

DIRITTO AMMINISTRATIVO

I2

*Direttori*

Prof. Arturo CANCRINI

Prof. Vittorio CAPUZZA

*Comitato scientifico*

Avv. Antonio BARGONE

Cons. Alessandro BOTTO

Avv. Ettore FIGLIOLIA

Avv. Angelo PIAZZA

## DIRITTO AMMINISTRATIVO

La collana “Diritto Amministrativo” raccoglie sia opere storiche del diritto amministrativo, scritte da autori appartenenti alla più classica tradizione del settore, sia opere nuove, che forniscono una visione alternativa e aggiornata della materia. L'intento è quello di offrire quindi la possibilità di rileggere i testi che costituiscono i capisaldi della scienza giuridica del settore e, allo stesso tempo, di essere aggiornati sulle novità della materia.

La collana ospita inoltre atti di convegni organizzati su specifiche tematiche e opportunamente selezionati dal comitato scientifico, e opere straniere di rilievo internazionale.



ROSAMARIA FRUNZI

**AUTORITÀ  
AMMINISTRATIVE  
INDIPENDENTI E PROFILI  
PROBLEMATICI COMUNI  
LE SOLUZIONI PROSPETTATE DA DOTTRINA  
E GIURISPRUDENZA**



aracne



ISBN  
979-12-5994-109-1

PRIMA EDIZIONE  
ROMA 11 MAGGIO 2021

# INDICE

- 9    *Cenni introduttivi*
- 17    Capitolo I  
      I differenti modelli di autorità amministrative indipendenti
- 19    Capitolo II  
      La disciplina del controllo giurisdizionale  
      2.1. La giurisdizione dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 204/2004,  
      21 – 2.2. L'orientamento del Consiglio di Stato sull'Autorità Garante della  
      concorrenza e del mercato, 25 – 2.3. L'orientamento del Consiglio di Stato  
      sull'Autorità garante e di prova dell'illecito antitrust, 31
- 39    Capitolo III  
      La responsabilità
- 45    Capitolo IV  
      Motivazione postuma e atti delle autorità amministrative  
      indipendenti
- 57    Capitolo V  
      La normativa di origine autoritaria

- 59    Capitolo VI  
      La collocazione del diritto prodotto dalle Autorità
- 65    Capitolo VII  
      La questione del contratto configgente con la normativa della  
      autorità
- 67    Capitolo VIII  
      La nullità  
      8.1. La nullità parziale, 72
- 77    Capitolo IX  
      La sostituzione automatica delle clausole
- 81    Capitolo X  
      L'integrazione del contratto con clausole delle Autorità
- 85    *Considerazioni conclusive*
- 87    *Bibliografia*

## CENNI INTRODUTTIVI

Il presente elaborato ha il fine di analizzare se siano configurabili, alla luce dell'attuazione del principio di legalità, i poteri autoritativi non esplicitati da una fonte abilitante.

Il rinvio all'art. 97 Cost. non giustifica, di per sé, la nozione del principio di legalità in relazione alla *teoria dei poteri impliciti*<sup>(1)</sup>. L'ammissibilità di un'attribuzione implicita a favore dell'amministrazione si pone,

(1) *La teoria degli implied powers, originatasi a livello costituzionale, trova il suo terreno eletto di consacrazione nelle questioni attinenti al riparto di competenze decisionali fra Stato federale e Stati membri o fra Autorità sopranazionale comune e Stati partecipanti all'organizzazione sopranazionale medesima. La sua prima formulazione giuridicamente qualificata risale alla notissima sentenza — McCulloch v. State of Mariland — della Corte Suprema statunitense, presieduta da John Marshall, del 1819. [...] È di estremo interesse notare incidentalmente che una tecnica interpretativa assai simile a quella incentrata sulla teoria degli implied powers è stata utilizzata dalla giurisprudenza della stessa Corte Suprema degli Stati Uniti anche con riferimento all'estensione delle potestà di tipo amministrativo attribuite dalla legge del Congresso alle agencies federali. Non mancano, infatti, precedenti giurisprudenziali in cui la Corte ha riconosciuto la validità di misure provvedimentali, adottate da un organismo amministrativo in assenza di una corrispondente esplicita investitura legislativa, in quanto ritenute funzionalmente collegate agli scopi fondamentali dell'organismo stesso e indispensabili per poter consentire al medesimo il più proficuo assolvimento del compito demandatogli dal legislatore. Anziché di implied powers si parla in questi casi di ancillar powers, senza tuttavia che al mutamento terminologico possa essere assegnato il valore di una sostanziale differenziazione di impostazione ricostruttiva: N. BASSI, Le competenze decisorie del giudice amministrativo fra principio di legalità e tecniche di attribuzione in via pretoria di potestà innominate, in Dir. proc. amm., 2000, 495 ss.*

essenzialmente, come un problema di natura interpretativa, che non può avere una risposta aprioristicamente univoca<sup>(2)</sup>. Il principio di legalità non è sufficiente, infatti, a escludere che il fondamento di un atto possa essere implicito nella legge<sup>(3)</sup>.

È necessario stabilire, invece, in che modo l'amministrazione debba rapportarsi alla norma che ne disciplina l'azione e comprendere se la stessa trovi nella legge solo un vincolo a cui conformarsi o, diversamente, debba attenersi a essa, agendo soltanto come questa prevede<sup>(4)</sup>.

È preferibile ritenere che, salvo espresso divieto di legge, la Pubblica Amministrazione (di seguito P.A.) possa sempre adottare gli strumenti più idonei a conseguire i fini ad essa imposti o i risultati connaturati alle funzioni alla stessa attribuite. Soluzione questa che, oltre ad apparire valida in termini generali, assume una più evidente rilevanza se rapportata alla natura indipendente ed al ruolo sostanziale di regolazione e controllo che le Autorità amministrative indipendenti sono chiamate ad assolvere nei singoli settori di competenza<sup>(5)</sup>. Le funzioni affidate a siffatte Autorità risultano, infatti, strettamente connesse alla natura dell'attività che le stesse pongono in essere<sup>(6)</sup>. Tale attività, invero, è volta a garantire un risultato —

(2) Per comprendere la diversità di approccio del giudice eurounitario rispetto a quello nazionale nell'utilizzare la teoria dei poteri impliciti e il connesso principio dell'effetto utile, si veda la sentenza 6 giugno 2002 — Causa t — 342/99, Tribunale di primo grado delle CE, sez. V, in tema di concorrenza e posizioni dominanti, in *Guida al diritto*, 29 giugno 2002, n. 25, 88 ss.

(3) F. LEVI, *voce Legittimità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, 134-135. In materia di poteri impliciti anche, F. BASSI, *Sanzioni amministrative edilizie ed interesse pubblico*, in *Stato ed economia. Scritti in onore di Donatello Serrani*, Milano, 1984, 583; R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1974, 134 ss.

(4) Sul valore assoluto della legge rispetto all'amministrazione, G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, 281 ss., ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 205 ss., secondo il quale *l'amministrazione può fare soltanto ciò che la legge espressamente le consente di fare*; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.* 1995, 247 ss.; L. CARLASSARE, *voce Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, 1990, 1 ss.; S. FOIS, *voce Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXIII, 1973, 659 ss.; V. OTTAVIANO, *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 913 ss.

(5) G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio delle funzioni regolative*, Padova, 1993, 237 ss.

(6) R. PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 135 ss., la quale afferma che *si evidenzia l'esigenza funzionale di garantire l'esecuzione delle*

la regolazione del settore — alla cui realizzazione le Autorità provvedono, se necessario, con la massima discrezionalità nell'attuazione della legge<sup>(7)</sup>.

In altri termini, discende dalla ragion d'essere di questi organismi la loro capacità di adottare misure in via amministrativa, idonee a consentire la soddisfazione dell'interesse pubblico in vista del quale sono stati istituiti<sup>(8)</sup>, anche qualora tali misure non siano previste esplicitamente dalla legge<sup>(9)</sup>. È il problema, impropriamente definito, della cd. *broad delegation*<sup>(10)</sup>, derivante dalla titolarità di poteri normativi in capo alle Autorità indipendenti in settori in continua evoluzione che richiedono un elevato numero di

*leggi attuando, per la prima volta, un collegamento tra la funzione e la sua realizzazione. A volte, per espressa affermazione del legislatore, il raggiungimento del risultato coincide con la realizzazione dei contenuti della legge. Altre volte, l'attuazione della legge è indicata come esigenza irrinunciabile in vista di determinate finalità, ma la sua realizzazione è rimessa alle singole Autorità che dispongono di particolari poteri, da utilizzare discrezionalmente.*

(7) L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle Autorità indipendenti come interessi pubblici mediati o interessi collettivi riflessi*, in *I garanti delle regole. Le Autorità indipendenti*, S. Cassese e C. Franchini (a cura di), Bologna, 1996.

(8) Particolarmente interessante appare in tal senso la posizione di F. MERUSI, *Democrazia e Autorità indipendenti. Un romanzo «quas» giallo*, Bologna, 2000, 31-33 e 73-75, secondo il quale, premesso che il settore "istituzionale" di intervento delle Autorità indipendenti è rappresentato dal mercato e che le stesse «sono destinatarie di una norma finalistica: realizzare la par condicio, intesa come parità delle armi, nei mercati di loro competenza» — norma di rango costituzionale, in quanto espressiva della democrazia in economia —, l'A. afferma che il modello in questione *ha in sé una propria autonomia normativa. [...] Il fenomeno economico mercato concorrenziale [...] legittima di necessità le norme per la conservazione del fenomeno economico costituzionalizzato, anche quando il legislatore non vi provvede. [...] L'elevato dinamismo del contraddittorio concorrenziale può infatti affidare alla sola Autorità amministrativa indipendente la realizzazione del precetto costituzionale con soli strumenti amministrativi, senza l'intermediazione neppure parziale, del legislatore. [...] Quando la legge non c'è, riprende autonomia normativa il modulo concorrenziale, il quale come abbiamo visto è traducibile in un precetto giuridico generale specificabile con proprie norme anche dalle Autorità amministrative indipendenti.*

(9) In tal senso G. DELLA CANANEA, *Atti amministrativi generali*, Padova, 2000, 109, secondo il quale *anche laddove manchi una formale attribuzione della potestà di stabilire precetti, le Autorità indipendenti sono solite emanarne, con valenza esplicativa o applicativa delle norme giuridiche. Anzi, non di rado, si tratta di precetti che, a causa del continuo insorgere di nuovi problemi che reclamano l'intervento da parte dei pubblici poteri, non sono stati preceduti da una previa disciplina legislativa. Questa semmai interverrà in un momento successivo, codificando e consolidando le regole già introdotte.*

(10) M. SHAPIRO, *Agenzie indipendenti: Stati Uniti ed Unione Europea*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 669.

decisioni, soprattutto tecniche, da aggiornare costantemente e per le quali il Legislatore appare impossibilitato a dettare una disciplina compiuta<sup>(11)</sup>. A ben vedere, un tale ampio deferimento di poteri normativi ad Autorità indipendenti da parte del Parlamento può fondarsi proprio sulla previsione di cui all'art. 97 della Costituzione italiana, risultando tali poteri l'elemento fondamentale dell'organizzazione di amministrazioni con compiti di regolazione. L'attribuzione di esso da parte della legge risponde ad esigenze di funzionalità costituzionalmente canonizzate nel principio di *buon andamento* che, congiuntamente all'imposizione di regole procedurali e decisionali, assicurano *l'imparzialità dell'amministrazione*.

In tale logica, le esigenze di funzionalità dell'azione pubblica ottengono una maggior attenzione senza tuttavia, per ciò stesso, nuocere a quelle di garanzia<sup>(12)</sup>, comunque tutelate da un principio di legalità<sup>(13)</sup> che imponga all'amministrazione i fini e criteri d'azione per perseguirli<sup>(14)</sup>. È per questa via che trova ingresso la regola ermeneutica in virtù della quale possono essere considerate legittime certe posizioni di supremazia,

(11) I dubbi, sollevati da parte della scienza giuridica circa la legittimità di poteri di produzione normativa in capo ad organismi che non godono di legittimazione democratica e che in ogni caso non rispondono agli organi del circuito democratico, risultano superati da chi rinviene la legittimazione democratica delle Autorità indipendenti nella funzione di correttivo al principio maggioritario da esse assolta. In tal senso, S. CASSESE, *Maggioranza e minoranza*, Milano, 1995, 63 ss.; G. AMATO, *Le Autorità indipendenti*, in L. Violante (a cura di), *Storia d'Italia*, Annali XIV, *Legge diritto giustizia*, Torino, 1998, 381 ss.; A. LA SPINA—G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 167 ss.

(12) Sul rapporto tra legalità ed efficienza, V. CAIANIELLO, *Legalità ed efficienza nell'amministrazione e nella legislazione: due nozioni non antitetiche*, in S. AMOROSINO, G. MORBIDELLI, M. MORISI (a cura di), *Istituzioni, mercato e democrazia. Liber Amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, Torino, 2002, 67 ss.; in senso più critico, F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3303 ss.

(13) *La valenza del principio si sposta dalla imposizione, spesso illusoria e quasi sempre disfunzionale, di regole di dettaglio (la legge come guida dell'amministrazione) alla imposizione di regole organizzative e procedurali di garanzia e trasparenza che assicurino il concorso di tutti i soggetti interessati alle decisioni amministrative. L'efficacia e il carattere democratico delle decisioni appaiono in tal modo garantiti in modo specifico ed effettivo*, in N. LONGOBARDI, *Le Autorità amministrative indipendenti, laboratori di un nuovo diritto amministrativo*, in *Jus*, 1998, fasc. 3 (dicembre), 695.

(14) G. MORBIDELLI, *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, 177; Cons. Stato, sez. VI, 17 febbraio 1999 n.173, in *Foro amm.*, 1999, I, 401.

anche se la fonte abilitante non ne preveda un inserimento nella dinamica ordinamentale.

Il principio di legalità non esprime la situazione giuridica soggettiva garantita ma rappresenta una modalità (non l'unica né la più efficace) di controllo del potere pubblico e tutela dei destinatari degli atti che di quel potere costituiscono espressione. Non esiste, inoltre, soltanto un dovere dell'amministrazione di agire secondo la legge ma anche un dovere della stessa, altrettanto fondamentale, di garantire dei risultati, in assenza dei quali perde ragion d'essere la stessa attività posta in essere dall'Autorità<sup>(15)</sup>.

Ciò posto, il problema dell'ammissibilità di poteri impliciti nel nostro ordinamento e il relativo dibattito tra interpretazione rigorosa e flessibile del principio di legalità si sono manifestati in maniera particolare con riferimento ai poteri regolatori e di vigilanza delle Autorità amministrative indipendenti. A tal uopo, onde pervenire a una possibile risoluzione della tematica in oggetto, è opportuno ricostruire la genesi e le principali problematiche afferenti le Autorità amministrative indipendenti.

Come è noto, è opinione condivisa che l'istituzione delle predette Autorità vada ricondotta alla necessità di approntare un modello di amministrazione alternativo a quello tradizionale esercitato dai pubblici poteri, al fine di offrire una tutela nei cosiddetti settori sensibili dell'ordinamento, mediante un'attività di vigilanza e controllo, ancorata a parametri tecnici. Il calco da cui le Autorità indipendenti prendono forma viene tradizionalmente ricondotto all'influenza di due modelli: da un lato, il modello costitutivo tedesco, la cui genesi viene fatta risalire al discorso tenuto da Carl Schmitt alla Camera di commercio di Berlino nel 1930 sulla necessità di riconoscere a organismi tecnici, tra i quali la Banca Centrale, lo status di organi di governo neutri rispetto al potere esecutivo<sup>(16)</sup>; dall'altro, il modello delle *agencies* angloamericane cui, a far data dalla fine dell'Ottocento, furono attribuite funzioni di regolazione pubblica dell'economia.

Alla nascita di queste Autorità non è, inoltre, estranea la stessa metamorfosi del concetto di sovranità che, da espressione del potere statale

(15) J.T. Y MAS, *El principio de legalidad en la doctrina jurídica española*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 88-90, parla di crisi del principio di legalità.

(16) MERUSI PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir., Agg.*, VI, Milano, 2003, 144.

esercitato su un territorio, si fraziona nella nascita ed evoluzione di regimi regolatori agenti al di là dei confini geografici e nell'ambito del mercato.

Attraverso l'opera mediatrice del diritto eurounitario, modelli di agenzie istituite per la tutela di settori sensibili iniziarono a circolare e la necessità di offrire una risposta alla frammentazione di poteri si fece sentire anche nel nostro sistema<sup>(17)</sup>.

La progressiva privatizzazione dell'attività pubblica costituì un'ulteriore forza propulsiva nella ricerca di modelli di amministrazione alternativi a quello tradizionale, con sempre maggior tendenza dell'azione pubblica a offrire risposte tecniche alle esigenze della collettività. Di qui l'istituzione, attraverso lo strumento legislativo, delle principali Autorità amministrative indipendenti cui, in mancanza di una previsione costituzionale che le riconosca e le disciplini, si ritiene applicabile il *corpus* di disposizioni disciplinanti l'attività della P.A. (e, in particolare, gli artt. 97 e 98 *in primis*, ma anche la lettura combinata degli artt. 24, 28, 103 e 113 Cost.).

Tutte le Autorità operanti nel nostro sistema sono, quindi, caratterizzate dalla soggezione ai principi che regolano l'azione amministrativa, con la conseguente applicazione, alle medesime, anche delle norme sul procedimento amministrativo (l. 7-8-1990, n. 241, come modificata dalla l. 11-2-2005, n. 15, recante *Modifiche ed integrazioni alla l. 7-8-1990, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*). Alle Autorità indipendenti sono, inoltre, applicabili le disposizioni del diritto civile in quanto compatibili, secondo la previsione dell'art. 1, co. 1 *bis*, legge n. 241/1990, quando pongono in essere atti autoritativi. La previsione si salda con la considerazione della loro natura bifronte, ponendosi ambigualmente sulla linea di confine tra diritto pubblico e diritto privato. Oltre all'esercizio di funzioni autoritative, le Autorità indipendenti pongono in essere un'attività che, spesso, è qualificabile come sostanzialmente privatistica. Soffermandosi sulle funzioni da esse esercitate la dottrina ha, al riguardo, rilevato che, esaminato nel suo complesso, il diritto prodotto dalle Autorità indipendenti è — per molti versi — diritto privato: *imperativo, ma a volte anche suppletivo, condizionale e non finalistico, negoziato e non imposto. Non può*

(17) BILANCIA, *Autorità amministrative indipendenti nazionali e integrazione europea*, in *Il mercato: le istituzioni, le imprese, i consumatori*, a cura di Gabriele-Bucci-Guarini, Bari, 2000, 24 ss.

*quindi applicarsi ad esso la logica tradizionale del conflitto autorità–libertà attraverso cui si inquadrava il rapporto tra amministrazione e cittadino*<sup>(18)</sup>. La collocazione delle Autorità *in limine* tra diritto pubblico e privato produce importanti conseguenze a livello applicativo: a quale giudice rivolgersi nel caso in cui si voglia instaurare una controversia, quali norme applicare nel caso di non corretto adempimento delle funzioni di regolazione e, quindi, di responsabilità delle stesse.

In sintesi, pare utile ricondurre a tre grandi aree tematiche i maggiori punti di attrito che, intorno al modello delle *Authorities*, sono venuti a crearsi nel corso degli anni: anzitutto, la necessità di una definizione dei loro caratteri distintivi e di individuare le funzioni da esse esercitabili; in secondo luogo, la difficoltà nell'individuazione del giudice competente a conoscerne le controversie; da ultimo, la delimitazione dei confini della loro responsabilità, in uno con la prospettazione delle eventuali azioni a tutela dei soggetti danneggiati dalla loro attività.

(18) NAPOLITANO–ZOPPINI, *Regolazione indipendente dei servizi pubblici e garanzia dei privati*, in GITTI, *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 126.



## CAPITOLO I

### I DIFFERENTI MODELLI DI AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

L'esercizio dell'attività amministrativa, nel rispetto dei principi costituzionali e legislativi che la regolano, si combina con l'elemento unificante dell'indipendenza, in ordine al quale la dottrina ha individuato distinte categorie di Autorità, tendenti a caratterizzarla con differenti coloriture.

*In primis*, giova ricordare che non esiste un numero chiuso di Autorità amministrative indipendenti, né le stesse sono state istituite in un unico periodo storico.

A titolo riepilogativo, tra le Autorità amministrative indipendenti si annoverano: la Banca d'Italia; la Consob; l'Ivass; l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, la Commissione di garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali, la Commissione di vigilanza sui fondi pensione, l'Autorità per l'energia elettrica e per il gas, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, il Garante per la protezione dei dati personali, l'Autorità nazionale anticorruzione, il Garante per la sorveglianza dei prezzi, l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, l'Autorità per la regolazione dei trasporti.

Nell'ambito di siffatti organismi è opportuno discernere due distinte macrocategorie dogmatiche:

- Autorità di settore: preposte, in via esclusiva, a uno specifico settore economico (es. Consob, Ivass, Autorità per le garanzie nelle comunicazioni);
- Autorità trasversali: dotate, invece, di competenze non limitate a singoli comparti, in quanto riconosciute a tutela di specifici interessi pub-

blici di portata generale (es. Autorità garante della concorrenza e del mercato, Garante per la protezione dei dati personali, Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali).

In secondo luogo, le Autorità amministrative indipendenti sono state distinte in:

- Autorità con poteri di garanzia di interessi afferenti all'ordinamento in generale e di immediata attuazione dei precetti costituzionali, in quanto titolari di competenze esclusive;
- Autorità il cui scopo precipuo è quello di regolamentare il settore economico, essendo la loro attività coordinata con l'operato del Governo;
- Autorità dotate di competenze tecnico amministrative<sup>(1)</sup>.

Alla prima categoria appartengono la Consob, la Banca d'Italia, nell'ambito di alcune delle funzioni a esse attribuite, e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Il Governo, nei confronti di tali Autorità, è sprovvisto di poteri di indirizzo, anche se non sempre è totalmente estraneo dalla nomina dei componenti di vertice.

La seconda categoria comprende l'Ivass e le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (elettricità, gas e telecomunicazioni), nei cui confronti il Governo esercita funzioni di indirizzo di politica generale e di settore, oltre a rivestire un ruolo effettivo nella nomina degli organi di vertice.

Nell'ambito della terza categoria si annoverano l'Autorità per l'informatica della P.A. (A.i.p.a., oggi Centro per l'informatica della Pubblica Amministrazione) e l'Agenzia per la protezione dell'ambiente e servizi tecnici (A.p.a.t.), con funzioni di coordinamento e controllo tecnico in certi settori di intervento, sulle quali il Governo esercita funzioni di indirizzo e vigilanza<sup>(2)</sup>.

(1) NAPOLITANO-ZOPPINI, *Regolazione indipendente dei servizi pubblici e garanzia dei privati*, in GITTI, *L'autonomia privata e le Autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 126.

(2) MERUSI PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc. dir., Agg.*, VI, Milano, 2003, 144.

## CAPITOLO II

# LA DISCIPLINA DEL CONTROLLO GIURISDIZIONALE

Tra i nodi problematici attinenti all'istituzione delle *Authorities* emerge, quale carattere peculiare del nostro sistema, il profilo inerente la giurisdizione, riscontrandosi un'evidente difficoltà di sottoporre a controllo l'operato delle Autorità, stante la loro doppia natura.

Tale tensione tra i due poli si riflette non solo nella valutazione sull'opportunità di un controllo giurisdizionale pieno del loro operato, ma anche nella determinazione dell'organo giurisdizionale competente a conoscere delle relative controversie.

Il panorama dottrinale e giurisprudenziale entro cui si snodano tali tematiche non è di agevole fruizione, in parte per la mancanza di una disciplina organica, in parte per il carattere, per sua natura magmatico e frammentario, oltre che soggetto a rapida obsolescenza, della casistica in materia di violazione degli obblighi di vigilanza e controllo al cui rispetto le Autorità sono tenute.

Dall'analisi dei profili strutturali dei principali organi di vigilanza è possibile rinvenire, pur nell'eterogeneità di fondo delle fattispecie, alcuni punti di contatto — tra i quali spicca il carattere dell'indipendenza — ma anche alcune divergenze in ordine alla qualificazione giuridica ed ai compiti ad esse affidati.

Sul piano della tutela giurisdizionale, la dottrina e giurisprudenza — pressoché costanti — affermano la necessità di un controllo da parte dell'Autorità giudiziaria sugli atti posti in essere dalle Autorità indipendenti.

Le conseguenze cui si giungerebbe nel caso di totale esclusione di un sindacato giurisdizionale condurrebbero, infatti, alla violazione degli artt. 24, 103 e 113 Cost., rimettenti all'Autorità giudiziaria l'ultima parola sugli atti destinati ad incidere negativamente sulle posizioni giuridiche soggettive<sup>(1)</sup>.

In secondo luogo, ove si configurassero poteri giurisdizionali in capo alle Autorità indipendenti, si ricadrebbe nell'aporia di dover affidare funzioni di tipo giurisdizionale a soggetti posti al di fuori del potere giudiziario, operazione che presenterebbe — indubbi — profili di incostituzionalità.

Quanto al problema relativo al riparto di giurisdizione, occorre preliminarmente ricordare che, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 31-3-1998, n. 80, poi successivamente modificato dalla legge 21-7-2000, n. 205, non esistevano criteri univoci in ordine all'individuazione del giudice, amministrativo o ordinario, competente a sindacare gli atti delle Autorità indipendenti.

In molti casi, infatti, il Legislatore optò per la soluzione che demandava alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative all'attività delle Autorità.

Si pensi, *inter alia*, alla legge 10-10-1990 n. 287 che, all'art. 33, devolve al giudice amministrativo la giurisdizione sugli atti del Garante della concorrenza, salvo poi attribuire al giudice ordinario il contenzioso in tema di risarcimento del danno per le nullità degli accordi anticoncorrenziali, nonché in tema di poteri di urgenza.

Circa le sanzioni irrogate dall'Autorità, l'art. 31 della legge citata dispone che, per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della disciplina antitrust, *si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689*<sup>(2)</sup>.

Analogamente, la legge 14-11-1995 n. 481, istitutiva delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (per l'energia elettrica ed il gas e per le telecomunicazioni), ha fissato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per quanto riguarda l'Autorità dell'energia elettrica e del gas.

(1) All'affermazione della necessità di un controllo giurisdizionale sugli atti posti in essere dalle Autorità indipendenti si è giunti attraverso un travagliato percorso giurisprudenziale, il cui limite estremo di segno negativo è fissato dalla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che ricostruisce in termini di alta amministrazione i poteri di vigilanza esercitati dalle stesse: così Cass. civ. S.U., 29-3-1989, n. 1531, *GI*, 1990, I, 440.

(2) Secondo l'opinione accolta dalla Corte di Cassazione, la materia rientra nella giurisdizione esclusiva del T.A.R. Lazio: Cass. civ. S.U., 5-1-1994, n. 52, *FI*, 1994, I, 732.