

INTRODUZIONE

DELIMITAZIONE DEL TEMA DI RICERCA SCOPI DELL'INDAGINE

La letteratura concernente le Autorità amministrative indipendenti ha ormai assunto una dimensione – quantitativa e qualitativa – rilevantissima, con approfondimenti e riflessioni che hanno interessato le tematiche più svariate.

Tra queste, e solo per citare le più significative, quelle concernenti le cause dell'erompere di tali Autorità¹, le peculiari caratteristiche delle stesse (tra cui l'indipendenza), la natura delle funzioni e dei poteri ad esse attribuiti e la valutazione della complessiva compatibilità del modello – cui le medesime vengono ricondotte – con le norme ed i principi costituzionali.

Meno indagata è invece la prospettiva del rapporto fra la regolazione (attività tipicamente affidata ad Autorità indipendenti) e la politica², con tale ultima espressione volendosi fare generale riferimento – questa almeno è la declinazione che si utilizzerà nel presente lavoro – agli Enti e agli organi titolari della definizione dell'indirizzo politico e/o di poteri normativi (Governo e Parlamento, ma non solo³).

¹Secondo l'espressione (che ha conosciuto una notevole fortuna, tanto da costituire il primo riferimento obbligato di qualsiasi bibliografia in tema di *Authorities*) utilizzata da A. PREDIERI nell'opera *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997.

²Come recentemente osservato da E. BRUTI LIBERATI nel lavoro monografico *La regolazione indipendente dei mercati. Tecnica, politica e democrazia*, Torino, 2019, 3.

³Quello legislativo-normativo costituisce uno degli strumenti (probabilmente il più significativo) per l'attuazione dell'indirizzo politico, inteso quest'ultimo quale attività di selezione e definizione dei fini dell'azione di governo volta a conseguire quegli scopi

Un'analisi relativa al profilo da ultimo citato porta ad interrogarsi su alcune questioni, che oggi paiono di assoluta attualità in considerazione del fatto che un numero sempre più ampio di settori - nei quali vengono in rilievo beni giuridici e interessi considerati particolarmente sensibili, nonché rilevanti sotto il profilo economico - risultano "affidati" alla cura di Autorità amministrative indipendenti (e in particolare a quelle di regolazione⁴, che nel prosieguo chiamere-

essenziali che la Costituzione individua in larga misura a mezzo di disposizioni programmatiche, e che devono pertanto «essere adeguati, per quanto attiene alla loro attuazione, alle situazioni concrete, variabili nel tempo, in una scala di priorità che corrisponde a una scelta tipicamente politica» (così. F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, XII ed., Milano, 2003, 390). La letteratura in materia di indirizzo politico è naturalmente vastissima. Per una bibliografia minima, si rimanda, tra gli altri, a V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi urbinati*, anno XIII, serie A, nn. 1-2-3-4, 1939, 53-172, ora in *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015, 3-120; S. MERLINI (a cura di), *Indirizzo politico e collegialità del Governo: miti e realtà nel Governo parlamentare*, Torino, 2011; C. MORTATI, *L'ordinamento del Governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), ristampa inalterata con prefazione di E. Cheli, Milano, 2000; M. AINIS (a cura di), *Indirizzo politico e costituzione: a quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines: giornate di studio*, 4-5 ottobre 1996, Milano, 1998; M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974; C. CHIMENTI, *Il controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, Milano, 1974; A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra governo e parlamento*, Milano, 1973; E. CHELI, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1961; G. PALLOTTA, *Il controllo politico del Parlamento sul Governo*, Roma, 1954; C. LAVAGNA, *Contributo alla determinazione dei rapporti giuridici fra Capo del Governo e Ministri*, Roma, 1942.

⁴Per quanto concerne i "tipi" di Autorità indipendenti (astrattamente configurabili e presenti nell'ordinamento) a livello ricostruttivo la dottrina oscilla tra una impostazione che individua una bipartizione (che vede contrapposte Autorità di regolazione e Autorità di garanzia) e una che delinea invece un insieme tripartito, considerando separatamente le Autorità di vigilanza (affiancate, nella classificazione, alle Autorità di regolazione e a quelle di garanzia). Sul tema, per approfondimenti, si rimanda in particolare a F. PATRONI GRIFFI, *Tipi di autorità indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 25 ss. e G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, f. 3, 645 ss. Altri autori hanno invece proposto una classificazione basata sulla distinzione tra Autorità di settore ed Autorità c.d. trasversali: le prime svolgono la propria funzione - regolatoria, di vigilanza, di controllo, ecc. - in relazione ad uno specifico e circoscritto settore; le seconde sono preposte alla cura di interessi che travalicano i confini di un singolo ambito, ed esercitano le proprie funzioni nell'attuazione della legge e per la tutela del bene giuridico loro assegnato da quest'ultima (fra le autorità "trasversali" deve certamente annoverarsi l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, preposta alla tutela del bene giuridico "concorrenzialità dei mercati", e non di un singolo settore).

mo anche semplicemente «i Regolatori») e nei quali si registra la rilevante presenza dell'ordinamento europeo, che richiede che a tali Autorità venga riconosciuto e garantito un ambito di operatività particolarmente ampio nonché che le medesime possano svolgere le proprie funzioni, al fine di conseguire gli obiettivi alle stesse affidati, in condizioni di indipendenza (organizzativa e funzionale) rispetto tanto al potere politico quanto al potere economico.

L'ordinamento europeo prevede, in sostanza, il conferimento di quelle che chiameremo “deleghe regolatorie” ad organismi dotati della caratteristica dell'indipendenza (della quale, peraltro, la Corte di giustizia, come si dirà nel prosieguo, richiede la garanzia di una sussistenza effettiva) affidando agli stessi il compito di scrivere le regole di specifici settori (la c.d. funzione di *rulemaking*⁵) in relazione a determinati aspetti.

Lo schema che si è delineato, che appare oggi ampiamente diffuso e codificato, nonché conforme a quel modello di Stato regolatore che ha ormai da decenni sostituito una impostazione imperniata su un'idea di dirigismo ed ampio interventismo dei pubblici poteri nell'economia⁶ (al netto, però, di riflussi che sembrano emergere pro-

⁵ Il termine *rulemaking*, secondo la definizione fornita dalla sez. 551 dell'*Administrative Procedure Act* statunitense del 1946, indica e descrive la funzione, di cui sono solitamente titolari organismi aventi caratteristiche di Agenzie, finalizzata a emanare, emendare o abrogare “regole” («*agency process for formulating, amending, or repealing a rule*»); trattasi di concetto che – nella sua linearità – intercetta pienamente, quantomeno sotto il profilo “oggettivo”, la nozione di regolazione che il presente lavoro intende prendere a riferimento (incentrandosi, il lavoro stesso, su un'attività di creazione di regole posta in essere da Regolatori dotati di un certo grado di indipendenza).

⁶ Lo Stato “interventore-dirigista” è «*dotato al contempo di funzioni di vero e proprio gestore e di controllore delle dinamiche che si realizzano al proprio interno*», mentre può definirsi “regolatore” quello Stato che «*si limiti a dettare le regole di funzionamento dei processi economici e a verificarne il rispetto mediante un idoneo sistema di controlli e la cui efficacia, tuttavia, deve ritenersi direttamente proporzionale proprio all'adeguatezza di questi ultimi*» (cfr., per entrambe le citazioni, M. D'APONTE, *Autorità e indipendenza della commissione di garanzia dei conflitti sindacali*, Torino, 2014, 10-11). Per un inquadramento della nozione di Stato regolatore e delle caratteristiche del modello si rimanda alla ormai “classica” opera di A. LA SPINA-G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, nonché a S. A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999, ed infine, per un riferimento alla letteratura straniera, a A. OGUS, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994 (ultima ed. del 2004 per Hart Publishing). Per una definizione di “direzione pubblica” dell'economia v. invece V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, in part. 27.

prio nei giorni in cui le presenti pagine vengono scritte^{7,8}) pone certo alcune problematicità, tra le quali, fra le prime per ordine di importanza, quella - ampiamente scandagliata dalla dottrina - che concerne la sottrazione di ampi settori ed attività a circuiti di responsabilità politico-ministeriale⁹, con il conseguente emergere di elementi e profili di criticità (specie in termini di compatibilità con i quadri costituzionali di riferimento degli ordinamenti nazionali) e la necessità di trovare soluzioni adeguatrici.

Le ragioni che giustificano e richiedono l'indipendenza dei Regolatori sono peraltro molteplici e verranno scandagliate in dettaglio nel

⁷In questo senso si consideri che, recentemente, si sono registrate esternazioni e iniziative di importanti esponenti politici contenenti espliciti riferimenti ad ipotesi di "azionariato di Stato" (si veda in questo senso una dichiarazione del Ministro dell'economia Gualtieri del 24 dicembre 2019 ripresa dalle principali testate giornalistiche nazionali) ovvero alla necessità di "pubblicizzare" (o "nazionalizzare") importanti - e problematiche - aziende (il "caso Ilva", in questo senso, è certamente emblematico, unitamente alla vicenda "Autostrade") o di riportare a livello ministeriale funzioni e competenze da tempo attribuite ad Autorità di regolazione. In riferimento a tale ultimo profilo, nel corso della XVIII legislatura (e specificamente il 23 marzo 2018) è stato presentato alla Camera un progetto di legge di iniziativa parlamentare (Daga e altri, A.C. 52, recante «*Disposizioni in materia di gestione pubblica e partecipativa del ciclo integrale delle acque*») il cui art. 8, al comma 7, è volto ad attrarre alle attribuzioni ministeriali (ed in specie a quelle del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare) le competenze di ARERA in materia di regolazione del servizio idrico integrato. Come si dirà, si tratta dell'ultimo di una serie di progetti e iniziative normative volte a riallocare a livello ministeriale competenze attualmente attribuite all'Autorità.

⁸Alle considerazioni di cui sopra aggiungasi che l'emergenza legata al *Covid-19* ha imposto un ripensamento generale degli approcci alle politiche economiche, nell'ottica di un allentamento dei vincoli di bilancio europei (ed in particolare delle note e "famigerate" percentuali del 3% del rapporto deficit/PIL e del 60% del rapporto debito pubblico/PIL introdotte dal c.d. "six pack" del 2011, per un commento al quale si rimanda a V. GASPARINI CASARI, *Una calda estate. Note preliminari sulla crisi dei 'debiti sovrani'*, in *Dir. econ.*, 2011, ff. 3-4, 521 ss.) e del varo di strumenti economico-finanziari inediti, come il c.d. *recovery fund*. Nei giorni in cui queste pagine vengono scritte è di fatto in corso una riflessione generale concernente gli assetti politici, economici e giuridici della nostra società (ed in particolare dell'Europa) gli esiti della quale è allo stato impossibile prevedere, ma che indubbiamente restituirà una realtà (molto) diversa da quella che avevamo conosciuto in epoca pre-*virus*, e dalla quale anche la regolazione potrebbe uscire modificata.

⁹Sull'indipendenza (organizzativa e - soprattutto - funzionale) quale elemento idoneo a determinare la sottrazione delle Autorità di regolazione a circuiti di responsabilità politico-governativa (ai sensi dell'art. 95 Cost.) v. TAR Milano (Lombardia), Sez. I, 24 luglio 2020, n. 1444, riferita nello specifico ad ARERA.

corso del lavoro: tra esse, tra le prime in ordine di rilevanza, quelle che attengono alla effettività e all'efficacia della funzione, rispetto alle quali l'indipendenza delle Autorità di regolazione risulta strumentale.

È tutto quanto sopra riportato, unitamente all'idea della sostanziale irreversibilità del modello della regolazione indipendente (non in senso assoluto, quanto piuttosto in termini di preferibilità dello stesso, rispetto ad altri, sotto il profilo dell'efficacia e dell'efficienza¹⁰) a rendere non secondarie indagini sul rapporto tra la regolazione medesima e la politica, tema che può peraltro essere declinato secondo vari profili, dei quali il presente lavoro intende sceglierne e indagarne uno specifico: quello concernente le relazioni che vengono a instaurarsi tra le regole di «fonte regolatoria», frutto dell'attività di regolazione delle Autorità, e quelle prodotte *aliunde* da altri soggetti - facenti parte dell'ordinamento nazionale - titolari di potestà normativa (e in specie Governo e Parlamento).

Nel momento in cui si indaga il rapporto tra Autorità indipendenti e organi titolari della definizione dell'indirizzo politico e/o di poteri normativi risulta interessante porre ad oggetto di analisi il rapporto tra le regole (che costituiscono il prodotto rispettivamente della regolazione e della attività normativa) in quanto la potestà di scrivere e adottare norme (regole) che risultino vincolanti per una collettività più o meno vasta rappresenta probabilmente - con la sola possibile eccezione della funzione giurisdizionale - la caratteristica

¹⁰M. RAMAJOLI, in un recente contributo (dal titolo *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, vol. II, *Garanzie dei diritti e qualità dei servizi*, Bologna, 2019, in part. 459) dà peraltro atto di una rilevata (da più parti) crisi del modello delle Autorità amministrative indipendenti, modello che starebbe seguendo la fase calante di una «parabola che condurrebbe dal loro originario "erompere" (secondo la nota espressione di Predieri) negli anni Novanta del secolo scorso all'odierno e inarrestabile sfiorire», ma del quale non si intravedono ancora reali, possibili sostituti. Già nei primi anni del 2000, del resto, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, 99, segnalava una serie di «interventi legislativi diretti al superamento delle forme di regolazione indipendente» a mezzo dei quali le Autorità venivano «progressivamente esautorate di competenze».

Il tema del rapporto tra competenze governativo-ministeriali e regolazione indipendente, dopo questo breve accenno, verrà ripreso, con specifico riferimento ai settori dell'energia elettrica e del gas, nel par. 4.3 del Capitolo Quarto del presente lavoro (denominato «*Il rapporto tra regolazione indipendente e politica nel "Terzo pacchetto energia"*»).

nella quale si esprime la pienezza della sovranità (per gli ordinamenti statuali¹¹) ovvero dell'indipendenza (per le Autorità di regolazione).

In questa prospettiva non è certo un caso che la capacità di darsi una propria normazione – vale a dire regole riferite ad una determinata collettività, che quest'ultima è tenuta a rispettare e che risultano gerarchicamente ordinate e tra loro coordinate a formare un sistema tendenzialmente completo – costituisce, nelle elaborazioni delle c.d. teorie pluralistiche, uno dei tre elementi essenziali per poter configurare la sussistenza di un ordinamento giuridico¹².

In questa sede non si affronterà la questione relativa al se i settori regolati costituiscano o meno ordinamenti dotati di tali caratteristi-

¹¹ Quello di sovranità è concetto «*estraneo alla concezione politico-giuridica degli antichi*» (così D. PASINI, *Riflessioni in tema di sovranità*, Milano, 1968, in part. 9), presente in forma embrionale negli ordinamenti tardo-feudali e monarchici e che si sviluppa e afferma pienamente con la nascita dello Stato moderno e dell'idea di Nazione (cfr. M. FIORAVANTI, *Sovranità*, in *Enc. delle scienze sociali*, vol. VIII, Roma, 1998, 270 ss.). Originariamente descritta e definita in termini di «*potere assoluto e perpetuo*» (così J. BODIN, *I sei libri dello stato*, vol. I, ed. it. 1964, Torino, 345) nell'ambito del processo di affermazione degli Stati nazionali la sovranità ha assunto fundamentalmente il ruolo di strumento giuridico-politico che consentiva a questi ultimi «*di affermarsi sull'organizzazione medioevale del potere, basata, da un lato, sui ceti e sugli Stati e, dall'altro, sulle due grandi coordinate universalistiche del Papato e dell'Impero: questo av[veniva] secondo un'esigenza di unificazione e di concentrazione del potere, per realizzare in una sola istanza il monopolio della forza in un determinato territorio e sopra una determinata popolazione, per realizzare nello Stato la massima unità e coesione politica*» (così D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Roma-Bari, 2004, 6). A partire dalla fine del Settecento il riconoscimento della sussistenza della sovranità diviene poi elemento centrale, nell'ambito del diritto internazionale, al fine di riconoscere la soggettività (internazionale) di uno Stato (ordinamento). Tale soggettività, legata a doppio filo all'effettività dell'ordinamento, diventa il vero e proprio prisma «*per l'accertamento dell'esistenza vitale di un governo o di uno Stato e quindi per il riconoscimento della soggettività internazionale dell'uno o dell'altro*» (così P. PIOVANI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 420).

¹² Il riferimento è alle seguenti opere di M.S. GIANNINI: *Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, ora in *Scritti*, vol. VIII, 1984-1990, Milano, 2006, 1095 ss.; *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, ora in *Scritti*, vol. IV, 1955-1962, Milano, 2004, 337 ss.; *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Atti del XIV Congresso internazionale di sociologia*, Roma, 1950, ora in *Scritti*, vol. III, 1949-1954, Milano, 2003, 405 ss. e, infine, *Prime osservazioni sugli ordinamenti giuridici sportivi*, in *Riv. dir. sport.*, 1949, anch'esso in *Scritti*, vol. III, cit., 83 ss. Già secondo Santi Romano, del resto, quello della normazione configurava il vero elemento costitutivo di un ordinamento giuridico, che poteva rinvenirsi anche in "contesti" diversi da quello statale (cfr. sul punto l'opera *L'ordinamento giuridico*, Firenze, I ed. 1918 – ristampa II ed. 1962).

che: trattasi di tematica di carattere generale già affrontata, in passato, da grandi Maestri¹³, ma non particolarmente utile a inquadrare da un punto di vista sistematico il rapporto tra regolazione e politica, oggetto della presente indagine.

Piuttosto, effettuata una ricostruzione di carattere generale il presente lavoro indagherà un aspetto specifico (riconducibile sempre al tema del rapporto tra regole di diversa matrice: regolatoria e politica) e sosterrà una precisa tesi: quella secondo la quale le esigenze di effettività ed efficacia della regolazione, strumentali a una piena attuazione della “delega” conferita alle *Authorities*, richiedono di delimitare in termini il più possibile precisi gli ambiti di operatività delle diverse regole e di individuare una (per quanto piccola) sfera sostanzialmente riservata alle regole di fonte regolatoria.

Ciò verrebbe imposto, in questa ricostruzione, dalla necessità di realizzare e garantire quello che nel prosieguo definiremo il «dominio delle regole», il quale (è ciò su cui parimenti si argomenterà) deve essere attribuito e riconosciuto alle Autorità di regolazione in quanto elemento dell’indipendenza funzionale delle stesse e, per essa, della garanzia dell’efficacia e dell’effettività della regolazione (oltre ad essere espressamente richiesto dalle norme europee).

Detto «dominio» si configura, in via di prima approssimazione, secondo due principali linee direttrici.

Sotto un primo profilo, il dominio si riferisce alla capacità del Regolatore di creare, libero da condizionamenti, le regole afferenti al settore allo stesso affidato, e di essere pertanto “*dominus*” pieno e sostanziale del processo di *rulemaking*: in questo senso, può dirsi che il Regolatore ha il dominio della funzione regolatoria se è in grado, da un lato, di decidere (nell’ambito della cornice normativa di riferimento) quali e quante regole creare, secondo il contenuto che sceglie liberamente di dare alle stesse (scelta del «*se*», dell’«*at*» e del

¹³Di qualificabilità dei settori regolati in termini di “ordinamenti giuridici” parlò sempre Massimo Severo Giannini (cfr. M.S. GIANNINI, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, 1949, 105 ss.) riferendosi specificamente al settore creditizio ma con rilievi e analisi suscettibili di essere trasposti e riferiti anche ad altri settori assoggettati a regime regolatorio; la ricostruzione del Maestro fu tuttavia successivamente fatta oggetto di critiche, e intraprese un graduale percorso di obsolescenza, fino a risultare del tutto abbandonata (come rileva M. RAMAJOLI, *Tutele differenziate nei settori regolati*, in *Riv. reg. merc.*, 2015, f. 1, in part. 10 e nota 13).

«*quomodo*» del regolare); dall'altro se ha la capacità e la "libertà" di mettere le regole a sistema, così realizzando un «quadro regolatorio» coerente e coeso. Tale secondo aspetto, concernente la creazione e il mantenimento di un sistema (quadro) – quale elemento diverso e ulteriore rispetto alle regole isolatamente considerate – risulta strumentale, lo si dirà meglio poi, ad incrementare il grado di efficacia delle regole stesse e così a meglio garantire l'effettiva attuazione della delega regolatoria conferita alle Autorità indipendenti dalle norme attributive del potere.

Sotto altro profilo, che qualificheremo «fronte esterno», il dominio richiede l'assenza (ovvero la eventuale sterilizzazione) di fattori di provenienza esogena al settore regolato che possano produrre effetti sulle regole, ovvero sul quadro regolatorio nel suo complesso, determinandone il venir meno (o anche solo il semplice affievolimento) dell'efficacia e dell'effettività.

L'esistenza di tali fattori esterni si riferisce al «dominio delle regole» (e per esso all'indipendenza funzionale dei Regolatori) nella misura in cui solo un Regolatore che, oltre ad essere libero di creare le proprie regole e ordinarle in un sistema (quadro) coerente, non veda quest'ultimo venir "messo in disordine" da fattori esterni, può considerarsi effettivamente indipendente, e dunque in linea con il modello delineato dalle norme europee e "interpretato" dalla Corte di giustizia.

Rispetto ad entrambi i profili del «dominio» che si sono descritti è venuto in rilievo un concetto, quello di «quadro regolatorio», che non risulta codificato né definito a livello di norme nazionali ed europee.

In ambito dottrinale e giurisprudenziale il concetto stesso viene invece utilizzato, ed anche con una certa frequenza, ma in termini per lo più descrittivi, senza pretese dogmatiche, di sistemazione scientifica ovvero di "categorizzazione" (e non certo quale elemento utile a delineare i rapporti tra regolazione e politica)¹⁴.

Le difficoltà dell'inquadramento del concetto sono costituite – oltre che dal dato, principale e già accennato, dell'assenza di una defi-

¹⁴Solo per citare le pronunce più recenti che hanno utilizzato il termine (specificamente in relazione alla regolazione di ARERA) cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6 ottobre 2020, n. 5889; TAR Milano (Lombardia), Sez. I, 9 settembre 2020, n. 1647; Cons. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5024; TAR Milano (Lombardia), Sez. II, 23 luglio 2020, n. 1431.

nizione codificata a livello normativo – dal fatto che la locuzione «quadro regolatorio» è composta da due lemmi che necessitano, ognuno per sé considerato, di un tentativo di delimitazione e definizione. Il termine “regolatorio”, del resto, sconta, da parte sua, le problematiche definitorie proprie della regolazione (di cui ampiamente si dirà).

Chi scrive, pur consapevole della difficoltà dell’impresa, intende comunque tentare di definire tale concetto, o quantomeno di delinearne contorni il più possibile precisi, dal momento che, come si è anticipato e come più diffusamente si argomenterà, è in riferimento non tanto alle singole regole quanto piuttosto al quadro regolatorio complessivamente considerato che può misurarsi il grado e la pienezza del «dominio» (del Regolatore), e con esso l’efficacia della funzione regolatoria e conseguentemente l’effettiva attuazione della delega conferita dalle norme europee, le quali (efficacia della funzione ed effettività della delega) richiedono in particolare che il quadro regolatorio dello specifico settore considerato risulti coerente, ordinato e armonizzato, e che rispetto alle regole che compongono il medesimo non si creino antinomie, contraddizioni, duplicazioni (di obblighi o adempimenti) ovvero vuoti regolatori. Tale ultimo aspetto è funzionale al buon andamento della funzione regolatoria (e quindi alla sua efficacia) nella misura in cui, da un lato, l’assenza di vuoti, contraddizioni o antinomie costituisce segno di una “buona” attività regolatoria, dall’altro che un quadro coerente e ordinato aumenta le proprie possibilità di essere rispettato dai destinatari delle regole (i c.d. regolati).

Il «dominio delle regole», così declinato, è dunque fattore che deve essere garantito al Regolatore, ma rispetto al quale il medesimo ha anche una specifica “responsabilità”, che per essere effettiva ed “esigibile” richiede che quest’ultimo possa svolgere la propria attività libero da condizionamenti (e, quindi, in modo indipendente).

In tale ottica, al Regolatore deve dunque essere riconosciuta la capacità di effettuare, oltre a quelle scelte che definiremo «puramente regolatorie» (aventi natura prevalentemente se non esclusivamente tecnica), valutazioni – alle prime legate a doppio filo – concernenti la coerenza complessiva del quadro stesso e le modalità per armonizzare, rispetto ad esso, una *introducenda* regola.

Questa affermazione implica la necessità di interrogarsi su quale

sia la natura delle valutazioni delle Autorità di regolazione da ultimo considerate, che sono qualitativamente diverse da quelle «puramente regolatorie».

Occorre inoltre domandarsi se tali valutazioni, per poter essere pienamente “imputabili” ai Regolatori indipendenti, debbano essere in qualche modo agli stessi “riservate” in via esclusiva, ovvero se alle stesse possano partecipare altri fattori o soggetti.

In tale ottica vengono in rilievo tutti quegli elementi che possono incidere sul processo di creazione delle regole, condizionandolo; nel corso del lavoro se ne individueranno in particolare due, costituiti dalla partecipazione procedimentale e dall’inserimento, dei Regolatori, in un *network* (di altri Regolatori) previsto e disciplinato dalle disposizioni europee.

Ciò per quanto concerne il «fronte interno» del dominio, che si declina da un lato nella responsabilità dei Regolatori nella creazione delle “proprie” regole e nella messa delle stesse a sistema, al fine di conseguire una maggior efficacia ed effettività della regolazione (e così adempiere pienamente alla delega ricevuta dalle norme europee), dall’altro nella garanzia dell’indipendenza funzionale degli stessi, in quanto solo un Regolatore libero nel proprio agire può essere considerato “responsabile” dei risultati da conseguire (e del loro eventuale mancato conseguimento).

In riferimento, invece, a quello che è stato definito «fronte esterno», si pone l’esigenza di mettere a punto meccanismi ed istituiti atti a sterilizzare fattori che, incidendo su uno specifico quadro regolatorio, ne facciano venir meno la coerenza interna complessiva - determinando il sorgere dei sopradescritti fenomeni di antinomie, di “vuoti regolatori”, contraddizioni e così via - in tal modo affievolendo almeno in parte il «dominio» dei Regolatori (nella misura in cui le regole di matrice regolatoria verrebbero in tali ipotesi modificate o comunque incise da elementi esterni ed estranei alla volontà dell’Autorità di riferimento).

Tra questi fattori, una rilevanza peculiare dovrebbe riconoscersi alle “altre regole” - quelle di “provenienza esterna” alla regolazione - ed in specie alle norme prodotte dal legislatore (sia esso il Governo ovvero il Parlamento).

Tali regole di «provenienza esterna» sono certo suscettibili di incidere in varia misura sulla regolazione e su specifici quadri regolatori.

Possono, in primo luogo, venire in rilievo veri e propri “sconfinamenti” (della normazione nella regolazione) le conseguenze dei quali saranno diverse a seconda che essi si riferiscano ad un quadro regolatorio «astratto» (vale a dire ai confini esterni del perimetro di regole “astrattamente adottabili” dall’Autorità nell’esercizio delle proprie funzioni, a prescindere dal fatto che regole di provenienza regolatoria effettivamente sussistano) ovvero ad un quadro regolatorio «concreto», costituito dalle regole effettivamente poste in essere dall’Autorità¹⁵.

Secondariamente, le regole di provenienza extra-regolatoria (norme prodotte da Governo o Parlamento o da altri soggetti titolari di potestà normativa secondaria) possono, anche laddove non incidano direttamente (mediante i prescritti sconfinamenti) su uno specifico quadro regolatorio, determinare il sorgere di fattori in grado di incrinare la coerenza complessiva del quadro medesimo e, a cascata, delle singole regole che lo compongono.

Tutti i predetti elementi (i quali, a giudizio di chi scrive, possono configurare quelle inammissibili «influenze esterne» sulla regolazione che la Corte di giustizia ha in più occasioni stigmatizzato) devono essere in qualche modo neutralizzati, pena il venir meno del «dominio» dei Regolatori sulle proprie regole – con le conseguenze che si sono, d’altronde, descritte – e l’emergere di profili di contrasto con l’ordinamento europeo, che prescrive l’indipendenza funzionale di tali Regolatori (di cui, lo si ribadisce, il «dominio delle regole» costituisce, nella tesi che si è a sostenere, elemento ed estrinsecazione).

Il tema è certamente articolato (come parimenti articolati e complessi sono tutti i “sotto-temi” che lo compongono) e chi scrive è ben consapevole del fatto che quella esposta è (solo) una tesi, che come

¹⁵Sconfinamenti relativi al quadro regolatorio «astratto» potrebbero configurare l’emergere di profili di incompetenza, nella misura in cui in detta ipotesi la regola di matrice normativa invaderebbe la sfera di attribuzioni dell’Autorità di regolazione. Sconfinamenti concernenti il quadro regolatorio «concreto» potrebbero invece determinare il sorgere (oltre che, anche in questo caso, di profili di incompetenza) di vere e proprie antinomie fra regole, che potrebbero fare emergere elementi di invalidità delle norme (di provenienza extra-regolatoria) in termini di contrasto con la Carta costituzionale, con fonti di rango primario (in caso di normazione secondaria) ovvero con l’ordinamento europeo (per le ipotesi in cui si rinvenga una matrice europea della regolazione, come per i settori dell’energia elettrica e del gas naturale, che saranno fatti oggetto di analisi nella presente opera).

tutte le tesi deve essere motivata e giustificata: ciò che si proverà a fare nel corso dell'opera mediante richiami a elementi di diritto positivo, alla giurisprudenza europea e a considerazioni di carattere sistemico, che si auspica siano suscettibili di corroborare la tesi stessa.

Tesi che, se condivisa, imporrebbe peraltro di affrontare talune questioni non trascurabili. In particolare, qualora si concordasse con l'idea che effettivamente un «dominio» sulle (proprie) regole debba essere riconosciuto al Regolatore indipendente (nel senso sopra indicato), dovrebbe giungersi alla conclusione che norme adottate dal Parlamento o dal Governo che producano l'effetto di incidere (illegittimamente) su un quadro regolatorio, così affievolendo tale dominio, debbano considerarsi inammissibili e affette da un qualche genere di invalidità, anche in considerazione della «matrice europea» di molti dei Regolatori indipendenti.

In tale contesto si pone il tema della definizione - in termini il più possibile precisi - degli ambiti di operatività rispettivamente delle regole di fonte regolatoria e delle «altre» regole: a tale fine il presente lavoro si permetterà di proporre un possibile criterio (anzi, un vero e proprio «*test*»), utilizzabile dall'interprete al fine di stabilire quale sia, nelle fattispecie che di volta in volta possono venire in rilievo, l'Autorità titolare del potere di dettare la regola specifica, e dunque del «dominio» sulla stessa.

Un «*test*» che potrà essere utilizzato anche dal legislatore, al fine di conoscere a priori (con ragionevole grado di certezza) se la specifica regola che intende adottare presenti profili di interferenza con una regolazione di settore tali da esporre la regola stessa a provvedimenti giurisdizionali suscettibili di determinarne il venir meno dell'efficacia (mediante annullamento o disapplicazione).

Così sommariamente delineato il percorso argomentativo, prima di procedere per passaggi successivi a definire concretamente il medesimo siano consentite due ultime considerazioni, di carattere preliminare, che in realtà configurano indicazioni di ordine «metodologico».

In primo luogo, il presente lavoro, pur muovendo da una riflessione di carattere generale concernente il rapporto tra regolazione e politica, dopo una Prima parte volta ad analizzare taluni istituti e concetti (come quelli di regolazione e indipendenza) riferibili in varia misura a tutti i Regolatori e settori regolati, approfondirà specificamente due di essi (anche se non mancheranno richiami sporadici

ad altri settori, come si vedrà), nonché le caratteristiche di uno specifico Regolatore: i settori in parola sono, come il titolo dell'opera rivela, quelli dell'energia elettrica e del gas naturale, mentre il Regolatore è l'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente (ARERA).

Tale scelta discende dalla necessità di circoscrivere una riflessione che, ove dovesse estendersi a tutti i settori regolati, potrebbe finire per occupare migliaia di pagine, ed è giustificata dal fatto che ARERA rappresenta per certi versi l'Autorità di regolazione paradigmatica, quantomeno in riferimento ai servizi di pubblica utilità, di talché le riflessioni che si condurranno sulla medesima potranno estendersi, *mutatis mutandis*, anche ad altri settori (in particolare a quelli in cui vengono in rilievo servizi di pubblica utilità ma, almeno in parte, anche a quello dei mercati finanziari, il quale tuttavia presenta caratteristiche particolarissime che lo differenziano da tutti gli altri).

In ragione di ciò, nella Prima parte del presente lavoro si parlerà in via generale, e in un'ottica ricostruttiva, dei concetti di regolazione e di indipendenza, e si delinerà nel dettaglio il tema del «dominio delle regole», nelle sue diverse sfaccettature, mentre nella Seconda parte si incentrerà l'attenzione sui due settori specifici, declinando gli istituti delineati in via generale in riferimento ai settori medesimi.

In secondo luogo, e conclusivamente, si precisa poi che per esigenze di semplificazione nel presente lavoro si utilizzerà con grande frequenza il termine “regola”, riferito a elementi propri tanto della regolazione quanto della normazione (primaria, secondaria e di matrice “parlamentare” o “governativa”). L'uso di tale “generico” termine (del quale, riferito alla regolazione, si definiranno connotati precisi) si avrà tutte le volte nelle quali si ragionerà in via generale del rapporto tra l'attività di produzione di regole da parte della regolazione ovvero della politica, senza che rilevi la natura ovvero lo specifico contenuto della regola stessa. Ciò al fine di non appesantire la trattazione con riferimenti - effettuati di volta in volta - da un lato a tutta la possibile gamma di atti nei quali possono estrinsecarsi l'attività normativa ovvero la regolazione, dall'altro alla differenza fra la regola come dedotta in un enunciato (la disposizione) e le possibili interpretazioni della stessa (le norme dalla medesima ricavabili).

PARTE PRIMA

AMMINISTRAZIONI INDIPENDENTI,
FUNZIONI REGOLATORIE E RAPPORTI
TRA ORDINAMENTO NAZIONALE
ED ORDINAMENTO EUROPEO

CAPITOLO PRIMO

LA NATURA «PROTEIFORME» DELLA REGOLAZIONE

SOMMARIO: Premessa. - 1.1. Un concetto di difficile inquadramento. - 1.2. La nozione di «regola». - 1.3. L'oggetto e l'ambito della regolazione: i settori regolati. - 1.4. Regolazione finalistica e regolazione condizionale. - 1.5. Il profilo soggettivo: le caratteristiche dei Regolatori (rinvio). - 1.6. Le ragioni dell'intervento regolatorio pubblico e il «nucleo minimo di funzioni» dei Regolatori: tariffe, tutela dei soggetti deboli, qualità dei servizi. - 1.7. La regolazione e le altre fonti di produzione di regole. Le peculiarità della funzione regolatoria e la partecipazione dei regolati al "farsi" delle regole. - 1.8. L'ultimo tassello della definizione: la matrice europea delle funzioni regolatorie. - 1.9. Funzione regolatoria e natura del potere: l'attività delle Autorità di regolazione fra ponderazione di interessi e valutazioni tecniche. - 1.9.1. Discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica. - 1.9.2. Natura e caratteristiche delle funzioni regolatorie.

Premessa

In un percorso di ricerca volto ad analizzare l'indipendenza delle Autorità di regolazione (e di ARERA in particolare) attraverso il prisma della funzione regolatoria è parso corretto e utile porsi l'obiettivo preliminare di chiarire cosa il presente lavoro e l'ordinamento europeo intendano per regolazione.

Ciò risulta viepiù necessario in ragione delle molte possibili declinazioni che tale concetto ha assunto e può assumere, e la conseguente necessità di scegliere una di esse da prendere a riferimento, anche al fine di circoscrivere l'oggetto dell'indagine.

1.1. *Un concetto di difficile inquadramento*

Quello di regolazione è concetto fra i più controversi e meno definiti che la scienza giuridica (non diversamente da quella economica) si sia trovata a dover analizzare¹.

Della nozione in esame non a caso si rinvengono plurime declinazioni ma, al contempo, della stessa non esiste una definizione univoca e unanimemente accettata².

In effetti, definire la “regolazione” in senso assoluto non è probabilmente possibile, dal momento che i confini e la fisionomia del concetto mutano a seconda del contesto in cui il medesimo è inserito, dell’oggetto dello stesso nonché delle finalità che con l’attribuzione di funzioni regolatorie ad un determinato Ente si vogliono, di volta in volta, perseguire.

Prendendo atto di ciò, alcuni osservatori hanno pragmaticamente osservato come, abbandonata ogni pretesa di definizione e sistematizzazione avente carattere generale e applicabile a tutte le tipologie di intervento regolatorio, «*la soluzione che appare preferibile è quella di definire di volta in volta i confini della categoria in relazione allo specifico problema o alla specifica disciplina da considerare*»³.

¹ F. FOLLIERI, *La regolazione economica dei porti e degli aeroporti, tra fallimenti del mercato e fallimenti della regolazione*, in *Dir. econ.*, 2017, f. 3, 675, denuncia il carattere «*fortemente ambiguo*» del termine «*regolazione*» (corroborando la propria affermazione con un richiamo alle considerazioni contenute nell’opera di R. BALDWIN-C. SCOTT-C. HOOD, *A Reader on Regulation*, Oxford, 1998, i quali rilevano come effettivamente del concetto di «*regolazione*» si rinvenga una moltitudine di definizioni). Di «*notoriously contested concept*» hanno invece parlato L. HANCHER-M. MORAN, *Introduction: Regulation and Deregulation*, in *European journal of political research*, 1989, in part. 129.

² Come recentemente rilevato da P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2018, f. 2, 337 ss. e in part. 350-353. Osserva del resto V. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e funzionalizzazione del contratto*, in E. PICOZZA-V. RICCIUTO, *Diritto dell’economia*, Milano, 2017, 277 che «*i tentativi di definire la “regolazione” del mercato sono stati numerosi, ma voci hanno denunciato l’eccessiva atecnicità e genericità della maggioranza delle definizioni suggerite*», e sulle stesse posizioni è N. RANGONE, voce *Regolazione*, in *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 2006, 5057, la quale rileva come «*la delimitazione dell’ambito della regolazione lascia immediatamente emergere difficoltà definitorie, talvolta rivelatrici di divergenze sostanziali di impostazione*».

³ Così E. BRUTI LIBERATI, *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in *Riv. reg. merc.*, 2014, f. 1, 93.