretazione è al fondo la ricerca, attraverso una meta-regola, di elementi ulteriori a quelli che si traggono in via immediata dal testo della regola giuridica per coprire lo spazio che essa lascia incerto. In questi termini, c'è da chiedersi se l'attività che porta alla soluzione dell'incertezza lasciata dalla tecnica non giuridica sia davvero molto diversa, domanda, questa, che si pone con ancora più evidenza considerato che si coglie *a contrario* dalla giurisprudenza che più soluzioni tecniche attendibili (quindi coerenti derivazione dalla regola tecnica) possono essere *diversamente attendibili* (è nota la decisione del Consiglio di Stato, sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990; sulla tesi per cui il sindacato sulle scelte tecniche si deve estendere sino a valutare la maggiore attendibilità delle opzioni possibile, precedentemente, G. Greco, *Illecito anticoncorrenziale, il sindacato del giudice amministrativo e i profili tecnici opinabili*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 469). Potrà non essere sempre così ma, quando questo accade, non sembra poter essere messo in discussione il fatto che l'amministrazione sia tenuta a preferire la soluzione più attendibile *ergo* la soluzione migliore e che la soluzione meno attendibile sia una soluzione sbagliata. Ragionando su un terreno meramente logico, questa possibilità di graduare le soluzioni e connotarle in termini di meglio/peggio (se non di giusto/sbagliato) ha due possibili cause. O la regola tecnica applicata offre essa stessa elementi che consentono una differenziazione in termini qualitativi o vi sono elementi esterni rispetto all'applicazione della regola tecnica che consentono comunque di identificare una opzione preferibile. Ciò che fa l'amministrazione che applica la regola tecnica non giuridica, almeno in questi casi, non sembra essere diverso da quello che fa chi applica il diritto in un contesto normativo che abbisogni di interpretazione. Da questa prospettiva, anche il rilievo dell'affermazione per cui chi applichi una regola tecnica ricostruisce il fatto e chi applichi una regola giuridica ricostruisce il diritto tende a stemperarsi. E allora, per giustificare il diverso trattamento della regola giuridica si può provare a dare una risposta diversa e più semplice, legata alla scelta ordinamentale di selezionare il giudice sulla base di una valutazione delle sue competenze giuridiche, radicando nel suo sapere giuridico la legittimazione che ne investe

ISSN 2036-7821

La seconda precisazione ha a che fare con la scelta di riferire l'espressione *discrezionalità tecnica* a forme di esercizio della tecnica a cui non sono estranee operazioni di bilanciamento di interessi. Si tratta di quei casi nei quali l'esercizio della tecnica è funzionale all'esercizio della discrezionalità da parte dello stesso organo e nello stesso segmento decisionale, sulla base di una operazione concettualmente bifasica e secondo sequenze e proporzioni che possono presentarsi in modo anche molto vario. La discrezionalità ha così una componente innovativa dell'ordinamento in relazione al fatto che determina l'interesse pubblico in concreto e le regole del caso concreto che esso fa emergere. Ricavata *a contrario* l'espressione valutazione tecnica, si finisce con l'indicare, con quella, una operazione decisionale monofase in cui l'applicazione della regola tecnica non politico-giuridica, ma sempre opinabile, esaurisce il processo decisionale; in essa la scelta tra più soluzioni tecniche possibili non dipende da una operazione politica in cui si stabilisca se e in che misura gli interessi rilevanti nella fattispecie debbano essere privilegiati o sacrificati[4].
Ciò con una ulteriore e ultima precisazione, anch'essa necessaria: come si è altrove rilevato[5], ogni scelta amministrativa incide sugli interessi in gioco e così anche le valutazioni tecniche. Il decisore tecnico, però, non è titolare della prerogativa (politica) di decidere quanto soddisfare ciascun interesse a vantaggio o detrimento di ciascuno degli altri, ma è semmai gravato dal dovere (tecnico) di decidere come si possa assicurare, a ciascun interesse, il massimo grado di soddisfazione possibile nel caso concreto, nel rispetto dei vincoli ordinamentali (a partire dalle direttive politiche che eventualmente modulino il peso dei valori coinvolti, definendone un ordine di priorita) e secondo un canone di ragionevolezza.
E' in questo quadro che deve essere impostato il tema del rapporto tra discrezionalità e autorità indipendenti, chiedendosi se, in astratto e in concreto, le Autorità indipendenti possano o debbano sciogliere l'incertezza derivante dalla applicazione di regole tecniche compiendo scelte discrezionali ed esercitando in questo modo discrezionalità tecnica o se, viceversa, il loro ruolo debba essere confinato entro i limiti delle valutazioni tecniche, nella accezione sopra precisata.

---

la funzione. Si può da ciò far derivare che il giudice può fare ciò che la sua legittimazione tecnica gli consente, e che la sua legittimazione gli consente di fare ciò che è coerente con i criteri utilizzati per la sua selezione: può dunque sindacare appieno ogni questione giuridica. Esula invece dal ruolo per il quale è legittimato la risoluzione di competenze tecniche di altro tipo, per le quali dunque si pone il problema di capire quanto può ingerirsi nelle scelte tecniche non giuridiche che l'amministrazione deve compiere. Ed è in questo senso che l'applicazione della tecnica non giuridica rimane un potere.

[4] Così, almeno rispetto alla questione terminologica, G. della Cananea, M. Dugato, B. Marchetti, A. Police, M. Ramajoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, 145 ss.

[5] S. Torricelli, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, in *Dir. amm.*, 2020, 101.

ISSN 2036-7821

2. Limiti ordinamentali ai poteri conferibili alle Autorità indipendenti.

La varietà con cui il fenomeno delle autorità indipendenti si manifesta nell'ordinamento ha indotto a osservare che una analisi unitaria risulta "impercorribile"[6]; ciò non esclude tuttavia che ci si possa chiedere, in termini assoluti[7], se un'amministrazione costruita sul modello organizzativo dell'indipendenza possa o meno legittimamente esercitare un potere discrezionale. La questione ne implica poi a cascata due ulteriori: una di rilievo costituzionale (se il legislatore possa attribuire alle Autorità indipendenti dei poteri discrezionali), una di rilievo amministrativo (se le amministrazioni indipendenti, di fronte ad un potere amministrativo attribuito, possano scegliere se esercitarlo compiendo una ponderazione di interessi), sempre tenuto conto di ciò che impone il diritto europeo.

Il problema va affrontato non solo in astratto, ma anche in concreto, esaminando quali poteri le autorità indipendenti, secondo la legislazione europea e nazionale, possono esercitare e concretamente esercitano. Le due prospettive sono complementari ed entrambe imprescindibili, non solo al fine di stabilire se l'attuale assetto sia conforme a diritto, ma anche per renderlo conforme a diritto, poiché il dover essere ordinamentale può generare dei canoni interpretativi alla luce dei quali leggere le norme attributive dei poteri e ricostruirne il contenuto.

Induce perplessità, al riguardo, il tratto reciso che si coglie in alcune decisioni circa la qualificazione dei poteri delle Autorità, come quella contenuta in una sentenza relativamente recente della Corte costituzionale che, in relazione alla funzione dell'AGCM (quindi dell'Autorità i cui poteri assomigliano meno a quelli amministrativo-discrezionali), le ha riferito lo svolgimento di una "*funzione amministrativa discrezionale, il cui esercizio comporta la ponderazione dell'interesse primario con gli altri interessi pubblici e privati in gioco, al pari di tutte le amministrazioni*", ritenendo che essa sia "*portatrice di un interesse pubblico specifico, che è quello alla tutela della concorrenza e del mercato, [e che non sia quindi] in posizione di indifferenza e terzietà rispetto agli interessi e alle posizioni soggettive che vengono in rilievo*"[8]. Si tratta di una affermazione meno prudente di (se non, forse, non totalmente in linea con) altre

[6] G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, 241.

[7] E quindi prescindendo dalla natura del potere esercitato (e di altri tipi di vincoli che possano derivare da essa), che può ovviamente essere molto diversa: normativa, regolatoria, para-giurisdizionale, sanzionatoria e così via. È chiaro però che il problema del rapporto tra Autorità indipendenti e autorità politiche si pone con particolare evidenza rispetto all'attività di regolazione (o, come è stato osservato, soltanto rispetto ad essa: E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati*, Torino, 2019, 9).

[8] Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13.

ISSN 2036-7821

pronunzie della Corte[9] e che va contestualizzata, in una sentenza il cui dispositivo nega all'AGCM la prerogativa di sollevare la questione di costituzionalità, ma che sollecita una riflessione e che offre alcuni spunti da approfondire.

Occorre al riguardo considerare separatamente due problemi, non solo per tenerli distinti, ma perché il modo in cui si risolve il primo condiziona il modo in cui si deve risolvere il secondo. L'uno riguarda l'esistenza delle Autorità indipendenti; l'altro investe i loro poteri.

Nel dibattito attuale, il punto non è più (e non lo è stato quasi mai sin dall'inizio) quello della legittimità *ex se* della esistenza delle Autorità indipendenti che, a dispetto della loro mancata espressa costituzionalizzazione[10], può darsi per assodata. Di fronte alle ormai numerose prescrizioni europee che ne richiedono la istituzione, precisate in modo rigoroso anche dalla CGUE (con ragionamenti spesso funzionalistici, ma comunque non esaustivi, e con considerazioni che si debbono poi calare nella realtà costituzionale di ciascun ordinamento e che potrebbero per questo non risultare decisive[11]), la Corte costituzionale (con una elaborazione che tiene in maggior conto le questioni di conformità alla Costituzione nazionale[12]) sembra averne presupposta la costituzionalità[13] sulla base di argomenti che potrebbero ammetterne il ricorso anche a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi sovranazionali[14].

Il nodo che rimane da sciogliere è invece se la legittimazione di cui le Autorità indipendenti godono, per radice, tipologia, intensità e dimensione, abbia una estensione tale da permettere loro di compiere anche scelte politiche. Più specificamente, il punto critico non attiene agli aspetti dell'indipendenza legati alle modalità di nomina e ai vari aspetti della autonomia organizzativa, quanto al modo

[9] Così, per esempio, la Corte ha ricostruito in termini di "funzioni di garanzia" ("in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo") le funzioni attribuite all'Autorità di regolazione dei trasporti consistenti nel "definire, anche nell'ambito dei servizi di trasporto locale, i criteri per la fissazione, da parte dei soggetti competenti, delle tariffe, dei canoni e dei pedaggi, tenendo conto dell'esigenza di assicurare l'equilibrio economico delle imprese regolate, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti, le imprese, i consumatori" (15 marzo 2013, n. 41, richiamando la sentenza 7 novembre 1995, n. 482).

[10] Ciò a prescindere dalla persistente opportunità che esse siano espressamente previste dalla Costituzione (così F. S. Marini, *Le autorita` amministrative indipendenti nell'architettura costituzionale*, in *Quaderni della Rivista della Corte dei Conti, Le autorità amministrative indipendenti*, 1/2022, 18), e che proprio in Costituzione siano dettate disposizioni chiare circa la loro posizione costituzionale. Si è infatti giustamente osservato che la costituzionalizzazione "non garantisce [di per sé] alcun risultato, in termini concreti, rispetto alla legittimazione", come non lo avrebbero assicurato, data la loro formulazione, le modifiche costituzionali sul punto proposte nel tempo: P. Bonini, A. Celotto, *Profili costituzionali delle autorita` amministrative indipendenti,* ivi, 31-32.

[11] Da ultimo, CGUE, 2 settembre 2021, C-718/18, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*.

[12] Corte cost., 7 aprile 2017, n. 69.

[13] V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione "costituzionalizzata"*, Torino, 2019, 27.

[14] In senso contrario, V. Cerulli Irelli, *op. ult. cit.*, 25, che individua il fondamento del modello esclusivamente nel diritto europeo e ne circoscrive la legittimità ai casi in cui è imposto dalla normativa europea.

ISSN 2036-7821

rigoroso in cui si ritiene debba configurarsi la loro autonomia funzionale[15]. È usuale infatti considerare che, a garanzia dell'indipendenza nell'esercizio della funzione, non sia ammesso alcun intervento *ex ante* del potere politico che possa considerarsi una ingerenza diretta nell'esercizio delle loro competenze[16] e che non possano essere previsti strumenti per far valere una responsabilità delle Autorità indipendenti circa le scelte fatte[17]. Non potrebbero esservi dunque né forme di indirizzo *ex ante*, fuori da quelle ricavabili dal diritto europeo (o, a seconda delle ricostruzioni, dalla Costituzione o dalla legge), né possibilità di controllo *ex post* da parte dell'esecutivo, né strumenti giuridici di intervento in caso di decisioni o strategie non condivise. Ma, poiché la discrezionalità richiede legittimazione e poiché la legittimazione, nel modello costituzionale di amministrazione, è strettamente dipendente dalla responsabilità politica, è allora necessario verificare se le ragioni portate per radicare la legittimazione delle Autorità indipendenti si possano analogamente considerare adeguate anche per dare un fondamento alternativo all'attribuzione di poteri amministrativi discrezionali.

La risposta non sembra poter essere positiva.

Non sarebbe pertinente, al riguardo, richiamare la loro specificità strutturale. Non l'indipendenza tal quale, perché l'indipendenza è riferita proprio alla politica, per cui sarebbe del tutto contraddittorio allontanare un'amministrazione dall'esercizio della politica da parte di organi legittimati a farla, per poi consentire a loro stesse di

---

[15] D. Sorace, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2003, 338.

[16] Se si tratta di competenze attribuite dal diritto europeo neppure una influenza ad opera della legge è ammessa, sul presupposto che "l'indipendenza funzionale debba essere garantita nei confronti di qualsiasi organo politico, quindi non solo il Governo, ma anche il Parlamento e, dall'altro, che la garanzia debba essere completa e non limitata a determinati atti, identificati per la forma o per il contenuto" (così l'avv. gen. Pitruzzella, nelle conclusioni rese il 14 gennaio 2021, C-718/18, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, p 105, richiamando la decisione, invero meno netta, CGUE, 11 giugno 2020, C-378/19, *Prezident Slovenskej republiky* p. 33). Analogamente, sempre nella causa C-718/18, la Corte ha poi statuito, con considerazioni utili ai fini di questa analisi, che "l'indipendenza piena rispetto ai soggetti economici e ai soggetti pubblici, siano essi organi amministrativi o organi politici, e in quest'ultimo caso titolari del potere esecutivo o di quello legislativo, è funzionale a garantire che le decisioni prese dalle ANR siano realmente imparziali e non discriminatorie, escludendo la possibilità di un trattamento privilegiato delle imprese e degli interessi economici legati al governo, alla maggioranza o comunque al potere politico. Inoltre, la rigorosa separazione rispetto al potere politico consente alle ANR di inserire la loro azione in una prospettiva a lungo termine, che è necessaria per realizzare gli obiettivi delle direttive" (p. 112). Si veda anche CGUE 3 dicembre 2020, C-767/19, *Commissione c. Regno del Belgio*, p. 109-110). Sulla possibilità che autorità di cui sia garantito questo livello di indipendenza possano dover essere chiamate a tutelare anche gli interessi dei consumatori, v. CGUE, 30 marzo 2023, C5/22, *Green Network SpA c. SF, YB, Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA)*.

[17] Si intende riferirsi non al fatto che non vi sia una responsabilità in assoluto, giacché, ovviamente, valgono anche in questo caso i limiti esterni al compimento della scelta che determinano la legittimità o l'illegittimità dell'atto e/o che implicano responsabilità penale e civile del decisore, ma al profilo politico legato alla ponderazione tra interessi e che risulta altrimenti insindacabile.

ISSN 2036-7821

realizzare una politica propria e acefala. Non la loro tecnicità[18], posto che l'esigenza è in questo caso quella di trovare un radicamento legittimante proprio di quella parte della scelta che non è coperta dalla tecnica.

Non sarebbe soddisfacente richiamare le specificità dei procedimenti che le Autorità seguono: non, in particolare, la partecipazione procedimentale potenziata[19], visto che qui vi è l'esigenza di giustificare la parte della attività dell'amministrazione che poi sintetizza gli interessi che la partecipazione ha fatto emergere, determinando la misura del soddisfacimento o del sacrificio di ciascuno di essi.

Non sarebbe rilevante nemmeno richiamare l'intensità o l'intensificazione del controllo giurisdizionale, anche ove si intenda compensare, con quella, la mancanza di strumenti veri di responsabilizzazione[20], poiché il giudice, se la scelta è discrezionale, deve comunque trovare il limite del merito[21] e si ferma proprio in relazione a quel profilo politico a cui qui occorrerebbe dare copertura (non merita considerazione l'ipotesi in cui si voglia ritenere che il sindacato del giudice debba essere sostitutivo, perché ipotizzare uno spostamento dell'esercizio della discrezionalità dalle autorità indipendenti al giudice aprirebbe tali e tanti problemi da mettere ancora più seriamente in discussione il fenomeno alla sua radice) [22].

---

[18]Sul punto, d'altra parte, non è certo che queste autorità debbano essere da considerare di per sé più tecniche di altre amministrazioni tradizionali specializzate (Soprintendenze, Agenzie regionali per la protezione ambientale, Protezione civile, etc). I requisiti per la nomina dei vertici appaiono blandi; le procedure previste per quella nomina in concreto inidonee ad assicurare la effettività tecnicità. Ciò che davvero, in termini generali, sembra distinguere le Autorità indipendenti sul piano tecnico è un dato contingente: a dispetto dell'amministrazione tradizionale, il cui personale è talora un personale di risulta e non sempre specificamente selezionato per le funzioni da svolgere, quello delle Autorità indipendenti è stato composto in funzione della specializzazione necessaria allo svolgimento delle relative funzioni. La tecnicità, insomma, dovrebbe riguardare allo stesso modo tutte le amministrazioni, e in vista di quella dovrebbero essere congegnate le selezioni del personale, dirigenziale e non, anche con un intenso controllo giurisdizionale sulle selezioni compiute.

[19] Criticamente, sulla portata legittimante della partecipazione procedimentale, tanto più in un contesto di norme attributive dei poteri formulate in modo eccessivamente ampio, M. Ramajoli, *Attivita` regolatoria e norme attributive dei poteri: alcune considerazioni*, cit., 30 ss. Si rinvia anche, su questo aspetto, a quanto più ampiamente esposto in S. Torricelli, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle autorità indipendenti*, cit., 119 ss. Per una analisi più generale, G. Manfredi, *Legalità procedurale,* in *Dir. amm.*, 2021, 749 ss.

[20] G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., p. 251; F. G. Scoca, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Dir. amm.*, 2008, 277.

[21] Si prescinde qui dalla specificità del regime giuridico delle sanzioni, su cui D. Simeoli, *Le sanzioni amministrative 'punitive' tra diritto costituzionale ed europeo,* in *Riv. reg. mercati*, 2022, 77 ss, e, in una prospettiva più legata alle garanzie, N. *Vettori, La necessaria discontinuità nell'interpretazione della disciplina applicabile ai procedimenti sanzionatori di Consob e Banca d'Italia.*, in *IANUS Diritto e finanza*, 2022, 107 ss.

[22]E ciò anche prescindendo dal fatto che la giurisprudenza appare oscillante: G. Napolitano, *A trent'anni dal 'trapianto' delle autorità indipendenti in Italia: innesto riuscito o crisi di rigetto?* e A. Moliterni, *Autorità indipendenti e controllo giurisdizionale: l'esperienza italiana in prospettiva comparata*, entrambi in AA.VV., *Liber amicorum per Marco D'Alberti*, Torino, 2022, rispettivamente 202-203 e 213 ss. Sul sindacato giurisdizionale pieno e diretto, (sulla discrezionalità tecnica, da chiunque esercitata), v. F. Saitta, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»*, secondo cui "le valutazioni tecniche delle autorità indipendenti devono ritenersi, al pari di quelle delle pubbliche

ISSN 2036-7821

Insomma, nulla di quanto legittima l'esistenza delle Autorità indipendenti consente di ammettere che esse possano anche assumere la responsabilità di scegliere e redistribuire: possono solo dare attuazione a scelte redistributive di altri. Anzi, si può dire il contrario. E cioè che tutti questi elementi legittimanti, per la loro intrinseca riferibilità ad attività di natura tecnica, accentuano il bisogno che di tecnica e solo di tecnica si discuta e che solo l'esercizio di valutazioni tecniche sia ciò che alle Autorità indipendenti può e talora deve essere richiesto.

Tirando le fila del discorso, allora, si può concludere che vi è un dover essere delle Autorità indipendenti che impone di confinarne il ruolo entro una cornice fatta di vincoli esterni al potere che ne definiscono i limiti e di vincoli interni che orientano il modo in cui le valutazioni debbono essere compiute e che, così, escludono ogni margine di scelta politica. Ed è una risposta, questa, che non ammette graduazioni.

E' vero, da un lato, che, in connessione con le modalità di nomina o con il quadro normativo generale che talora ritaglia un ruolo all'esecutivo anche nella definizione degli indirizzi da seguire nell'esercizio della funzione, la misura dell'indipendenza può variare. Tuttavia, come osservato, ciò che davvero osta all'esercizio della discrezionalità è quel profilo dell'indipendenza che deriva dalla inesistenza di controlli *a posteriori* o di conseguenze per effetto del modo in cui l'autorità ha agito, dunque la mancanza di una responsabilità per le scelte compiute, e questo tratto si riscontra sempre e inevitabilmente. Inoltre, se si sono correttamente individuate le ragioni della criticità, esse valgono in assoluto e senza possibilità che possano essere previste deroghe[23], poiché, in termini di sistema, non è mai accettabile l'esercizio di un potere non legittimato, mentre, in termini individuali, il diritto di ognuno alla responsabilità degli organi che decidono se e quanto i propri interessi rilevanti possano essere soddisfatti o quanto debbano essere pregiudicati è, nel caso che lo riguarda, un diritto inestirpabile (e nella prospettiva delle persone, il proprio caso è l'unico caso rilevante, a prescindere dalla sua rilevanza quantitativa in una prospettiva ordinamentale).

3. La natura dei poteri attribuiti alle Autorità indipendenti.

Occorre a questo punto chiedersi quale sia la natura delle funzioni concretamente affidate alle Autorità indipendenti.

Certamente esse si muovono in ambiti costellati da interessi pubblici e privati,

amministrazioni tradizionali, sindacabili in modo pieno e diretto", anche se "non tutto è sindacabile con una medesima tecnica, quella del controllo di tipo sostitutivo" (in *Il Processo*, 2020, 749).

[23] In senso contrario, E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit., 76, che considera che il vincolo della mera tecnicità operi solo "in via di principio", e che il legislatore, con previsioni esplicite ed univoche, possa invece affidar loro funzioni che presuppongono la diretta ponderazione degli interessi in gioco, con il limite per cui le Autorità indipendenti non potrebbero comunque mai darsi un autonomo indirizzo politico-amministrativo. Questo punto verrà ripreso più avanti, al par. 4.

ISSN 2036-7821

secondo una gradazione che varia a seconda dei casi, e certamente, nella più parte dei casi, si trovano a comporre quegli interessi compiendo delle valutazioni ad esito incerto. Con costruzioni talora di grande raffinatezza, e anche con qualche equilibrismo, la dottrina si è adoperata per dare una spiegazione teorica all'esercizio di poteri di scelta che definiscono la misura della tutela di interessi pubblici e privati, con risvolti imperativi, che però non avrebbero, o non avrebbero necessariamente, natura discrezionale. Le sfumature e le varianti sono molte, ma si è trattato di ricostruzioni volte a porre al centro i diritti dei soggetti coinvolti, declassando al contempo l'interesse pubblico. Così è stata autorevolmente sostenuta l'idea secondo cui le Autorità svolgerebbero funzioni neutrali e non velate dalla politica, equidistanti dagli interessi[24], garantendo la parità delle armi e attuando diritti fondamentali[25], o comporrebbero situazioni soggettive degli attori del mercato, senza una considerazione diretta dell'interesse pubblico[26] che verrebbe soddisfatto indirettamente nella misura risultante dalla armonizzazione degli interessi privati: un interesse pubblico occasionalmente protetto, sembrerebbe potersi dire, rovesciando il modo tradizionale di inquadrarlo.

Le premesse concettuali in questo modo poste e la rappresentazione che ne è derivata presentano elementi di grande innovatività ed hanno costituito dei veri e propri punti di svolta nel dibattito giuridico sul tema del rapporto tra potere e libertà, anche al di là della questione specifica delle Autorità indipendenti. Le tesi qui grossolanamente richiamate sembrano spiegare infatti più di quello che intendono spiegare e appaiono avere un valore che va oltre il fenomeno che le ha causate.

Gli interessi pubblici si possono sempre chiamare (o, se questo appare troppo, hanno sempre sottesi) libertà, diritti, situazioni soggettive[27] o interessi privati[28] e poiché, come gli interessi pubblici, gli interessi privati non sono mai assoluti, l'operazione che ne garantisce la coesistenza ha sempre un tratto di bilanciamento. C'è da chiedersi allora se in questo modo, anziché qualificare in termini originali il frammento di attività valutativa posta in essere dalle autorità indipendenti, non si stia ripensando invece la discrezionalità in quanto tale, che, se la si guarda con quelle lenti, diventa essa stessa uno strumento di composizione di interessi privati (se non anche a contribuire ad una ulteriore relativizzazione della sempre più vacillante distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi). Come anche si può ritenere che una simile prospettiva porti ad avvalorare l'idea, talora sostenuta, di una

[24] M. Clarich, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello,* Bologna 2005, 151; E.L. Camilli, M. Clarich, *Poteri quasi-giudiziali delle Autorità indipendenti,* in M. D'Alberti, A. Pajno, *Arbitri dei mercati*, Bologna, 2010, 108.

[25] F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti, Un romanzo «quasi» giallo, Bologna*, 2000; M. D'Alberti, *Il valore dell'indipendenza*, in M. D'Alberti, A. Pajno, *Arbitri dei mercati*, cit., 14.

[26] L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, spec. 63.

[27] D. Sorace, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 2003, 339.

[28] In questo senso, D. Sorace, S. Torricelli, *Diritto delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, 2023, 33.

ISSN 2036-7821

amministrazione la cui funzione è per definizione quella di assicurare diritti individuali[29] .

D'altra parte, neppure la discrezionalità 'tradizionale' è oramai più quella che si descriveva. Di fronte alla complessità dei fenomeni sociali, la logica dell'interesse pubblico primario, quale scure rispetto alla quale si misurano poi gli interessi che emergono in concreto descrive poco e male ciò che è oggi, spesso, la discrezionalità. La logica antagonista è residuale e spesso velleitaria: nella vita economica del Paese, l'interesse pubblico (a che vi sia mercato, concorrenza, differenziazione, scelta, sviluppo, crescita, lavoro, per esempio) si soddisfa in quanto siano soddisfatti davvero nella massima misura possibile gli interessi privati a poter fare, con alcuni vincoli di sistema (ambiente, salute, dignità del lavoro e così via) dietro al quale si celano gli interessi dei cittadini di oggi e domani[30]. Questo deve fare ogni amministrazione, sempre consapevole di come i diversi possibili punti di equilibrio tra gli interessi privati si riflettono su valori generali e decidere in funzione di quello[31]. Ma, se ciò è, la distanza tra la discrezionalità esercitata dall'amministrazione ancorata alla politica e il racconto sulla natura "diversa" delle scelte delle Autorità indipendenti tende a stemperarsi.

Riassumendo: questo approccio rovesciato al tema del rapporto tra interessi pubblici e interessi privati sembra il riflesso di un generale cambio di prospettiva, che permette di guardare in modo diverso ad ogni amministrazione che esercita un potere di scelta e finisce comunque con il descrivere in termini complessivi proprio la discrezionalità, solo osservata da un diverso angolo visuale e usando diverse parole. Ma altro è riflettere su cosa sia, in concreto, l'interesse pubblico oggi; altro è invece assumere che vi sia una sorta di arretramento dell'interesse pubblico a interesse

[29] L. Perfetti, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto,* in *P.A. Persona e amministrazione*, 2017, 3 ss.; M. Monteduro, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva,* ivi, 2020, 544 ss.

[30] Sembra prefigurare una riflessione più di fondo su questo L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, cit., 67, laddove rileva come "l'interesse generale non è più un archetipo, ma un risultato", chiedendosi se "la configurazione di interessi pubblici riflessi […] non possa essere il primo passo per una nuova definizione di interesse generale, come interesse pertinente ad una serie indeterminata e aperta di soggetti, affidato alla cura di un potere pubblico nuovo, almeno per l'ordinamento italiano, come le autorità indipendenti": ci si può anche chiedere se questa ridefinizione, legata al potere più che al decisore, non prescinda dal dato organizzativo, e non meriti di essere fatta in relazione a ogni amministrazione anche non indipendente.

[31] Così, i limiti sostanziali che derivano *ex ante* dalle norme sono lievi. A limitare davvero l'amministrazione sono per un verso l'obbligo di una adeguata istruttoria che consenta l'emersione degli interessi (oltrechè dei fatti, ovviamente, ma questo qui non rileva) e per un altro verso il canone della ragionevolezza che deve essere osservata nella composizione degli interessi che emergono nel procedimento (quindi, come si è altrove osservato, in una dimensione orizzontale legata al rapporto orizzontale tra gli interessi, anziché "verticale" legata al rapporto gerarchizzato tra un interesse primario che è sostanzialmente inconsistente e gli interessi secondari che emergono nel concreto della fattispecie): questo aspetto è stato più ampiamente affrontato in S. Torricelli, *Eccesso di potere e trasformazioni della discrezionalità. Per introdurre una riflessione*, in id., *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, 2018, spec. 9 ss.

ISSN 2036-7821

riflesso, come se la misura del suo soddisfacimento non fosse cruciale nella armonizzazione delle posizioni private. Ciò non sembra corrispondere alla realtà del modo in cui è costruita l'attribuzione delle Autorità indipendenti, le quali sono chiamate invece a soddisfare proprio uno o più interessi pubblici che fanno da coordinata per definire la correttezza del bilanciamento che determina poi la misura del soddisfacimento delle posizioni private[32]: anche le armi garantite agli attori del mercato sono ripartite secondo più generali esigenze di sistema.

Appare allora difficile, per questa via, sterilizzare le norme europee[33] o nazionali[34] che chiamano le Autorità indipendenti a realizzare direttamente un bilanciamento di interessi in funzione di interessi generali e che anzi, definendo in modo ampio il campo delle loro attribuzioni, fan sì che l'esercizio concreto di ogni singolo potere che implica profili valutativi risulti permeato da una complessità di interessi che le Autorità dirimono, stabilendo in concreto come e quanto ciascun interesse possa essere soddisfatto. E non meno problematiche appaiono quelle norme specifiche che, nella identificazione delle funzioni, conferiscono poteri che in specifico implicano interessi da comporre per realizzare obiettivi e assecondare politiche[35]. Non a caso parte della dottrina[36] ha espressamente qualificato come discrezionali alcuni poteri affidati alle Autorità indipendenti (e, in effetti, questo sembra in certi casi difficilmente contestabile[37]), rendendo manifesta la contraddizione con la loro condizione di irresponsabilità.

Per trovare la quadra, si rende necessario muoversi su un terreno diverso da quello che nega in radice la riferibilità dei poteri costruiti dalle norme che definiscono le competenze delle Autorità indipendenti al *genus* della discrezionalità e, per capire se le Autorità indipendenti esercitino discrezionalità, la domanda da porsi non attiene al modello astratto dei loro poteri, ma al modo concreto in cui essi si inseriscono nel complessivo flusso dell'esercizio del potere. In altri termini, posto che non vi sono specificità nel modo in cui le norme attributive del potere sono costruite, posto che non è da ritenersi che un potere che implica valutazioni non sia discrezionale solo perché affidato ad una Autorità indipendente e posto che, in questo quadro, non è

[32] D. Sorace, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 2003, 340.

[33] Solo come esempi, si vedano gli art. 58 dir.(UE) 2019/944 e 40 dir. 2009/73/CE.

[34] L'esempio più evidente è certamente rappresentato dall'art. 1, l. n. 481/1995.

[35] Si vedano, sempre limitandosi a fornire esempi, gli artt. 37, c. II, d.l. 201/2011 e 2, co. IV, lett c, d. lgs. n. 261/1999. Si pensi anche per usare l'esempio richiamato proprio dalla Corte costituzionale rispetto all'AGCM, "all'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" (v. *supra*, nota n. 8)

[36] G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., spec. 175 e 240 ss.; E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit., spec. 75 ss.

[37] Anzi, secondo alcuni, le Autorità indipendenti avrebbero "ceduto" alla tentazione di privilegiare certi interessi, segnatamente quelli dei consumatori, rispetto ad altri (G. Napolitano, *A trent'anni dal 'trapianto' delle autorità indipendenti in Italia: innesto riuscito o crisi di rigetto?*, cit., 204.), rilievo che sembra evocare, in termini critici, il compimento da parte delle Autorità di scelte nient'affatto neutre.

ISSN 2036-7821

possibile affermare che il semplice fatto che le Autorità indipendenti non possano esercitare discrezionalità non significa che, dato il modo in cui le norme attributive di potere sono costruite, non la esercitino davvero, la questione si sposta: occorre chiedersi se le Autorità indipendenti intervengano prima o dopo che i profili discrezionali lasciati dalla norma siano esauriti.
E così, anziché approssimarsi alla soluzione, la questione si complica ulteriormente, perché presuppone che si affronti il nodo del rapporto tra Autorità indipendenti e organi rappresentativi.

4. L'esigenza dell'assorbimento in sede politica della discrezionalità.
Se non si può escludere a priori che i poteri conferiti alle Autorità indipendenti siano discrezionali, è vero anche il contrario. Il fatto che le Autorità indipendenti facciano scelte che incidono sulla misura del soddisfacimento di una pluralità di interessi pubblici e privati, spesso neppure funzionalmente ad un interesse pubblico primario compiutamente identificato, non implica di per sé che l'attività in cui il compimento di quelle scelte si traduce debba per forza essere qualificata come discrezionale.
Rimane condivisibile al riguardo l'affermazione di chi ha descritto il potere tecnico valutativo delle Autorità come teso a definire un equilibrio tra gli interessi coinvolti che massimizzi il soddisfacimento di ognuno ,o comunque, massimizzi il soddisfacimento dell'interesse pubblico con il minor sacrificio degli altri interessi incisi dalla decisione da prendere, nel rispetto del principio di proporzionalità[38]. Ma se, in termini astratti, questa affermazione tiene ed appare anzi risolutiva, calata su un versante operativo appare presupporre che il quadro nel quale la scelta è fatta sia adeguatamente circoscritto.
Sotto questo profilo, l'aspetto che, nell'esame delle norme attributive dei poteri alle Autorità indipendenti, appare maggiormente critico, deriva dalla complessità degli interessi da bilanciare, peraltro formulati dal legislatore in termini generici. Ciò implica infatti una doppia scelta: da un lato, deve essere sciolta la genericità dell'interesse da comporre e chiariti quali siano gli interessi concretamente rilevanti[39], dall'altro debbono essere dati indirizzi che ne definiscano il peso comparativo, ordinando il modo in cui essi si rapportano tra loro. E qui entra in gioco il problema dell'indipendenza, in particolare di quella funzionale, e di ciò che l'indipendenza

[38]D. Sorace, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 350-351. Ciò senza dover identificare in modo autonomo gli interessi pubblici da perseguire e senza poter alterare la misura del soddisfacimento di ognuno secondo criteri politici: su questo, si rinvia alle precisazioni circa il significato di valutazione tecnica contenute nel par. 1.

[39]Cos'è l'interesse del consumatore o quello dell'utente, in un dato mercato e in un dato momento? Quali sono le esigenze di sviluppo da perseguire o da considerare prioritarie e quali da accantonare, rispetto a certe congiunture economiche? Come gli interessi di servizio pubblico si inquadrano in un contesto di generale politica industriale, anche rispetto ai livelli di garanzia da assicurare e alla maggiore o minore disponibilità a far rifluire su quelle garanzie finanziamenti pubblici,?

ISSN 2036-7821

implica nel suo rapporto con la politica. Posto che non possono esservi ostacoli di carattere interno a ricondurre il modello delle Autorità indipendenti al loro dover essere costituzionale, la questione che a questo punto si pone è se sia ammissibile un intervento politico sul quadro degli interessi che non sia precluso dalle garanzie che, nei settori che rientrano nelle attribuzioni UE, il diritto europeo assicura a queste amministrazioni.

Nel prevedere che, nei settori liberalizzati, gli Stati membri debbano istituire autorità indipendenti, il diritto europeo ha creato una riserva di regolazione. Lo ha ribadito di recente la Corte di giustizia[40], escludendo che uno Stato possa in via legislativa attribuire le competenze riservate all'autorità indipendente al Governo (che nel caso all'attenzione della Corte, era chiamato ad esercitarle attraverso l'adozione di regolamenti). Reciprocamente, ha sempre una derivazione europea il divieto posto alle Autorità indipendenti di sollecitare o accettare istruzioni da parte dell'esecutivo: questo, tuttavia, precisando che rimangono salvi gli orientamenti di politica generale elaborati dai Governi non connessi con i compiti e le competenze di regolamentazione[41]. Dunque non sono ammessi dal diritto europeo né sottrazioni di competenze alle Autorità indipendenti in favore di un qualsivoglia altro soggetto dell'ordinamento, né l'adozione da parte di altri di atti puntuali che ne condizionino l'esercizio o che introducano "nuovi interessi o criteri oltre quelli previamente individuati dal legislatore europeo" [42]. E poiché le direttive espressamente ammettono soltanto orientamenti di carattere "*generale*", saranno anche incompatibili indicazioni o discipline "*specifiche*" che impartiscono disposizioni "*dettagliate*", come anche sarà inammissibile che le Autorità indipendenti siano soggette a meccanismi di vigilanza[43]. Al più il Governo potrà intervenire nei procedimenti delle Autorità indipendenti, esercitando meri diritti partecipativi[44].

Queste cautele, però, non escludono né possono escludere che in via politica vi sia una precisazione della tipologia e della rilevanza anche comparativa degli interessi

[40]Nella già richiamata decisione *Commissione c. Repubblica federale di Germania,* p. 105 (v. *supra*, nota n. 16). Di riserva di competenze (p. 120) e riserva di regolazione (p. 122) ha parlato espressamente nelle conclusioni relative a quella causa anche l'avv. gen. Pitruzzella (anch'esse citate *supra*), ritenendo che "la normativa dell'Unione nel definire in maniera puntale competenze, obiettivi e criteri di esercizio delle competenze non sembra lasciare spazio ad interventi nazionali che si frappongano tra la direttiva e l'esercizio da parte delle ANR delle loro funzioni attribuite loro in via esclusiva dalle direttive".

[41]Così gli artt. 35, par. 4, lett. b), ii) dir. 2009/72, 39, par. 4, lett. b), ii), dir. 2009/73, 57, par. 4, lett. b), ii), dir. (UE) 2019/944. Sono queste previsioni del "fatto salvo" che hanno aperto lo spazio al legislatore nazionale per adottare una norma come quella rilevantissima di cui all'art. 1, l. n. 481/95, la quale, in tema di servizi di pubblica utilità, pone al vertice del processo regolatorio gli indirizzi di politica generale del Governo a cui le stesse Autorità di regolazione si debbono attenere.

[42]In questi termini l'avv. gen. Pitruzzella nelle richiamate conclusioni del caso C-718/18, p.120.

[43]CGUE, 9 marzo 2010, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, C-518/07, p. 37.

[44]CGUE, 11 giugno 2020, C-378/19, *Prezident Slovenskej republiky*, p. 56, relativamente a procedimenti di fissazione dei prezzi.

ISSN 2036-7821

da perseguire[45]. Anzi, si può dire il contrario. La stessa formulazione delle normative europee, che vietano di impartire istruzioni, facendo salva la definizione della politica generale del settore che si impone come quadro di riferimento alle Autorità indipendenti, sembra prefigurare un modello di rapporto tra organi politici e organi indipendenti in cui ciascuno ha una propria sfera riservata nella quale esercitare doverosamente le proprie prerogative.

In particolare sono due i vincoli all'intervento politico sulla regolazione. Da un lato il necessario carattere generale; dall'altro la non diretta riferibilità alle competenze esercitate. Dovrà trattarsi quindi di un intervento che, quale sia la sua forma giuridica (legge, atto normativo, atto amministrativo generale), si limiti a chiarire verso quali obiettivi la politica economica generale e di settore intende orientare l'attività pubblica di governo del mercato. Che poi tali precisazioni incidano indirettamente[46] nell'esercizio di ogni competenza nella quale rilevi il tipo di macro-interesse cui esse si riferiscano, e che dunque esse divengano un criterio di legittimità della scelta compiuta, è una conseguenza ovvia[47] e, per i motivi esposti, desiderabile[48].

In questo quadro, il riconoscimento di un ruolo politico che asciughi i profili discrezionali delle scelte è una precondizione che legittima il modello[49] e che lo rende altresì efficace. Se, in altri termini, l'autorità politica non può incidere sul modo in cui

---

[45] Si veda, su questi aspetti, l'analisi di E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit., spec. 127 ss.

[46] Parla di una incidenza indiretta E. Bruti Liberati, op. ult. cit, 70 e 79.

[47] Sarebbe d'altra parte del tutto contraddittorio che il legislatore avesse espressamente fatti salvi gli orientamenti di politica generale, se tali orientamenti risultassero irrilevanti ai fini delle attività compiute dagli organismi di regolazione.

[48] Questo tipo di ragionamento, peraltro, non è affatto estraneo alle logiche europee, come si evince dalle conclusioni dell'avv. Gen. Jaakskinen, rese il 12 settembre 2013, nel caso *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, C-270/12, p. 85-87. Argomentando in modo non dissimile da quanto qui esposto, si osserva in quelle conclusioni che "[i]l principio di democrazia, consacrato dagli articoli 2 TUE e 10 TUE, implica necessariamente che qualsiasi potere di adottare un provvedimento dell'Unione che possa alterare gli elementi non essenziali di un atto normativo dell'Unione deve essere esercitato da un'istituzione dell'Unione che è democraticamente responsabile, in altri termini, dalla Commissione, che è il responsabile ultimo dinanzi al Parlamento europeo. Per contro, una simile restrizione non si applica nel caso dei poteri di esecuzione di cui all'articolo 291 TFUE. È certamente vero che l'articolo 291 TFUE, del pari all'articolo 290 TFUE, non menziona le agenzie tra gli organismi ai quali possono essere trasferite competenze di esecuzione a livello dell'Unione, tuttavia, dato che le competenze di esecuzione non si estendono fino a comprendere la modifica o l'integrazione di atti normativi con nuovi elementi, secondo la mia opinione, i principi fondamentali costituzionali non impediscono al legislatore di conferire tali competenze alle agenzie […]. Tale *modus procedendi* può risultare particolarmente appropriato quando siano necessarie valutazioni tecniche complesse, al fine di attuare un provvedimento dell'Unione".

[49] D. Sorace, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 349, secondo cui "sarebbe necessario […] che fosse chiaro che spetta al potere politico il compito di dare una più puntuale indicazione della «pubblica utilità», cioè dei particolari interessi pubblici cui si vuole risponda il servizio, da quelli «di carattere sociale» (per esempio, definendo con precisione quali particolari esigenze di determinate categorie di consumatori si vogliono soddisfatte) a quelli di carattere ambientale, a tutti gli altri che possono rendere indispensabili deroghe alle regole della concorrenza".

ISSN 2036-7821

le competenze delle Autorità indipendenti debbono essere esercitate, è tenuto invece a farlo nel quadro della sua attività politica, cioè stabilendo tipologia, natura e rilievo degli interessi che meritano di essere considerati, anche chiarendo in cosa concretamente si sostanziano gli interessi pubblici che lo stesso diritto europeo chiama le Autorità indipendenti a considerare. Ciò, non per giustificare in via derogatoria l'esercizio a seguire della discrezionalità delle Autorità indipendenti: la mancanza di responsabilità circa il modo in cui il potere è esercitato, che si è già detto di ritenere l'elemento decisivo che impedisce il conferimento di poteri discrezionali all'Autorità, esclude che indirizzi dati *a priori* permettano di superare il difetto di legittimazione delle Autorità ad esserne investiti. La mediazione politica serve invece per far sì che l'attività delle Autorità indipendenti si mantenga entro i confini della tecnica, realizzando il miglior equilibrio degli interessi così precisati e realizzando al massimo grado ogni interesse, nel quadro dell'equilibrio tra tutti. Se ciò non è, allora l'esercizio delle competenze delle Autorità indipendenti finisce per travalicare la tecnica ed assumere una coloritura politica [50]

Il rischio che, in questo modo, la politica possa rendere più instabile la regolazione esiste. Ancora nella decisione *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, la Corte di giustizia ha considerato che proprio la dimensione del contingente debba rimanere estranea alle scelte regolatorie e ha individuato in ciò una delle ragioni giustificative della indipendenza funzionale[51]. Se ne comprende agevolmente il senso, che si lega alla certezza del quadro giuridico, condizione necessaria a creare un ambiente propizio al movimento e agli investimenti[52]. Nondimeno questa affermazione, che di per sé ha una sua ragionevolezza, non appare tanto convincente da consentire che si introduca un elemento di blocco rispetto al dovere degli organi politici rispetto alla Comunità. Le crisi r che i mercati, in particolare quelli regolati, attraversano in modo ricorrente debbono indurre a una riflessione e portare a riconsiderare l'idea della politica come elemento di contaminazione delle dinamiche virtuose del mercato: il

[50] Si pensi , sempre e solo come esempio, al settore postale: il Governo non ha adottato indirizzi generali e l'assenza di un quadro organico che abbia definito in sede politica i livelli di garanzia del servizio pubblico, ha reso fortemente discrezionale le scelte compiute dall'AGCOM nel definire i criteri di ragionevolezza con cui si valuta la congruità del numero di punti di accesso al servizio, nell'autorizzare la fornitura a giorni alterni o la distribuzione in luogo diverso da quello del domicilio, nel derogare agli standard di qualità previsti: su questi aspetti, in relazione al rapporto tra politica, si rinvia a S. Torricelli, *Poste* (voce), in B. G. Mattarella, M. Ramajoli, *Funzioni amministrative* (Enciclopedia del diritto), Milano, 2022, 941 ss.

[51] P. 112.

[52] "Al riguardo osservo anche che la piena separazione rispetto al potere politico permette alle ANR di seguire nella propria azione una prospettiva di lungo periodo, che è necessaria per realizzare gli obiettivi della direttiva, sganciando le sue decisioni dalle esigenze legate al ciclo elettorale cui sono invece legati i titolari degli organi politici. Questo legame, che certamente permette il collegamento con le domande e i bisogni presenti nella società e rappresentati nell'opinione pubblica è la virtù principale della democrazia rappresentativa, ma può diventarne il «tallone d'Achille» quando impedisce in materie tecniche l'adozione di una prospettiva di lungo periodo capace di resistere alle pressioni degli interessi settoriali", così l'avv. gen. Pitruzzella sempre nelle conclusioni del caso C-718/18, nota 44.

ISSN 2036-7821

mercato può essere virtuoso, se accompagnato dal costante adattamento degli obiettivi che si perseguono regolandolo e controllandolo. D'altra parte, proprio il divieto di dare disposizioni che incidano direttamente sulle competenze delle Autorità indipendenti riserva uno spazio regolatorio che consente loro di considerare, nel compiere le scelte, anche l'esigenza di rispettare gli affidamenti, dare continuità all'azione, assicurare sicurezza giuridica.

E in ultimo una considerazione a chiusura.

C'è poco da aspettarsi, in effetti, dalla spontanea capacità della politica di svolgere una rispettosa, costante e adeguata funzione di guida. *Ergo*, ci si deve chiedere cosa accada se, in uno spazio regolatorio lasciato vuoto, la funzione delle Autorità esonda producendo atti frutto di scelte politiche. La conseguenza non può che giocarsi in termini di legittimità, come d'altra parte è in quei termini che si gioca la violazione del principio di separazione tra politica e gestione nell'amministrazione tradizionale.

Il convitato di pietra di questo discorso è in effetti il giudice nazionale, che non sempre ha colto l'opportunità di chiarire i termini del rapporto tra indipendenza e discrezionalità[53], ma che potrebbe invece svolgere un ruolo propulsivo nel riassestamento del modello.

[53] E. Bruti Liberati, *La regolazione indipendente dei mercati*, cit., 176.

ISSN 2036-7821