

Indipendenza delle Autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*

Giovanna De Minico

SOMMARIO: 1. I tre punti. - 2. La natura della *regulation* delle Autorità Indipendenti. - 3. La sua compatibilità con l'ordinamento nazionale (3.1. La tesi della partecipazione al processo decisionale. - 3.2. - La giustificazione del diritto comunitario). - 4. I rimedi per ricondurre a legittimità il sistema nazionale: la revisione costituzionale (4.1. I rimedi a Costituzione invariata).

1. - I tre punti

Nella mia riflessione sulla regolazione delle Autorità Indipendenti (d'ora in avanti con l'acronimo A.I.) assumerò come punto di avvio il "tipo" regolatorio concretamente realizzato; di questo esaminerò la compatibilità costituzionale e comunitaria; e, in caso di esito negativo, proporrò un disegno di funzione normativa più coerente con gli equilibri istituzionali e meno sfuggente al principio di responsabilità politica.

2. - Natura della regulation dell'A.I.

Le Autorità sono state create per rendere una prestazione di garanzia, cioè evitare che si verifichi un evento temuto. Uso questa definizione, la cui lontananza nel tempo¹ non perde il pregio di cogliere l'*ubi consistam* della funzione: attività di un soggetto non agente volta ad assicurare la regolarità degli atti dei pubblici poteri. Vediamone i tre elementi costitutivi: oggetto, pericolo e rimedio rispetto alle nostre Autorità.

L'oggetto, il bene protetto dalla prestazione di garanzia, è la specifica libertà fondamentale, affidata alle cure della rispettiva Autorità: il pluralismo informativo e la neutralità delle reti, nei regolamenti dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni; l'integrità dei dati personali, nelle autorizzazioni generali del Garante per la protezione dei dati personali; l'equilibrio competitivo, nei rari esempi di norme

* Il presente lavoro è destinato agli Scritti in onore di Valerio Onida. Esso prosegue una riflessione, i cui primi elementi si trovano nell'Audizione resa il 26/1/2011 alla I Commissione della Camera dei Deputati durante l'indagine conoscitiva sulle "Autorità Amministrative Indipendenti", disposta nel corso della Leg. XVI. Il testo dell'audizione è reperibile in <http://www.camera.it/461?stenog=/dati/leg16/lavori/stencomm/01/indag/indipendenti/2011/0126&pagina=s010>

¹ Ferrari G. (1956).

dettate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato; e infine, l'investimento consapevole, nei regolamenti della Commissione nazionale per le società e la borsa. Il secondo termine della definizione, il pericolo, si articola in un rischio pubblico e in uno privato. Il primo è il timore che la decisione normativa delle A. sulle libertà fondamentali obbedisca al comando politico di maggioranza. Il secondo è l'ineliminabile rischio della possibile trasgressione delle regole da parte di chi è tenuto a osservarle.

A pericoli duplici corrispondono rimedi duplici.

Al rischio di una regolazione porosa all'indirizzo politico il legislatore risponde con una riserva di regolazione a favore delle A.I., soggetti che, per collocazione istituzionale, opporranno l'indisponibilità a quel indirizzo, ove impartito.

Al rischio di condotte private lesive delle regole il legislatore risponde affidando alle Autorità il compito di ripristinare la legalità violata.

Da quanto detto è evidente che la prestazione di garanzia delle Autorità si compie, non nell'eterovalutazione obiettiva delle condotte altrui, bensì nella regolazione, antecedente logico e cronologico della prima.

Regolare significa costituire l'ordinamento giuridico con prescrizioni comportamentali astratte e generali, e quindi, ripetibili nel tempo, dirette a stabilire una misura di convivenza tra le libertà fondamentali in gioco: la libertà d'impresa con il diritto all'investimento consapevole, le libertà politiche con il diritto a disporre dell'impresa di comunicazione, la riservatezza con il diritto a essere informati, la libertà di navigare in internet con la difesa del diritto d'autore.

La regola dell'equilibrata coesistenza tra le ricordate coppie di interessi non è rinvenibile nelle leggi attributive della funzione normativa, le quali infatti, dicono il meno possibile, limitandosi ad articolare nudi elenchi di valori², rispetto ai quali ciascuna autorità disegnerà azioni di regolamento dei confini, cioè deciderà fino a che punto un bene si possa dilatare e da che momento in poi debba arretrare per fare spazio al suo valore antagonista³. L'esame fin qui condotto pone un interrogativo: il pericolo dal quale le Autorità ci vogliono proteggere, cioè una disciplina sulle libertà obbediente al *dictat* della politica, non è meno grave del rischio di una regolazione sostanzialmente primaria, svincolata dal comando politico, autoreferenziale e quindi inidonea a comporre l'oggetto di un giudizio di responsabilità politica?

Perché "regole sostanzialmente primarie e autoreferenziali"?

È vero che le A. devono produrre norme aderenti alle dinamiche dei fatti, *reasonable*⁴, risultato possibile se l'A. acquisisca i fatti dal luogo in cui nascono, ma la corretta rilevazione del dato materiale è solo il momento iniziale di un processo destinato a concludersi in un atto volitivo.

La genesi endogena delle regole non deve condurre a sopravvalutare il ruolo della "necessità" dei fatti nella produzione delle norme, per la cui definizione rimane indispensabile l'impiego di energie volitive. E ciò perché i fatti, una volta rilevati,

² Tra i molti: Torchia L. (1992); Vesperini G. (1993) e Manetti M. (1994).

³ Chevallier J. (1995).

⁴ Nonet P. - Selznick P. (1978); Ogus A. (1995); Black J. (1997) e Baldwin R. - Cave M. (1999).

vanno interpretati, organizzati, valutati in base a parametri tecnici, di non sicura acquisizione, perché non derivabili da scienze esatte, quali quelle “fondate sulla causalità meccanica”, ma da elementi indefiniti, sistemi valoriali che ogni autorità si dà al punto che, mutata quest’ultima, muterebbe anche il criterio, e nulla ci assicurerebbe il medesimo risultato regolativo⁵.

Più precisamente, nel caso in cui la decisione su di un fatto rimandi a un sistema di principi incompiuto, il suo esito si risolverà in una “questione scientifica controversa”⁶ in ragione appunto della presenza di “ineliminabili fattori di incertezza dovuti a carenze nelle conoscenze scientifiche”. Cade pertanto il mito⁷ della natura “obiettiva” di tali regole, tutt’altro che assolute, risentendo esse del modo di pensare del loro autore.

In conclusione, se ancora vogliamo utilizzare l’attributo “tecnico” per definire le norme elaborate dalle A.I., possiamo farlo a condizione di assumerlo non per indicare un processo regolativo automatico, dal risultato univoco e obiettivo, ma solo per affermare la stretta “inerenza” della regola alla logica interna di settore.

3. - *La sua compatibilità con l’ordinamento nazionale*

Se il Legislatore facesse il suo mestiere, cioè selezionasse valori e criteri orientativi del futuro potere regolativo, e questo, a sua volta, si attenesse alle indicazioni del primo, l’autonomia decisionale delle Autorità risulterebbe anticipatamente contenuta “dans le cadre défini par les lois”⁸. Nei fatti è accaduto altro: il regolamento delle A. ha dato agli interessi quella concreta consistenza negata loro dal legislatore primario, diventando così un polo normativo autosufficiente, perché non prosegue, ma avvia *ex novo* il “processo di integrazione politica”, che poi porta a compimento⁹. La confusione in un unico atto di due momenti che andrebbero invece mantenuti distinti, la scelta della modalità più appropriata di realizzazione dei valori e la sua successiva implementazione, rende ineffettivo il principio di gerarchia¹⁰, il quale esige la subordinazione attuale del regolamento alla legge. Se dunque non si vuole svuotare questa garanzia costituzionale, il regolamento deve parlare per secondo; nel nostro caso l’atto delle A.I. possiede una secondarietà solo potenziale perché in mancanza di una legge come disciplina sostanziale della materia il regolamento è legge di se stesso: ma non si è secondi, se manca chi deve venire per primo¹¹.

⁵ Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (2011), *Consultazione pubblica in materia di regolamentazione dei servizi di accesso alle reti di nuova generazione*, e allegato suo B) “Regolamentazione dei servizi di accesso alle reti di nova generazione”, in http://www.agcom.it/Default.aspx?message=visualizza_documento&DocID=5555 . De Minico G. (2010).

⁶ Violini L. (1986).

⁷ Bachelet V. (1957).

⁸ Così *Conseil Constitutionnel*, *Décision* 86-217 del 18 settembre 1986, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1986/86-217-dc/decision-n-86-217-dc-du-18-septembre-1986.8289.html>.

⁹ Zagrebelsky G. (1990).

¹⁰ Ruggeri A. (2000).

¹¹ De Minico G. (2005).

La sua secondarietà solo virtuale viola anche il principio di riserva di legge, pur posto in Costituzione a presidio delle libertà fondamentali.

La riserva, criterio di distribuzione del lavoro tra fonti di grado diverso, impone che il discorso normativo sia avviato in sede primaria e completato da quella secondaria. Questa sequenza viene interrotta dall'intervento dei regolamenti delle A.I., che disciplinano ambiti materiali non coperti da disciplina primaria, eccetto per la norma conferente potestà normativa alle A.I. Quest'ultima impedisce di acquisire i loro atti alla fattispecie del regolamento *praeter legem* - se per esso si intende l'atto normativo secondario che non rinviene nella legge neanche il suo titolo legittimante¹² - perché qui non si tratterebbe di autoassunzione di potere, bensì di un esercizio autorizzato dalla legge, potendo il regolamento esibire la legge quantomeno come sua norma sulla produzione giuridica.

Ciò va detto non per mero rigore classificatorio, ma per escludere che l'incostituzionalità di tali regolamenti sia riconducibile all'inammissibilità dei regolamenti indipendenti su materie coperte da riserva¹³, proprio perché in questo caso non viene in rilievo il tipo "regolamento indipendente".

La questione è altra: si tratta di verificare se quanto richiesto da una riserva relativa sia stato soddisfatto dalle rispettive leggi attributive di potestà regolamentare.

A livello primario disponiamo di precetti accostabili alle norme in bianco sulla competenza; essi infatti, unitamente a conferire il potere stendono un nudo elenco di valori. Con ciò tali precetti dicono qualcosa in più rispetto a quanto prescriverebbe una norma in bianco, ma anche in meno rispetto a quanto la riserva imporrebbe loro, perché non dettano la disciplina sostanziale del rapporto da ordinare¹⁴. Ne consegue che l'intervento di regolamenti "accostabili" a quelli indipendenti su materie coperte da riserva relativa è di dubbia costituzionalità, limitandosi la legge al conferimento puntuale del solo potere e del suo oggetto¹⁵.

In presenza di leggi avare di indicazioni al potere secondario continuare a dire che il regolamento attui la legge, significa giudicare la realtà per ciò che non è: il nostro regolamento è un ibrido, condivide con la legge la sua forza attiva, cioè la capacità di innovare l'ordinamento a livello primario, e con l'atto secondario la forma e il regime giuridico; un ibrido che costa al cittadino un abbassamento del livello di garanzie, non essendo il regolamento giustiziabile dinanzi alla Corte Costituzionale¹⁶.

Il divorzio tra forma e natura del potere regolamentare pone un interrogativo: quale titolo legittima le A.I., creature estranee al circuito politico-rappresentativo, alle decisioni intrinsecamente politiche?

3.1. - La tesi della partecipazione al processo decisionale. Alcuni studiosi hanno visto nella partecipazione dei regolati al *rule-making* delle A.I. l'elemento compensativo del loro

¹² Carlassare L. (1966); Id. (1988); Id. (1990); Zagrebelsky G. (1990) e De Siervo U. (1996).
Contra: Crisafulli V. (1993); Cheli E. (1967); Pizzorusso A. (1991).

¹³ Carlassare L. (1966).

¹⁴ Contra: Marzona N. (1996); Predieri A. (1987); Vesperini G. (1993) e Lazzara P. (2000).

¹⁵ Giannini M.S. (1987); Rossi G. (1991) e Guarino G. (1994).

¹⁶ Contra: Grasso G. (2006).

deficit di legittimazione¹⁷. Questa tesi non nega la politicità delle decisioni normative delle Autorità, ma la giustifica in forza di un titolo che si origina in basso. Il ragionamento ha come premessa la valorizzazione del concetto di partecipazione, che consentirebbe a un atto autoritativo, immutato nella sua veste formale, di proporsi come decisione amichevole perché assunta in presa diretta con la base sociale. Questa affermazione è certamente condivisibile, non lo è invece il suo esito, cioè sostenere che l'esibizione degli interessi da parte degli attori sociali in carne e ossa equivalga alla rappresentanza politica. A mio giudizio, le due entità si collocano su piani distanti con conseguente incomunicabilità degli effetti della rappresentanza politica alla seconda. L'equivalenza tra le due grandezze è contestabile per molte ragioni, ricordo, data l'estraneità del tema alla mia trattazione, solo quella genetica: la rappresentanza politica è selezione degli eligendi in virtù di un rapporto di consonanza con l'elettore, che abilita i primi a ideare un progetto politico che comprenda la persona nella sua interezza. Quindi alla generalità nell'oggetto corrisponde una generalità nell'imputazione degli interessi. La rappresentanza di interessi, introdotta dai soggetti esponenziali nei processi regolativi¹⁸, sottopone all'attenzione del decidente unicamente una frazione dei bisogni collettivi, un segmento dei valori, quelli propri alla sola categoria sociale di riferimento, affinché l'autore ne possa tenere conto nella determinazione finale. Prendendo a prestito il linguaggio matematico si può dire che la rappresentanza di interessi sta alla rappresentanza politica la parte al tutto.

Se dunque la rappresentanza di interessi va mantenuta distinta da quella politica, la legittimazione politica di quest'ultima non si comunicherà per osmosi alla prima.

Infine, anche a voler ritenere fondata l'equazione rappresentanza di interessi=rappresentanza politica, qui contestata, essa non basterebbe di per sé a giustificare il conferimento all'Autorità di compiti politici, occorrerebbe un'ulteriore condizione: configurare la partecipazione dei regolati come un diritto soggettivo, al quale corrisponde il dovere delle Autorità di considerare adeguatamente quanto da loro introdotto. In secondo luogo, il diritto di partecipare esigerebbe l'individuazione di uno "standing", cioè di un criterio per selezionare gli aventi titolo. Gli americani, cui si deve il modello partecipativo del *notice and comment*¹⁹, hanno affrontato preliminarmente la questione dello *standing*, convinti che la partecipazione dei soli gruppi "well founded e well structured" avrebbe prodotto misure sulle libertà sbilanciate a favore dei gruppi forti dominanti il procedimento e quindi, incapaci di conciliare gli interessi in gioco. Questo è il "pericolo della cattura"²⁰, cui le Autorità sono esposte quando *standing* avari affidano la definizione del bene pubblico ai soli gruppi capaci di attrarre dalla loro parte le Autorità, determinando così un'involuzione neocorporativa della funzione normativa.

¹⁷ Manetti M. (1994); Id. (1997a); Id. (2007b); Passaro M. (1996); Valastro A. (2008); da ultimo, Foglia M. (2008).

¹⁸ Allegretti U. (2006a); Id. (a cura di); Id. (2011a).

¹⁹ Pub. L. No 79-404, 60 Stat. 237(1946) in <http://www.llsdc.org/attachments/wysiwyg/544/PL079-404.pdf>.

Per ragionate indicazioni di bibliografia De Minico G. (2005).

²⁰ Seidenfeld M. (1992); Schotland R. A. (1972) e Streeck A. W. - Schmitter P. C. (1985).

A mio avviso una partecipazione acquista dignità di situazione giuridica soggettiva quando ricorrono ulteriori condizioni: oralità, in modo che l'intervento sia snello e meno oneroso per il regolato; tempestività, perché una cosa è entrare nel procedimento quando già esiste uno schema regolatorio, altro è partecipare quando non c'è ancora un'idea sulle regole; l'assenza di un *draft* denota che l'Autorità non si sia già sentita con i gruppi forti, quindi che è ancora disponibile al dialogo con tutti; circolarità, nel senso che ciascun partecipante dovrebbe essere posto in condizione di conoscere quanto stia dicendo l'altro per preparare compiutamente la propria linea difensiva.

Altra è la questione della fase del procedimento in cui la partecipazione dovrebbe intervenire: in quella istruttoria per arricchire il bagaglio probatorio, sulla base del quale l'Autorità deciderà? Oppure lungo tutto l'arco del procedimento fino alla sua decisione? Quest'ultimo modello partecipativo, consentendo al regolato di condividere con l'Autorità il momento volitivo, altera la natura dell'atto finale, che da unilaterale e autoritativo diventa plurilaterale e concordato con i privati. Qui la logica del *getting yes*, cioè la ricerca a tutti i costi di un consenso unanime su di un testo comune, induce l'Autorità a rinunciare al *common good*. Quindi, per ragioni diverse da quelle riferite al modello del *notice and comment*, anche con il *negotiated rule-making*²¹ l'accomodamento regolatorio è insoddisfacente quanto a equilibrato contemperamento degli interessi in gioco, perché l'A. sarà disposta a scambiare l'interesse pubblico - cioè la tutela delle libertà di volta in volta assegnate alla singola autorità - contro il consenso unanime. Ma a fronte di questo elemento di debolezza la procedura - pensata appunto in risposta all'avversarialità e all'unilateralità del *notice* - presenta il vantaggio non indifferente di liberare l'A. dal pericolo della cattura, grazie al dialogo contestuale degli intervenienti, alla circolarità informativa, all'assenza di una schema predisposto al di fuori di ogni visibilità tra l'A. e regolati forti e all'indispensabilità dell'assenso anche dei regolati deboli.

Quale è l'esperienza italiana sulla partecipazione? Possiamo dire, in specie, che essa sia un diritto azionabile verso le Autorità?

Procediamo con ordine. Intanto, va rilevata l'assenza di una legge generale sul procedimento dinanzi alle Autorità. Ne consegue che il titolo della partecipazione andava inizialmente ricercato nei rispettivi atti generali delle singole Autorità; i quali atti, a loro volta, rimettevano la partecipazione all'insindacabile volere dell'Autorità di accordarla o meno. Più di recente le Autorità²² hanno abbandonato l'ossimoro di una partecipazione concessa discrezionalmente, revocabile *ad nutum* per configurarla come un "quasi diritto". Tale diversa natura è comprovata dalla previsione di un doppio dovere dell'A.: consentire l'ingresso al regolato e ascoltarlo. Si tratta di una posizione del regolato accostabile al diritto soggettivo, ma non già in esso identificabile per mancanza di un compiuto catalogo delle facoltà del partecipante: il

²¹ Pub. L. 101-648 (S.303) November 29, 1990, Negotiated Rulemaking Act of 1990, in <http://www.llsdc.org/attachments/nysinyg/544/PL101-648.pdf>

²² Tra le prime l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, Regolamento concernente la procedura di consultazione di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259, in <http://www.agcom.it/default.aspx?DocID=603>.

suo status o è in bianco o varia da Autorità ad Autorità²³. In sintesi, dall'esame delle prassi delle singole autorità, risulta una partecipazione caotica, perché il difetto di *standing* dilata la categoria dei regolati fino a farla coincidere con coloro che abbiano un interesse innominato a intervenire; tardiva, perché cade a schema di regola già elaborato dall'Autorità, con gli inconvenienti di cui si è detto prima; buia, perché il regolato si muove ignorando quanto stia facendo l'altro per un malinteso concetto di riservatezza, invocato dalle A. per sottrarre il fascicolo alla disponibilità delle parti.

In punto di diritto questa partecipazione potrebbe essere giustiziabile proprio per l'insufficiente motivazione del regolamento in quanto il numero eccessivo dei partecipanti, dovuto alla genericità dello *standing*, fa sì che le A. di fatto non prestino la necessaria considerazione ai contributi degli intervenienti in sede di decisione finale. Le motivazioni dei loro regolamenti provano quanto detto: esse non danno adeguata spiegazione del perché la decisione abbia seguito la direzione suggerita da un partecipante o piuttosto quella di un altro, come se le consultazioni non ci fossero state. Di esse rimane nella motivazione una traccia davvero esigua nel richiamo agli "orientamenti generali ricavabili dalle osservazioni formulate"²⁴: quindi nemmeno una vera motivazione *per relationem* perché il termine di riferimento non è effettivamente individuato. Infatti, non al contenuto delle osservazioni in ultima analisi ci si richiama, ma a orientamenti generali del tutto indefiniti, per i quali l'A. non avanza alcuna specificazione o riferimenti puntuali alle osservazioni presentate, per questo ho parlato di una finta motivazione *per relationem*. Pertanto, i regolati potrebbero contestare dinanzi a un giudice l'illegittimità del regolamento proprio per difformità immotivata tra quanto deciso dall'A. e quanto introdotto, ma ad oggi i ricorsi avverso i regolamenti raramente denunciano come vizio di illegittimità l'inosservanza del dovere di motivare le ragioni di una decisione difforme²⁵. Quindi, lo strumento disponibile ai regolati per rendere effettivo il loro ingresso nel procedimento, cioè l'impugnativa giurisdizionale, non è usato a tal fine, anche se il rimedio giudiziale avverso l'inadempimento del dovere sarebbe l'unica via per restituire effettività al diritto di partecipare.

Merita di essere ricordato che l'ultimo tentativo del legislatore²⁶ di disegnare una procedura unitaria per la funzione normativa delle Autorità, non si allontanava molto da quanto poi le Autorità hanno spontaneamente o per imperativo comunitario realizzato: cioè il modello americano prima maniera del *notice and comment*, indebolito dall'insufficiente riconoscimento delle pretese partecipative dei regolati. Come tale,

²³ Commissione per le società e la borsa, *Norme regolamentari di attuazione dell'art.23 della legge n. 262 del 28 dicembre 2005 concernente i procedimenti per l'adozione di atti di regolazione*, 24 aprile 2007, in www.consob.it.

²⁴ Art. 4, del cit. Reg. dell'A.G.Com.

²⁵ Timida la giurisprudenza amministrativa, salvo il C.d.S., Sez. VI, 27/12/2006, n. 7972/2006, in <http://www.giustizia-amministrativa.it/webcds/ElencoSentenze.aspxmm>. in dottrina, vedi: Puccini G.(2010).

²⁶ D.D.L. A.S.1366, XV Legislatura, recante "Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di funzionamento delle autorità indipendenti preposte ai medesimi", <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Ddlpres&leg=15&cid=254960>.

esso non può rappresentare un utile modello di riferimento per il legislatore futuro, nel caso intendesse ritornare sul tema²⁷.

Concluderei quindi che la partecipazione ha del “diritto” il nome, ma non il pieno regime giuridico. Potremmo dire che è una partecipazione promessa, ma non ancora realizzata.

Pertanto, si trae conferma che le due condizioni, necessarie per un contraddittorio fra le parti sociali sostitutivo della dialettica politico-partitica delle aule parlamentari, non sono state realizzate. Questo lascia le Autorità ancora prive della legittimazione necessaria per adottare decisioni normative quasi primarie.

3.2. - *La giustificazione del diritto comunitario.* Per alcuni²⁸ la giustificazione sarebbe offerta dal diritto comunitario: il potere regolativo delle A.I. avrebbe il suo titolo originario nelle direttive e nei regolamenti e, quindi, si imporrebbe in virtù della prevalenza del diritto comunitario su un diverso ordine giuridico interno.

Per insegnamento della nostra Corte costituzionale la preferenza del diritto sovranazionale è da intendersi come relativa, cioè subordinata ai principi fondativi del nostro ordinamento. Tra questi, figura senza dubbio quello di democraticità, nel quale, variabilità di significati a parte, si riscontra quanto meno l'esclusiva riconduzione della funzione di indirizzo politico al circuito corpo elettorale-parlamento-governo.

Se, dunque, il diritto comunitario incontra un limite insuperabile nell'art. 1 Cost., il ricorso a esso non servirà a introdurre un canale di legittimazione della decisione politica irresponsabile e alternativo rispetto a quello politico-rappresentativo.

Un'ulteriore ragione rende non spendibile l'argomento comunitario: l'esperienza europea non mette a disposizione delle *European Independent Authorities* la funzione regolativa, che o è sottratta del tutto alla loro competenza o è resa disponibile in misura ridotta alle Autorità, che come proponenti o consulenti contribuiscono al prodursi di norme approvate dalla Commissione.

Il limitato profilo funzionale delle Autorità è coerente con il disegno istituzionale comunitario, contrario ad assegnare alle prime compiti implicanti valutazioni discrezionali o scelte tra opzioni politiche contrastanti²⁹. L'ausiliarietà, che definisce la posizione delle Autorità rispetto alla Commissione, ripropone la ben nota relazione intersoggettiva tra delegato e delegante, secondo la quale al primo non è consentito sostituire il proprio apprezzamento discrezionale a quello del secondo, perché, se così fosse, saremmo dinanzi, non all'esercizio della funzione sotto stretto controllo del delegante, bensì alla cessione della sua titolarità e al conseguente “slittamento di responsabilità” politica verso il cessionario, alterando l'architettura dei Trattati: “The

²⁷ Sen. Villone M. (2007), *Relazione alla Commissione sul D.D.L., A.S. 1366 XV Leg.*, 12 aprile 2007, in <http://astrid-online.com/Riforma-de3/Atti-parla/XV-legisla/A-S--1366-/AS-1366-Relazione-Villone.pdf>.

²⁸ Pur con diversità di argomentazioni: Bilancia P. (1999); Merusi F. (2002); e Valastro A. (2008). Contra: Manfredi R. (2004). Da ultimo C.d.S, Commissione speciale del 10 Febbraio 2011, parere della Sez. II, n. 5365/11 (in materia di diritti di uso delle frequenze).

²⁹ Commissione Europea, *Progetto di accordo interistituzionale relativo all'inquadramento delle agenzie europee*, COM (2005) 59 Def.

intent is clear. Policy choices remain for the Commission, implementation is for the agency”³⁰.

Né la drastica esclusione delle Autorità dalle *policy choices* risalente al caso Meroni³¹ è stata superata in occasione della istituzione delle nuove Autorità. Infatti, il BEREC³² - l’Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche - non siede al tavolo delle trattative con gli stessi diritti e poteri della Commissione, quando si deve riscrivere una regola asimmetrica proposta da un’autorità nazionale. E se nel primo disegno funzionale dell’Organismo³³ (originaria denominazione dell’attuale BEREC) si poteva ancora parlare di contitolarità del potere regolatorio con la Commissione, nella stesura definitiva si è messo da parte l’atto complesso a potestà uguali a favore di una decisione unilaterale supportata dal parere obbligatorio del BEREC, come tale superabile da una volontà contraria della Commissione purché motivata. In sintesi, è prevalso il modello di un’Autorità coadiuvante l’Esecutivo Europeo³⁴ su quello di un’Autorità codecidente con la Commissione.

Solo in apparenza le nuove autorità di vigilanza sui mercati bancari, assicurativi e finanziari - istituite con il Pacchetto 2010³⁵ - sarebbero destinatarie di un trattamento più generoso, in quanto formalmente titolari di poteri normativi nei rispettivi settori. Una precisazione è necessaria al riguardo: gli standard tecnici rimessi a ciascuna Autorità non divengono norme appena l’Autorità li abbia formulati, ma lo saranno se e quando la Commissione li approverà³⁶. Disposizioni queste, che hanno indotto i primi commentatori a qualificare la vigilanza europea come una soluzione di compromesso tra la decisione politica della Commissione e quella esclusivamente neutrale delle Autorità. A mio avviso qui non ricorrerebbe nessuna delle due ipotesi, perché la proposta dell’Autorità spezza il monopolio regolativo della Commissione e l’approvazione nel merito di quest’ultima sottrae l’esclusiva decisionale alle Autorità.

³⁰ Craig P. (2003).

³¹ Corte di Giustizia, *Meroni v. High Authority*, causa 9/56, 13 giugno 1958, [1957-1958] in ECR 133.

³² Regolamento (CE) n. 1211/2009 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009, in *G.U.C.E* L. 337/1, 18.12.2009 e la Direttiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2009, in part. art. 7., in *G.U.C.E* L. 337/37, 18.12.2009.

³³ Parlamento Europeo, *Progetto di relazione sulla proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che “istituisce un’Autorità europea del mercato delle comunicazioni elettroniche” 2007/0249 (COD)*, reso il 17.4.2008, in part. l’emend. 4 alla proposta di Reg., Cons. 12., in <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+COMPARL+PE-404.717+01+DOC+PDF+V0//IT&language=IT>.

³⁴ De Minico G. (2008).

³⁵ Regolamento (CE) n. 1093/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 che istituisce l’Autorità bancaria europea, in *GUCE* n. L 331/12 del 15.12.2010. Regolamento (CE) n. 1094/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 che istituisce l’Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali, in *GUCE* n. L 331/48 del 15.12.2010. Regolamento (CE) n. 1095/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 che istituisce l’Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati, in *GUCE* n. L. 331 del 15/112/2010. Regolamento (CE) n. 1092/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 relativo alla vigilanza macroprudenziale del sistema finanziario nell’Unione europea e che istituisce il Comitato europeo per il rischio sistemico, in *GUCE* n. L 331/1 del 15.12.2010.

³⁶ Per tutti si veda l’art. 10 del Reg. 1093/2010, cit. sopra, che istituisce l’Autorità bancaria europea.

Se il modello proposta-accettazione è un dato normativo chiaro e incontrovertibile, minore certezza si ha invece per quanto concerne la sopravvivenza in capo alla Commissione del potere di dettare *guidelines*, misure applicative delle direttive. Dubbio quest'ultimo di non poco conto, visto che l'ampiezza della *regulation* delle neo-autorità sarà inversamente proporzionale alla prescrittività degli indirizzi della Commissione, sempre che questa intenda avvalersene. Questa interpretazione è confermata da una struttura plurilivello della regolazione europea, che con un moto scalare dal alto verso il basso ha interposto tra le fonti comunitarie secondarie (regolamenti e direttive) e le future regole delle Autorità gli atti di armonizzazione della Commissione al fine di asciugare gli eccessi residui di discrezionalità delle Agenzie³⁷. Sul punto però la lettura non può che essere provvisoria, perché da quanto detto prima l'individuazione dell'autore effettivo delle nuove regole dipenderà da come la Commissione interpreterà il suo ruolo: abdiccherà a favore delle Autorità o terrà stretta nelle sue mani la chiave del rubinetto regolatorio?

Non è una particolare ostilità sovranazionale verso il modello Autorità - pur sostenibile se si pensa che a esse il Trattato di Lisbona non abbia riconosciuto alcun ruolo nella nuova architettura europea, salvo ricordare figure isolate - a giustificare questo filo rosso dal caso Meroni al Pacchetto 2010, bensì il principio dell'*institutional balance*. Neanche la sua interpretazione dinamica, offerta dalla giurisprudenza comunitaria³⁸, è riuscita a dilatare i confini delle sfere di attribuzione definite nei Trattati, limite questo, che impone a ciascuna istituzione l'obbligo di "exercise its power with due regard for the power of other institutions [...]" il che comporta che "it should be possible to penalize any breach of that rule which may occur". In sintesi, il ricordato principio non consente spostamenti definitivi e solitari di attribuzioni decisionali, implicanti valutazioni politiche, in capo a soggetti estranei alle istituzioni pattizie, perché tali trasferimenti porterebbero con sé inevitabili slittamenti esterni di responsabilità, vale a dire la creazione di aree immuni dal controllo politico.

Se dunque, l'attribuzione di un potere politico irresponsabile è illegittima in base ai parametri comunitari, potrebbe forse diventare legittima per il solo fatto di essere imposta agli ordinamenti statuali? La risposta è ovviamente negativa non potendo l'ordinamento comunitario rendere legittimo ciò che non lo è in base ai suoi criteri.

Allora dovrà essere altro il significato da riconoscere al complesso delle disposizioni comunitarie in materia: norme sulla produzione giuridica incomplete, le quali nel prevedere fonti di nuova istituzione - i regolamenti delle Autorità - non entrano nel merito della loro collocazione. Tale questione è rimessa al legislatore interno in ragione dei parametri di costituzionalità applicabili. E con ciò direi che la vertenza sull'individuazione di un titolo legittimante soggetti neutrali alla decisione politica è ancora tutta da definire.

4. - I rimedi per ricondurre a legittimità il sistema nazionale: la revisione costituzionale

³⁷ De Minico (2009); Tait N. (2010); Black J. (2011). Contra: Lamandini M. (2010).

³⁸ Chiti E. (2004).

Abbiamo raggiunto la conclusione intermedia che la prevalenza del diritto comunitario, la tecnicità della decisione, la partecipazione degli interessati al *rule-making*, ancorché si trattasse di condizioni effettivamente ricorrenti, cosa che abbiamo dimostrato non essere vera, non basterebbero a giustificare l'affidamento alle A. di un potere normativo sostanzialmente primario³⁹. Chiediamoci allora se una disposizione costituzionale dedicata alle A. le possa legittimare come i nuovi autori di un diritto dettato in via originaria. A mio giudizio anche il ricorso all'art. 138 non servirebbe al fine indicato perché la norma può modificare il patto originario in continuità con l'architettura costituzionale preesistente, mentre riconoscere alle A. la funzione normativa pseudo primaria intacca la norma fondamentale del nostro assetto, l'art. 1 della Costituzione, un nocciolo duro inviolabile, insuperabile anche dal potere di revisione.

La nozione di sovranità popolare, variabilità di significati a parte, è inscindibile dal concetto secondo il quale il circuito politico-rappresentativo è il solo ad abilitare alla decisione politica. La sottrazione agli organi costituzionali fondati in quel circuito di quote decisionali a favore di soggetti non rappresentativi mette in tensione lo stesso principio sancito dall'art. 1⁴⁰. Questa tensione si allenta se la regolazione da parte di quei soggetti rimane affidata a fonti formalmente e sostanzialmente secondarie; si acuisce nel caso contrario. E poiché è giusto vedere nell'affermazione della sovranità popolare un limite alla revisione della Costituzione, ne segue che nemmeno il ricorso all'art. 138 potrebbe capovolgere il quadro fin qui definito.

Forse, il dibattito dottrinario non ha colto sempre, e a fondo, le implicazioni in termini costituzionalistici dei nuovi modi di produzione del diritto. La questione è stata vista – quanto alle A.I. – essenzialmente nei termini di una previsione in Costituzione delle stesse Autorità. Ma è evidente che una risposta sul se e in che misura riconoscere ad esse visibilità costituzionale non è di per sé risposta anche alla più ampia e diversa questione della compatibilità costituzionale della loro funzione regolativa.

Di certo, possiamo pensare a un intervento del legislatore di revisione limitato alla copertura costituzionale dell'esistenza delle A.I. Un tentativo in questa direzione fu fatto con la Bicamerale D'Alema⁴¹, dove si confrontarono due orientamenti: quello minimalista, tendente a inserire nel testo costituzionale il meno possibile, cioè il solo principio dell'esistenza stessa delle Autorità; e quello massimalista, tendente a costituzionalizzare le Autorità, elencabili in una lista chiusa per ambiti d'intervento e relative attribuzioni⁴². Questa seconda versione ingesserebbe oltre misura un fenomeno, che - dicono bene i francesi⁴³ - andrebbe invece disciplinato in sede

³⁹ Contra: Cerulli V. (2010).

⁴⁰ Cheli E. (1956).

A.C. n. 3931-A e A.S. n. 2583-A, XIII Leg., Commissione parlamentare per le riforme costituzionali, recante "Progetto di legge costituzionale. Revisione della parte seconda della Costituzione" (4 novembre 1997) l'art. 109, in <http://www.camera.it/parlam/bicam/rifcost/dossier/aindice.htm>.

⁴² Stamatì S. (1998) e Niccolai S. (1999).

⁴³ Rouyère A. (1992).

costituzionale nella misura dello stretto necessario ad assicurare indipendenza genetica e stabilità di regime giuridico dalla volontà politica di una maggioranza di turno.

Un siffatto intervento sarebbe opportuno. In tale prospettiva, né le Autorità andrebbero enumerate una per una, né il loro *status* dovrebbe essere compiutamente definito, risultando, invece, sufficiente tratteggiare per grandi linee una fisionomia sottratta in principio alle indicazioni del decisore politico del momento, lasciando alla legge ordinaria la scelta del se e in che settori utilizzarle, nonché quella di ampliare o ridurre le loro attribuzioni in funzione rispettivamente premiale o punitiva⁴⁴.

Quanto, invece, al conferimento di una funzione normativa sostanzialmente primaria, la norma di revisione - se dovesse occuparsene - dovrebbe prendere posizione in negativo⁴⁵: vietandone cioè l'attribuzione e ancor più la riserva alle Autorità. Il divieto espresso servirebbe a evitare che il legislatore ordinario continui a interpretare il silenzio del costituente in termini di tacito assenso alla *broad delegation* alle A., che peraltro già una lettura di sistema consente di escludere, in parallelo a quanto già da tempo è disposto a livello europeo, dove la lista positiva delle attribuzioni si integra con quella in negativo, che preclude alle Autorità poteri regolatori o implicanti discrezionalità politica⁴⁶.

Non potrebbe, invece, la legge di revisione ai sensi dell'art. 138 Cost. legittimamente prevedere una riserva di regolazione indipendente di livello primario *a favore* delle Autorità. Ciò comporterebbe - al di là della formulazione letterale - una rivisitazione assai rilevante dell'architettura di fondo del sistema costituzionale, tale da superare i limiti del potere di revisione. Non di modificazione si tratterebbe, bensì di creazione di un ordine statale inedito sostitutivo del preesistente: atto illegittimo, se confrontato con il parametro di liceità dell'ordine esistente, legittimo rispetto all'ordinamento che intende introdurre⁴⁷.

Non basterebbe per una conclusione diversa “completare” il conferimento alle Autorità di una funzione normativa sostanzialmente primaria con una previsione costituzionale di contraddittorio con i regolati⁴⁸. È stata qui ampiamente argomentata la non equipollenza tra la rappresentanza di interessi e quella politica; quindi, il dialogo con la base non può supplire alla mancanza di una disciplina sostanziale a livello primario. Essa serve al diverso fine di rafforzare la democraticità del soggetto, cosa diversa dalla sua rappresentatività politica. In sintesi, questa particolare costruzione della norma di revisione non sarebbe utile a superare l'incompatibilità

⁴⁴ Cuniberti M. (2002); contra: Manetti M. (1997a).

⁴⁵ Contra: Senato della Repubblica, XV Leg., Legge Costituzionale. Testo di legge costituzionale approvato in seconda votazione a maggioranza assoluta, ma inferiore ai due terzi dei membri di ciascuna Camera, recante: «Modifiche alla Parte II della Costituzione», in *G.U.* n. 269 del 18 Novembre 2005, artt. 26 e 35.

De Minico G. (2004).

⁴⁶ Commissione Europea, *Comunicazione al Parlamento Europeo e al Consiglio. Il futuro delle agenzie europee*, COM (2008) 135 definitivo, in [http://www.parlamento.it/web/docuorc:2004.nsf/8fc228fe50daa42bc12576900058cada/5b5cba9f3297c495c125741f002f9a49/\\$FILE/COM2008_0135_IT.pdf](http://www.parlamento.it/web/docuorc:2004.nsf/8fc228fe50daa42bc12576900058cada/5b5cba9f3297c495c125741f002f9a49/$FILE/COM2008_0135_IT.pdf).

⁴⁷ Onida V. (1984).

⁴⁸ Manetti M. (1997a).

con il complessivo disegno costituzionale, perché ugualmente comprometterebbe la tenuta del patto politico fondamentale, introducendo accanto alle sedi politiche istituzionali luoghi di pseudo-democrazia, privi del requisito di una rappresentanza politica in senso proprio.

Ritengo quindi che l'art. 138 non sia utile a questo fine.

4.1. - *I rimedi a Costituzione invariata.* Quanto ai rimedi a Costituzione invariata, basterebbe l'applicazione della regola "a ciascuno il suo": rispettivamente, all'Assemblea parlamentare la decisione politica sulle libertà, come impone la riserva di legge; e all'autorità neutrale una regolazione puntuale entro un quadro predefinito in termini più compiuti dalla prima. Quindi, il legislatore avrebbe il dovere di intervenire per primo, di parlare in via iniziale e originaria, le Autorità quello di seguire, portare a compimento quanto disposto dal primo. In una corretta ridefinizione di ruoli e competenze i regolamenti delle A. si collocherebbero in una posizione intermedia tra la mera esecuzione di un progetto normativo e la sua creazione *ex novo*, come già anticipato dalla giurisprudenza francese del Conseil Constitutionnel⁴⁹, che ha da tempo ricondotto oggetto e fini della *regulation* in oggetto a "mesures de portée limitée, tant par leur champ d'application, que par leur contenu", e che ha di recente ricordato pur in un quadro dinamico di separazione dei poteri il compito del legislatore "en vertu de l'article 34 de la Constitution, de fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques"⁵⁰.

Attualmente assistiamo a un paradosso giuridico: ordinamenti privi di riserva di legge sulle libertà, se ne dotano grazie a una accorta giurisprudenza costituzionale; altri, quali il nostro, pur disponendone, la annullano con una riserva di potere pseudo indipendente alle A.I. A questo paradosso se ne aggiunge un altro relativo alla riserva di giurisdizione, che pur assiste le libertà, ma che da ultimo sembrerebbe saltare, venendo assegnati alle A. compiti definitivi di liti tra diritti fondamentali, che invece spetterebbero al giudice come l'esclusiva della riserva imporrebbe⁵¹. E anche in questo caso è ancora una volta l'ordinamento francese a sottrarre alle autorità improprie attribuzioni per restituirle ai giudici che a rigore del loro dettato costituzionale non potrebbero reclamarne l'esclusiva titolarità⁵².

Tornando alla riserva di legge, essa intanto adempierà alla sua funzione garantista in quanto l'Assemblea parlamentare, oggi mortificata dalla formula maggioritaria, sappia reinventarsi come il luogo di una compresenza equilibrata e completa delle forze

⁴⁹ Conseil Constitutionnel, *Décision n. 217-86* (in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1986/86-217-dc/decision-n-86-217-dc-du-18-septembre-1986.8289.html>) e 260-89 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1989/89-260-dc/decision-n-89-260-dc-du-28-juillet-1989.8652.html>).

⁵⁰ Conseil Constitutionnel, *Décision n. 580-2009* (*Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*) in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html>. In

dottrina: Rousseau D. (2009).

⁵¹ De Minico G. (2001).

⁵² Chaltiel F. (2009); Derieux E. (2009) e Benassio W. (2010).

politiche del paese. È infatti lecito dubitare del “significato di garanzia di una legge prodotta da un parlamento distorto nella sua rappresentatività da soglie minime di voti per il conseguimento di seggi e da premi che assicurano a chi ha una minoranza di voti di acquisire una maggioranza di seggi”⁵³. La nuova identità soggettiva andrebbe infine completata da una ridefinizione verso l’alto del *quorum* legislativo - obiettivo questo, che a differenza dell’intervento sul soggetto assembleare, imporrebbe il ricorso all’art. 138 Cost. – al fine di concentrare sulle libertà il consenso di una maggioranza parlamentare più ampia di quella sufficiente a sostenere l’Esecutivo. Il pensiero va quindi a un modello di legge organica data l’estraneità della materia delle libertà fondamentali dal programma di governo.

Le indicazioni suggerite al legislatore futuro corrispondono a processi in atto in Europa, dove da tempo sono state intraprese azioni dirette a restituire competenze impicanti scelte politiche alla Commissione - di cui un segno, poi riconfermato nel tempo, è leggibile nel settore della comunicazioni elettroniche⁵⁴ -, tanto nel rapporto tra questa e le Autorità di regolazione nazionale, ridotte a emissari della volontà della Commissione per il ricorso disinvolto a strumenti del *soft law* comunitario⁵⁵, che nella relazione tra la Commissione e le neo Autorità Europee, definitivamente private di velleità regolatorie autonome. Questo moto centripeto a favore dell’Esecutivo europeo ripropone a livello di governo sovranazionale quanto sta accadendo in seno agli ordinamenti di taluni Stati membri: infatti, proprio i Paesi, in principio favorevoli al modello amministrazione indipendente, hanno invertito la tendenza a creare zone di fuga dal circuito politico-rappresentativo, rimettendo al legislatore il compito di contenere la discrezionalità *ex ante* delle A. I. (caso francese⁵⁶) o riconducendo le Autorità nel dominio degli Esecutivi nazionali (caso dell’O.F.C.O.M. inglese). Quest’ultima soluzione è stata adottata nel Regno Unito, dove si è prodotto un risultato analogo a quello francese, ma con un diverso metodo: si è intervenuti sulla struttura delle A.I., riallineandole in parte, per quanto attiene ai sistemi di nomina e revoca, al modello dell’amministrazione dipendente dall’Esecutivo. Infatti, la riforma del segmento della comunicazione ha posto la Autorità della convergenza (O.F.C.O.M.) sotto la “tutela” del *Secretary of State*⁵⁷, coinvolto nella procedura di nomina e di revoca del *Chairman* e dei componenti della nuova Autorità. Questo

⁵³ Villone M. (2011).

⁵⁴ Direttiva 2002/21 CE (Direttiva Quadro), art. 7, comma 5, e 16, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica; ora riformata dalla Direttiva 2009/140/CE, artt.7 e 7 bis, in *GUCE L 337/37*, del 18.12.2009.

⁵⁵ De Minico G. (2006).

⁵⁶ Loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, art. 5, in

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414&dateTexte=20100830>.

⁵⁷ OFCOM Act 2002, in <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/11/contents?view=plain>, cap. II, sez.1, *schedule* 1.

disegno ha trovato completamento nel *Communications Act 2003*⁵⁸, che ha consegnato allo stesso *Secretary of State* rilevanti poteri di direzione e vigilanza sull'O.F.C.O.M.⁵⁹. Questa inedita azione di regolamento dei confini diretta a restituire ai luoghi della politica la decisione sul *common good* andrebbe però completata potenziando la seconda funzione di garanzia di cui parlava il Ferrari: la difesa dal pericolo che le regole una volta poste siano violate dai regolati, coperti da un'impunità di fatto per l'assenza o l'ineffettività di poteri sanzionatori delle Autorità.

Non aprirò in chiusura un tema ampio non meno di quello della regolazione. Rispetto a esso voglio solo esprimere una preoccupazione, condivisa da alcuni Presidenti di Autorità⁶⁰: non c'è controllo in mancanza di un'adeguata misura repressiva dell'atto o della condotta trasgressiva, in quanto la funzione di sindacato ha il suo naturale completamento nel sistema sanzionatorio. Esso allo stato si fa apprezzare per pesantezza procedurale, non sempre compensata da un equilibrato contraddittorio, incertezza punitiva, sproporzionalità rispetto alla gravità dell'infrazione; in una parola è l'opposto di come un sistema di *enforcement* dovrebbe essere in uno Stato di diritto.

Pertanto, il sistema repressivo esige una radicale riforma verso un modello punitivo generale, cioè riferibile a ogni A., obbediente al parametro della certezza della pena, proporzionale alle capacità economiche del trasgressore, rapido nella sua definizione, insuscettibile di sconti e compatibile con gli incentivi alle esecuzione delle sanzioni. A queste condizioni l'operatore preferirà osservare la norma piuttosto che pagare la sanzione, sintomo questo di una pena orientata a disincentivare le condotte illecite piuttosto che a reprimerle, funzione quest'ultima oggi ancora prevalente su quella deterrente.

E così il cerchio si chiude, o almeno tende a chiudersi, nel rispetto delle legalità costituzionale e comunitaria: alla responsabilità politica la funzione di regolazione sostanzialmente primaria, modificata nell'autore e nelle procedure, e alle Autorità indipendenti i compiti di normazione secondaria e di effettiva vigilanza sull'osservanza delle regole.

⁵⁸ *Communications Act 2003*⁵⁸, in <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/21/contents>, (artt. 402 e 403).

⁵⁹ Gilles G. (2003); Garzaniti L. J. H. F. (2003); Cartidge H.(2005); Ofcom (2003/2004); Walden I.- Angel J., (ed.) (2005) e nella dottrina italiana: Abbondante F. (2006).

⁶⁰ Con chiarezza: Vegas G. (2011).

Bibliografia

Abbondante F. (2006), *L'ordinamento delle telecomunicazioni in Gran Bretagna fra continuità e discontinuità*, in P. Costanzo - G. De Minico - R. Zaccaria (a cura di), *I "tre codici" della società dell'informazione*, Torino, pp. 223-231.

Allegretti U. (2006), *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Democrazia e diritto*, n. 3.

Id. (a cura di) (2010), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze.

Id. (2011), *Il cammino accidentato di un principio costituzionale: quaranta anni di pratiche partecipative in Italia*, in <http://www.rivistaaic.it/articolorivista/il-cammino-accidentato-di-un-principio-costituzionale-quaranta-anni-di-pratiche>.

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (2003), *Regolamento concernente la procedura di consultazione di cui all'articolo 11 del decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259*, in <http://www.agcom.it/default.aspx?DocID=603>.

Id., (2011), *Delibera 1/11/Cons., Consultazione pubblica in materia di regolamentazione dei servizi di accesso alle reti di nuova generazione*, e allegato suo B) "Regolamentazione dei servizi di accesso alle reti di nuova generazione", in <http://www.agcom.it/Default.aspx?message=visualizzaadocument&DocID=5555>

- Bachelet V. (1957), *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano.
- Black J. (1997), *Rules and regulations*, Oxford, pp. 71-80.
- Id. (2011), *'Breaking up is hard to do: The future of UK financial regulation.* in <http://www.lse.ac.uk/collections/law/projects/lfm.htm>
- Baldwin R. – Cave M. (1999), *Understanding regulation*, Oxford, pp.127 e ss.
- Benassio W. (2010), *Décision n° 2009-590 Dc du 22 octobre 2009, La sanction de l'incompétence négative*, in *Revue française de droit constitutionnel*, (82), pp. 390-396.
- Carlassare L (1966), *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966.
- Id., *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, pp. 626 ss.
- Id. (1990)., *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quad. cost.*, 1990.
- Caretti P. (2005)(a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, Torino, pp. 34 ss.
- Caretti P. - De Siervo U. (a cura di) (1991), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione. Profili comparativistici*, Bologna.
- Cartildge H. (2005), *Ofcom: the new UK communications regulator*, in *The European Antitrust Review*, 7 (9) Supp, pp. 238-241.
- Cerulli V. (2010), *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in M. D'Alberti- A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna., pp. 91-98.
- Chatiel F. (2009), *La loi Hadopi II de nouveau censurée*, in *Les petites affiches*, 25/11/2009 (235), pp. 7-13.
- Chevallier J. (1995), *Les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés*, *Just. et écon.*, p. 83.
- Cheli E. (1967), *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano.
- Chiti E. (2004), *Beyond « Meroni » the community legitimacy of the provisions establishing the European agencies*, in Cananea G. (a cura di), *European regulatory agencies*, ISUPE Press, p. 83.

Commissione per le società e la borsa (2007), *Norme regolamentari di attuazione dell'art.23 della legge n. 262 del 28 dicembre 2005 concernente i procedimenti per l'adozione di atti di regolazione*, 24 aprile 2007, in www.consob.it.

Craig P. (2003), *The constitutionalisation of community administration*, in *Eur. L. Rev.* 28 (6), 849.

Crisafulli V. (1993), *Lezioni di diritto costituzionale*, 6ª ed. agg. Crisafulli F. (a cura di), vol. II, Padova.

Cuniberti M. (2002), *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in *Riv. dir. cost.*, p. 48.

De Minico G. (2004), *Le autorità indipendenti nella prospettiva della « democrazia maggioritaria »* in F. Bassanini (a cura di), *Costituzione una riforma sbagliata*, Passigli, pp. 354-379.

Id. (2005), *Regole. Comando e Consenso*, Torino.

Id. (2006), *Le direttive CE sulle comunicazioni elettroniche dal 2002 alla revisione del 2006. Un punto fermo?* in P. Costanzo - G. De Minico - R. Zaccaria (a cura di), *I "tre codici" della società dell'informazione*, Torino, pp.185-187.

Id. (2008), *La sfida europea sulle telecomunicazioni: autori, regole obiettivi*, in A- Pace – R. Zaccaria – G. De Minico (a cura di), *Mezzi di comunicazione e riservatezza*, Napoli, pp. 158-163.

Id.(2009), *Financial Crisis Part II. Regulators and Rules. President Obama's Financial Regulatory Reform vs the European Commission's*, in <http://www.lse.ac.uk/collections/law/projects/ljm/Contributo%20De%20Minico.pdf>.

Id. (2010), *Tecnica e diritti sociali nella regulation della banda larga*, in G. De Minico (a cura di), *Dalla tecnologia i diritti. Banda larga e servizi a rete*, Napoli, pp. 24-33.

Id., *Informazione bene costituzionale da proteggere*, in *Sole 24 ore*, 29/5/2011, p. 19.

Derieux E. (2009), *Validation par le Conseil constitutionnel de l'essentiel des dispositions de la loi "Hadopi 2"*, in *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, (54), pp. 6-8.

De Siervo U.(1996), *Il potere regolamentare alla luce dell'attuazione dell'art. 17 della legge n. 400 del 1988*, in *Dir. pubbl.*, p. 81.

Ferrari G. (1956), *Gli organi ausiliari*, Milano.

Flick G.M. (a cura di) (1987), *La Consob. L'istituzione e la legge penale*, Milano.

- Foglia M. (2008), *I poteri normativi delle autorità amministrative indipendenti*, in *Quad. Cost.*, 2, pp. 559 ss.
- Garzaniti L. J. H. F. (2003), *Telecommunications, broadcasting and the internet: EU competition law and regulation*, 2 ed. ^a, London.
- Giannini M.S. (1987), *Consob*, in G. M. Flick (a cura di), op. cit., pp. 59-60.
- Gilles G. (2003); *Telecommunications law*, London.
- Grasso G. (2006), *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano.
- Guarino G. (1994), L'armonizzazione della legislazione bancaria: la revisione dell'ordinamento bancario del 1936, in V. Mezzacapo (a cura di), *Studi sulla nuova legge bancaria*, Roma, a p. 19.
- Manetti M. (1994), *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano.
- Id. (1997a), *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Pol. Dir.*, 4.
- Id. (1997b), *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, Roma, (agg.), IV, p. 9.
- Id. (2007), *Le autorità indipendenti*, Bari.
- Lamandini M. (2010), *Audizione*, resa nel corso dell' "Indagine conoscitiva sugli strumenti di vigilanza dei mercati finanziari, creditizi e assicurativi", disposta dalla IV Commissione del Senato, 21/1/2010, in <http://www.senato.it/commissioni/4568/106760/274382/sommarioindagini.htm>.
- Lazzara L. (2000), *La potestà regolamentare della Commissione nazionale per le società e la borsa in materia di intermediazione finanziaria*, in *Foro amm.*, p. 715.
- Marzona N. (1996), *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. Cassese - C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, p. 101.
- Niccolai S. (1999), *Le Autorità indipendenti nel progetto di revisione costituzionale*, in S. Labriola (a cura di), *Le Autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, p. 215.
- Nonet P.- Selznick P. (1978), *Law and society in transition. Toward responsive law*, New York, pp. 778 ss.

- O.F.C.O.M. (2003/2004), *Regulating the regulators? An assessment of Institutional Structures and procedural rules of National Regulatory Authorities*, in *International Journal of Communications Law and Policy*, Issue 8, pp. 1-65.
- Ogus A. (1995), *Rethinking self-regulation*, in *Oxf. jour. leg. st.*, p. 375.
- Onida V. (1984), *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. Amato- A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico. I. I diritto pubblico generale*, Bologna, 1984, pp. 111 ss.
- Passaro M. (1996), *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, pp. 252 ss.
- Pizzorusso A. (1991), *La nuova disciplina del potere regolamentare prevista dalla legge 400/1988*, in Caretti P. - De Siervo U. (a cura di), op.cit.
- Predieri A. (1987), *La posizione della Consob nell'apparato amministrativo*, in G. M. Flick (a cura di), op. cit., pp. 218-221.
- Puccini G. (2010), *Osservazioni in tema di applicazione del principio del giusto procedimento agli atti normativi delle autorità indipendenti*, in P. Caretti- M.C. Grisolia (a cura di), *Lo Stato costituzionale*, Bologna, pp. 420-421.
- Rossi G. (1991), *I mercati dell'investimento fra diritto ed economia*, in *Riv. soc.*, 1991, II, p. 973.
- Rouyère A. (1992), *Faut-il faire figurer les autorités administratives indépendantes dans la Constitution?*, in *Les petites affiches*, nn. 45-65, pp. 56 ss.
- Rousseau D. (2009), *Après HADOPI 1 et HADOPI 2, HADOPI 3? La décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 2009*, in *Légipresse*, (267), pp. 173-174.
- Ruggeri A. (2000), *"Fluidità" dei rapporti tra le fonti e duttilità degli schemi d'inquadramento sistematico (a proposito della delegificazione)*, in *Dir. pubbl.*, 2, p. 370.
- Seidenfeld M. (1992), *A civic republican justification for the bureaucratic state*, in *Harv l. rev.*, vol. 105, n. 5, p. 1560.
- Schotland R. A. (1972), *After 25 Years: we come to praise the APA and not to bury it*, in *Admin. l. rev.*, vol. 261, n. 24, p. 266.
- Stammati S. (1998), *Le autorità di garanzia e di vigilanza*, in S. Panunzio (a cura di), *I costituzionalisti e le riforme*, Milano, pp. 343 ss.

- Streeck A. W.- Schmitter P. C. (1985). *Community, market, state – and associations? The prospective contribution of interest governance to social order*, in W. Streeck - P. C. Schmitter (eds.), *Private interest government*, London.
- Tait N. (2019), *Eu go-ahead for regulatory shake-up*, in *Financial Times*, 8 /8/2010, p. 4.
- Teitgen-Colly C. (1990), *Les instances de régulation et la Constitution*, in *Rev. dr. pubb. sci. pol.*
- Torchia L. (1992), *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova.
- Valastro A. (2008), *Le autorità indipendenti in cerca di interlocutore*, Napoli, 72.
- Vegas G. (2011), *Discorso del Presidente della Consob al mercato finanziario*, in [www.
http://www.consob.it/main/consob/pubblicazioni/relazione_annuale/relazione.html](http://www.consob.it/main/consob/pubblicazioni/relazione_annuale/relazione.html) .
- Vesperini G. (1993), *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, Padova.
- Villone M. (2007), *Relazione al D.D.L., A.S. 1366, 12 aprile 2007*, in [http://astrid-
online.com/Riforma-de3/Atti-parla/XV-legisla/A-S--1366-/AS-1366-Relazione-Villone.pdf](http://astrid-online.com/Riforma-de3/Atti-parla/XV-legisla/A-S--1366-/AS-1366-Relazione-Villone.pdf).
- Id. (2011), *La Costituzione e la giustizia dei potenti*, Napoli, pp.112-113.
- Violini L. (1986), *Le questioni scientifiche controverse nel procedimento amministrativo*, Milano.
- Walden I.- Angel J. (edited) (2005) *Telecommunications law and regulation*, London.
- Zagrebelsky G. (1990), *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, vol. I, rist. agg., Torino, pp. 51, 154 e 208.