

ROMA TRE  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI

Scuola Dottorale “Tullio Ascarelli”

Sezione di Dottorato di Ricerca in Diritto Amministrativo

XXIII Ciclo

Università degli Studi Roma Tre

**LEGITTIMAZIONE DEMOCRATICA E  
ACCOUNTABILITY DEI POTERI PUBBLICI GLOBALI**

Dottorando

Dott. Francesco Giovanni Albisinni

Tutor

Prof.ssa Luisa Torchia

## **INDICE**

### **Introduzione**

#### **Cap. I. La prospettiva nazionale Le autorità amministrative indipendenti come fenomeno di rottura del circuito democratico rappresentativo**

1. La crisi dello Stato e dell'ordinamento giuridico rappresentativo. Nuove forme di pubblici poteri
2. La legittimazione delle autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento democratico
3. Il momento della responsabilità. Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità amministrative indipendenti
4. Autorità indipendenti e democrazia

#### **Cap. II. La prospettiva europea.**

1. L'Unione europea ed il deficit democratico
2. L'accountability delle reti dei regolatori in Europa

### **Cap. III. Il fondamento del potere nello spazio giuridico globale**

1. La frammentazione dello spazio giuridico globale
2. Una tassonomia delle istituzioni globali
3. Fondamento del potere delle istituzioni globali

## Introduzione

La tesi assume come presupposto un fenomeno sempre più indagato dagli studiosi di diverse discipline (storici, scienziati politici e giuristi), che viene definito di “crisi” dello Stato (<sup>1</sup>).

Il modello di Stato, che ha rappresentato per il XIX e buona parte del XX secolo un paradigma di riferimento unitario, unico soggetto detentore di potere pubblico, ha subito nell'ultima parte del secolo scorso un'incisiva erosione. Il potere pertanto, anche con riferimento al diritto amministrativo, si sta spostando verso il basso e verso l'alto. Il primo fenomeno è testimoniato dalla sempre maggiore devoluzione di funzioni amministrative ai livelli di governo locali e regionali. La perdita di sovranità verso l'esterno, invece, si concretizza a seguito della nascita ed dell'agire di organismi internazionali e sovranazionali detentori di parte del potere pubblico statale.

Tale fenomeno è più evidente con riferimento all'esperienza dell'Unione Europea. Il massiccio trasferimento di competenze dal livello statale a quello comunitario ha determinato la nascita di un soggetto che non è più solamente una “unione” di Stati, ma ha acquistato una propria

---

<sup>1</sup>) S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

importante autonomia, dando vita ad un ordinamento giuridico senza precedenti nella storia del diritto.

A livello globale il fenomeno è meno visibile, ma costantemente in espansione. Sempre più spesso emergono problematiche non più risolvibili direttamente dal singolo Stato (si pensi ai fenomeni di inquinamento ambientale, o alle crisi economico-finanziarie), che in alcuni casi si trova in una situazione di inadeguatezza, senza gli strumenti adatti per risolvere le sfide poste dalla globalizzazione. Diventa necessaria un'azione sovranazionale, che sia in grado di dare risposte efficaci <sup>(2)</sup>.

Questo spostamento di sovranità determina una serie di criticità. Una delle principali è costituita dalla mancanza di legittimazione democratica delle istituzioni globali. Le istituzioni globali sono infatti al di fuori del circuito di rappresentazione democratica, ed inoltre non sempre le procedure decisionali vedono partecipare referenti politici dei singoli Stati che dell'istituzione fanno parte.

Proponendo un paragone, a livello globale si stanno riproponendo (pur se in un contesto del tutto diverso) alcuni dei principali problemi già posti dall'istituzione delle autorità amministrative indipendenti <sup>(3)</sup> o che

---

<sup>2)</sup> A.M. Slaughter, *A new world order*, 2004, Princeton University Press, 2004.

<sup>3)</sup> F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo "quasi" giallo*, Il Mulino, Bologna, 2000.

sono derivati dall'opacità dei processi decisionali svolti in seno alle istituzioni dell'Unione Europea.

Scopo del lavoro è dunque l'analisi delle criticità derivanti dalla mancanza di legittimazione democratica nello spazio giuridico globale, l'individuazione del fondamento del potere delle istituzioni globali e, infine, la ricerca delle forme di legittimazione, alternative a quella democratica, in cui inquadrare il loro agire.

Occorre pertanto individuare quale sia il fondamento del potere delle istituzioni globali. Per farlo occorre innanzitutto verificare quali siano le modalità della loro istituzione.

Il primo problema è dato dalla frammentazione del diritto internazionale <sup>(4)</sup> e, conseguentemente, dei soggetti che popolano lo spazio giuridico globale ed in esso agiscono.

La dottrina tradizionale, che individuava negli Stati gli unici soggetti del diritto internazionale (ricomprendendo eventualmente le organizzazioni internazionali classiche) non è più idonea a definire la realtà concreta. Alle organizzazioni internazionali vere e proprie si affiancano infatti nuove istituzioni.

---

<sup>4)</sup> Weiler, *The geology of International law – Governance, Democracy and Legitimacy*, 2004.

Una tassonomia recente individua una serie variegata di soggetti operanti nello spazio giuridico globale (<sup>5</sup>). Esistono infatti:

1) vere e proprie organizzazioni internazionali, quali ad esempio il Consiglio di sicurezza dell'ONU o l'Organizzazione Mondiale della Sanità;

2) le reti di regolatori, come il Comitato di Basilea;

3) ibridi pubblici privati, quale ad esempio il Codex Alimentarius Commission;

4) istituzioni private con funzioni regolatorie, come l'ICANN;

5) infine deve considerarsi anche l'attività amministrativa svolta dagli Stati nell'ambito di accordi internazionali: basti pensare al caso della Convenzione Unesco.

Ne emerge dunque un sistema frammentato, senza una struttura precisa.

La ricerca del fondamento del potere deve tenere conto di un ulteriore, decisivo aspetto. A livello globale manca, e attualmente è difficile ipotizzarne l'esistenza, un referente politico. Diversamente da quanto accade negli Stati, non esiste un Parlamento mondiale (tale non

---

<sup>5</sup>) Kingsbury-Krisch-Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, 2005.

può ritenersi l'Assemblea generale dell'Onu, date le sue funzioni consultive) e neanche un governo mondiale (nemmeno il G8 può essere considerato tale, consistendo piuttosto in un forum delle principali potenze). Occorre pertanto porre attenzione al fenomeno della *Governance without government*, così definito dalla scienza politica già nel 1992.

L'esame delle diverse modalità attraverso cui prendono vita le istituzioni operanti nello spazio giuridico globale porta a individuare varie forme di istituzione.

Innanzitutto le istituzioni nascono a seguito della stipulazione di trattati internazionali: è il caso dell'ONU e di tutte le organizzazioni della sua "famiglia", così come delle istituzioni di Bretton Woods, nonché del WTO. Anche in questo caso, però, gli Stati non hanno sempre il completo controllo delle istituzioni create. Da una parte possono essere emanate ulteriori Convenzioni, ideate in seno all'istituita organizzazione internazionale, che pongono nuovi e non previsti obblighi per gli Stati (ad esempio la Convenzione Unesco). Inoltre, nuovi soggetti possono essere istituiti dalle organizzazioni internazionali istituite dagli Stati (si pensi alla Codex Alimentarius Commission, che è stata istituita dalla FAO e dal WHO). Gli Stati in questo modo divengono destinatari di regole, che non



hanno contribuito direttamente a creare, e che non avevano direttamente previsto nei trattati a cui avevano inizialmente aderito.

Altri soggetti nascono in via di prassi, e vengono istituzionalizzati in seguito. E' il caso del G8, il cui primo vertice si è svolto nel 1975 su impulso di alcuni Capi di Stato.

Infine, alcune istituzioni nascono in via "autonoma". Il caso più importante è quello delle reti internazionali degli organismi di coordinamento, che finiscono per dare vita a veri e propri organismi sovranazionali (Comitato di Basilea, IOSCO, IAIS, ICN). Tali istituzioni non possiedono "poteri" in base al diritto internazionale, ma hanno un ruolo comunque rilevante.

Soprattutto con riferimento a tale ultimo gruppo, incui il potere pubblico non è collegato ad un potere politico, occorre dunque chiedersi dove risieda il fondamento della loro legittimazione e per quale ragione siano titolari di poteri capaci di influire sugli ordinamenti statali.

La prima delle due forme di legittimazione individuate nell'analisi consiste nella tecnica, intesa come portatrice di scelte oggettive e neutrali, che si pongono al di fuori del raggio di azione della politica. La tecnica viene dunque considerata come un potere, da non limitare per nessuna ragione, invocando il dogma della sua neutralità.

Anticipando alcune delle conclusioni, sembra possibile inquadrare il fenomeno all'interno della ricostruzione del potere legale-razionale di Max Weber (<sup>6</sup>): le istituzioni globali (o meglio, alcune di esse) possono infatti essere considerate come un corpo amministrativo autonomo, che trovano il fondamento della loro attività nel fatto stesso che siano le uniche competenti a compierle (anche con riferimento al fatto che le problematiche che devono risolvere hanno una dimensione globale, non affrontabili singolarmente dagli Stati), poiché *«la preparazione specialistica diventa sempre più il fondamento della posizione di potenza dei titolari degli uffici»* (<sup>7</sup>).

Anche la mancanza di democraticità delle istituzioni globali non è di ostacolo a questa ricostruzione: è Weber stesso a precisare che *«la burocrazia in quanto tale è uno strumento di precisione che può porsi a disposizione di interessi di potere molto diversi, sia puramente pubblici che economici, come di qualsiasi altro tipo. Perciò non si deve esagerare, per quanto esso sia tipico, il suo processo parallelo alla democratizzazione»* (<sup>8</sup>).

---

<sup>6</sup>) Weber, *Economia e società*, 1922

<sup>7</sup>) Weber, *Economia e società*, Vol. II, p. 307.

<sup>8</sup>) Weber, *Economia e società*, Vol. II, p. 307.

Il fenomeno più evidente, sul quale si concentra l'analisi, è quello dell'emanazione di *standard* da parte delle istituzioni globali, che trovano applicazione negli Stati anche se non sono legalmente vincolanti. L'emanazione di *standard* è rilevante ad esempio per quanto concerne le reti globali di regolatori, che provvedono all'armonizzazione delle discipline dei singoli Stati.

Si pensi al Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria. Non ha capacità regolamentare autonoma, non possiede una formale autorità di supervisione sopranazionale, e le sue conclusioni non sono vincolanti legalmente per gli Stati. Però in seno ad esso vengono formulati *standard* e *guideline* che le autorità nazionali di regolazione sono “incoraggiate” a implementare nei rispettivi ordinamenti, assicurando in questo modo la convergenza degli ordinamenti.

E' simile anche il caso dello IOSCO, che ha tra i suoi compiti quello di elaborare *standard* omogenei per la sorveglianza dei mercati, e che prevede un meccanismo di carattere sanzionatorio volto ad assicurarne l'implementazione.

In maniera simile, il WTO impone agli Stati membri di armonizzare le loro misure sanitarie, sulla base di *standard* stabiliti non all'interno del WTO stesso, ma definiti da un'organizzazione terza, la Codex

Alimentarius Commission. In questo modo trovano pertanto applicazione all'interno degli Stati regole stabilite a livello globale, che si impongono per la loro (quantomeno dichiarata) tecnicità, che spesso influisce anche su aspetti ulteriori, che coinvolgono invece scelte più propriamente politiche.

Le istituzioni globali sono sempre più interessate anche dal fenomeno della legittimazione procedurale. Le regole poste dai diversi regimi regolatori globali (si pensi al caso del WTO, con riferimento agli *Agreement on tecnica barriers to trade* e gli *Agreements on the application of sanitary and phytosanitary measures*) impongono un sistema di garanzie procedurali, tipiche dei sistemi di diritto amministrativo nazionali. Il diritto ad essere sentiti, l'obbligo di motivazione, la trasparenza, ma anche il principio di proporzionalità, sono istituti che si vanno affermando gradualmente a livello globale.

Ciò ha portato all'emersione, secondo alcuni, di un vero e proprio principio di «*procedural due process of law*» in ambito globale <sup>9)</sup>. Questo determina un paradosso: il diritto amministrativo, nato come diritto dello Stato, e ad esso (almeno fino a poco fa) intimamente connesso, trova nuove applicazioni a livello globale, ma con una funzione diversa rispetto

---

<sup>9)</sup> Della Cananea, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, 2009.

all'originaria: diventa infatti fattore di legittimazione delle decisioni delle istituzioni globali, che non potrebbero essere imposte autoritativamente. L'accountability perciò non consiste più solamente in una forma di garanzia, come conosciuta tradizionalmente, ma si trasforma in una vera e propria fonte del potere dei poteri pubblici globali (<sup>10</sup>).

---

<sup>10</sup>) Torchia, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, 2008.

## Cap. I

### **La prospettiva nazionale. Le autorità amministrative indipendenti come fenomeno di rottura del circuito democratico rappresentativo**

#### *1. La crisi dello Stato e dell'ordinamento giuridico rappresentativo. Nuove forme di pubblici poteri*

Crisi dello Stato è termine che racchiude in sé differenti significati, che più volte è stato utilizzato dalla scienza giuridica per descrivere fenomeni riguardanti l'ordinamento statale e suoi possibili percorsi di trasformazione (<sup>11</sup>).

Pur nella diversità contenutistica degli studi che si sono interessati al tema, diversità dovuta peraltro anche alla differenza dei periodi storici in cui tali studi hanno visto la luce, è possibile tuttavia individuare delle

---

<sup>11</sup>) Tra i contributi principali S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in Riv. Dir. Pubbl., 1910, pp. 97-114, oggi in S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, Giuffrè, Milano, 1969; A.C. Jemolo, *La crisi dello Stato moderno*, Laterza, Roma-Bari, 1954; S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Laterza, Bari-Roma, 2001.

linee di fondo dei percorsi seguiti, peraltro proprio a partire dalle riflessioni meno recenti in materia.

La caratteristica principale dello Stato moderno viene individuata infatti nella circostanza che esso «appare l'unica fonte, se non l'unico subietto, di ogni potere pubblico». E' lo Stato, «ente a sé», ad essere dotato della forza del diritto, ed anzi costituisce principio fondamentale del diritto pubblico «la personificazione del potere per mezzo dello Stato»<sup>(12)</sup>. Questa concezione suggestiva e, al tempo stesso, rassicurante<sup>(13)</sup>, dello Stato, tuttavia, si manifesta fin dai primi decenni del secolo scorso come una figura chimerica. Il nascere di nuovi raggruppamenti sociali, come le federazioni o i sindacati di operai, nonché numerosi altri, portano ad una inevitabile conseguenza: «l'odierna organizzazione statale, per fatto che si sente il bisogno di organizzazioni nuove complementari rispetto ad essa, se pure non contrarie, si dimostra per ciò stesso insufficiente»<sup>(14)</sup>.

Un'ulteriore, importante conseguenza delle trasformazioni che interessano lo Stato viene messa in luce fin dai primi anni del '900: l'insufficienza dei mezzi giuridici ed istituzionali "tradizionali", che sono

---

<sup>12)</sup> Le citazioni sono di S. Romano, *Lo Stato moderno, op. cit.*, p. 6 ss.

<sup>13)</sup> Viene definita «luminosa» da S. Romano, *Lo Stato moderno, op. cit.*, p. 9.

<sup>14)</sup> S. Romano, *Lo Stato moderno, op. cit.*, p. 13.

a disposizione della società civile al fine di «fare rispecchiare e valere la sua struttura in seno a quella dello Stato»<sup>(15)</sup>. Lo studioso che formula tali riflessioni si riferisce in particolare ad un principio delle democrazie moderne, che sembra, stando alle sue parole, aver già esaurito la sua spinta propulsiva, e non più sufficiente, da solo, a recepire le diverse istanze della società civile: il principio democratico rappresentativo<sup>(16)</sup>.

Una perdita di centralità del ruolo del Parlamento che, con riferimento al nostro ordinamento, costituisce fenomeno tendenzialmente progressivo e costante: anche rispetto al Governo è da segnalare un arretramento del ruolo del Parlamento, che si traduce, ad esempio, in un prevalente utilizzo, da parte del Governo della potestà normativa proprio a scapito del Parlamento<sup>(17)</sup>.

Crisi dello Stato, tuttavia, non significa solamente «perdita di unità del maggiore potere pubblico al suo interno», ma anche «perdita di sovranità verso l'esterno»<sup>(18)</sup>. A tale seconda problematica sarà dedicata la seconda parte della presente trattazione.

---

<sup>15)</sup> Le citazioni sono di S. Romano, *Lo Stato moderno, op. cit.*, pp. 7 ss.

<sup>16)</sup> Su tale aspetto v., da ultimo, M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 15 ss..

<sup>17)</sup> Su cui v. L. Torchia, *Il sistema amministrativo italiano nel XXI secolo*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 46 ss..

<sup>18)</sup> S. Cassese, *La crisi dello Stato, op. cit.*, p. 4.



Occorre invece preliminarmente concentrarsi su un fenomeno diverso, anch'esso connesso intimamente alla crisi dello Stato e, più in particolare, alla crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo <sup>(19)</sup>.

Si tratta di quel fenomeno <sup>(20)</sup> che, con una formula efficace, è stato definito «l'erompere delle autorità amministrative indipendenti» <sup>(21)</sup>.

La nascita delle autorità amministrative indipendenti <sup>(22)</sup>, sotto un profilo organizzativo, deve essere collegata a quello che è stato attentamente definito il «plurimorfismo» <sup>(23)</sup> delle pubbliche amministrazioni, ovvero la creazione di nuove e diverse forme organizzative, dettate sia da ragioni di efficienza <sup>(24)</sup>, ma anche, come le

---

<sup>19)</sup> Su cui v. F. Bilancia, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Cedam, Padova, 2000.

<sup>20)</sup> Il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti affonda le proprie radici nell'esperienza americana delle *Independent Regulatory Commissions*, che iniziò a svilupparsi con l'istituzione nel 1888 della *Interstate Commerce Commission*. Sulla genesi e sui caratteri del modello statunitense v. M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 94 ss..

<sup>21)</sup> A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Firenze, 1997.

<sup>22)</sup> Il termine viene qui utilizzato per indicare quelle autorità che, pur diversificate tra di loro sotto il profilo organizzativo e funzionale, presentano la caratteristica comune di esercitare funzioni amministrative, normative e "paragiurisdizionali" in posizione di autonomia rispetto agli indirizzi del Governo.

<sup>23)</sup> M. Nigro, *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')*, in Enc. Giur., p. 3.

<sup>24)</sup> Le quali impongono che «l'amministrazione si articola e diversifica per rispondere più adeguatamente e più elasticamente ai differenti e spesso

individua la medesima dottrina, da «ragioni di democrazia (in senso ampio), e cioè di collegamento delle forme organizzative con gli interesse che debbono curare e con i gruppi che ne sono titolari»<sup>(25)</sup>.

Le autorità indipendenti, costituendo un ulteriore elemento di complessità dell'apparato amministrativo, determinano «un ulteriore fattore di crisi nella pubblica amministrazione»<sup>(26)</sup>.

La loro importanza è stata più volte sottolineata dalla dottrina, che è giunta ad affermare che esse «rappresentano un crocevia, un momento di passaggio e di ripensamento sul ruolo e sulle funzioni dei poteri pubblici nella produzione di politiche pubbliche e nella regolazione economica e sociale»<sup>(27)</sup>.

Si pongono infatti come modello distante dall'amministrazione tradizionalmente intesa<sup>(28)</sup>, ed in particolare nel rapporto che si instaura con il potere politico.

---

contraddittori compiti che deve assumere», M. Nigro, *Amministrazione pubblica, op.cit*, p. 3.

<sup>25)</sup> M. Nigro, *Amministrazione pubblica, op. cit.*, p. 3.

<sup>26)</sup> C. Franchini, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in S. Cassese – C. Franchini, *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 71.

<sup>27)</sup> G. Giraudi – M. S. Righettini, *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 11.

<sup>28)</sup> V. G. Zanobini, *Amministrazione pubblica (Nozione e caratteri generali)*, in Enc. Giur., pp. 233-240.

Tali istituzioni sono infatti per loro natura poste al di fuori del circuito democratico-rappresentativo, e slegate da vincoli politici. Esse, si presentano «[c]ome aggregati dotati di professionalità e di tecnica, perciò di *auctoritas* oltre che di poteri [e] appaiono suscettibili di ricostruire su nuovi basi nuovi rapporti di norme e di fiducia all'interno e nelle relazioni con l'esterno» (29).

La rilevanza consiste nella circostanza che le nuove manifestazioni di autorità, espresse attraverso le autorità amministrative indipendenti, non sono più fondate sulla rappresentazione della volontà generale (tramite il voto), ma su nuove e diverse categorie di interessi.

Le caratteristiche sopra ricordate, se da una parte pongono le basi per un allontanamento dai caratteri propri del potere burocratico, così come puntualmente delineati da Weber (30), dall'altra permettono un diverso inquadramento all'interno dello schema del potere legale-razionale. Weber osserva infatti che «la preparazione specialistica diventa sempre più il fondamento della posizione di potenza dei titolari degli

---

<sup>29)</sup> A Predieri, *L'erompere, op. cit.*, p, 48.

<sup>30)</sup> Secondo M. Weber, *Economia e società*, Ed. Comunità, Milano, 1961, Vol. I, pp. 215 ss., il tipo più puro di potere legale è quello che si avvale di un apparato amministrativo burocratico, che presenta i seguenti principali caratteri: obbedienza ai doveri d'ufficio; secondo precise gerarchie e competenze; ottenimento di una retribuzione in denaro; sottoposizione a disciplina di ufficio e a determinati controlli.

uffici»<sup>(31)</sup>. L'*expertise* che connota e in una certa misura rende necessario l'operato delle autorità amministrative indipendenti (e, come verrà successivamente esposto, anche di alcuni importanti regolatori globali) si pone dunque come base per poter ricomprendere il fenomeno nello schema del potere legale razionale.

La mancanza di legami diretti e continuativi con il circuito democratico-rappresentativo rende di grande interesse concentrare l'analisi su tali figure, al fine di verificare innanzitutto quali diverse forme di legittimazione<sup>(32)</sup> siano state individuate per giustificarne la presenza e la coerenza all'interno del nostro ordinamento<sup>(33)</sup>.

Successivamente occorrerà anche individuare quali forme di controllo siano previste con riferimento al loro operato, tali da renderle responsabili o, più correttamente, *accountable*.

La linea di tendenza che ne emerge, la quale può essere anticipata fin d'ora, porta a considerare che «[i]l fenomeno giuridico si conforma,

---

<sup>31)</sup> M. Weber, *Economia e società*, Ed. Comunità, Milano, 1961, Vol. II, p. 307

<sup>32)</sup> Intesa come giustificazione del potere, secondo la sistematica di M. Weber, *Economia e società*, Ed. Comunità, Milano, 1961, Vol. I, pp. 207 ss..

<sup>33)</sup> La questione è formulata chiaramente da A. La Spina – A. Majone, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 167: «[i] regolatori possono godere di un grande potere, eppure non sono eletti, né direttamente responsabili verso i detentori di cariche elettive. Come va controllato, allora, l'esercizio di tale potere?»

ormai, ad un modello politico assai diverso e lontano da quello incarnato dalla rappresentanza» (<sup>34</sup>).

---

<sup>34</sup>) F. Bilancia, La crisi dell'ordinamento giuridico rappresentativo, Cedam, Padova, 2000, p. 131.

2. *La legittimazione delle autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento democratico*

Interrogandosi sulle problematiche relative all'ordinamento costituzionale tedesco, Carl Schmitt osserva con preoccupazione come sempre più spesso decisioni politiche vengono affidate «agli specialisti dei singoli settori, specialmente ai tecnici amministrativi, finanziari o economici» <sup>(35)</sup>. Secondo tale autore, l'uso artefatto di termini come «neutralità, depoliticizzazione e oggettività» <sup>(36)</sup> esprimeva la generalizzazione di scopi diversi e contraddittori, tutti però sintomatici di un'incapacità a governare e prendere decisioni, che avrebbero alimentato «le diverse fughe della sostanza politica» <sup>(37)</sup>.

Una delle principali problematiche relative alle autorità amministrative indipendenti si concentra intorno a queste riflessioni dello studioso tedesco: si tratta perciò della difficoltà di conciliare le esigenze della governabilità (che si concretizzano nell'esigenza di fornire risposte efficienti alle sempre maggiori richieste provenienti da una società che

---

<sup>35)</sup> C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 158.

<sup>36)</sup> C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, op. cit., p. 166.

<sup>37)</sup> C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, op. cit., p. 166.

diventa via più articolata e complessa) con le pretese di salvaguardia di uno dei principi cardine dello Stato moderno, quale è da considerare il fondamentale rapporto che lega eletti ad elettori nel sistema democratico<sup>(38)</sup>.

La tecnica deve essere intesa pertanto come fattore di legittimazione<sup>(39)</sup>, che porta alla nascita di una “democrazia dell’efficienza”<sup>(40)</sup>, in cui troverebbero maggiore spazio «sistemi di governo orientati alla rivalutazione di modalità di azione più orientate all’efficienza e all’efficacia degli *outputs*»<sup>(41)</sup>.

Parte della dottrina rinviene la legittimazione delle autorità amministrative indipendenti richiamandosi al principio del contraddittorio

---

<sup>38)</sup> E’ stato osservato da G. Giraudi – M.S. Righettini, *Le autorità amministrative indipendenti, op. cit.*, che le autorità «hanno messo a dura prova la coerenza interna degli ordinamenti giuridici, ma innegabilmente hanno risolto alcuni cruciali problemi di funzionalità dei governi democratici», p. 202. D’altro canto, osserva A. Predieri, *L’erompere delle autorità, op. cit.*, come «[l]e autorità amministrative indipendenti sono l’effetto di una crisi di rappresentanza, acuito dalla crisi del sistema di partiti italiano, che porta alla richiesta di risposta tecnica e indipendente, non politica, alle domande della società, che è la stessa che accresce l’aforza dei giudici rendendoli, come le autorità amministrative indipendenti, contropoteri del governo e dei circuiti rappresentativi, tanto di quello elettorale quanto di quello degli interessi», p. 40.

<sup>39)</sup> V. E. Cheli, *Le autorità amministrative indipendenti nella forma di governo*, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari. Quaderno n. 11, Torino, 2000, p. 130.

<sup>40)</sup> Secondo la formula di G. Giraudi – M.S. Righettini, *Le autorità amministrative indipendenti, op. cit.*

<sup>41)</sup> G. Giraudi – M.S. Righettini, *Le autorità amministrative indipendenti, op. cit.*, p. 202.

integrale e paritario ed alle logiche del giusto procedimento <sup>(42)</sup>, intendendosi con ciò non semplicemente una forma di razionalizzazione delle decisioni, ma uno strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative <sup>(43)</sup>.

---

<sup>42)</sup> V. F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 27. Secondo l'a. infatti «[...] il procedimento in contraddittorio prevale sulla rappresentatività reale misurata attraverso l'elezione periodica degli organi, che viene riservata soltanto all'esercizio dei diritti politici e a funzioni che non si esauriscano nella garanzia dell'esercizio di diritti in contraddittorio paritario», p. 27.

<sup>43)</sup> Parte della dottrina ha espresso una serie di obiezioni a questa tesi. Ci si riferisce a G. Grasso, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 80 ss.. L'a. sostiene che non si dovrebbe enfatizzare troppo il riferimento alla disciplina del contraddittorio ed al rispetto delle norme generali della l. 241/1990 solamente per quanto riguarda le Autorità amministrative indipendenti e non le altre amministrazioni, e che «[è] vero che gli altri poteri sono legittimati democraticamente, ma anche la legittimazione democratica ha gradi e livelli diversi (organi immediatamente elettivi; organi eletti con un procedimento di secondo grado; organi responsabili dinanzi al Parlamento, organi irresponsabili davanti a questo); anche in questi casi, dove c'è meno legittimazione democratica e pur di fronte ad un'esplicita previsione in Costituzione, non servirebbe allora un surplus di legittimazione procedimentale?», p. 85. Inoltre l'a. osserva con preoccupazione che «la società che legittima le Autorità indipendenti rischia di essere una parziale espressione della comunità dei cittadini, magari circoscritta soltanto ai poteri e agli interessi "forti" dell'economia.», p. 94.



E' stato infatti autorevolmente sostenuto che la legittimazione delle questi soggetti «non discend[a] dalla democrazia politica, ma dalla democrazia procedimentale»<sup>(44)</sup>.

Il procedimento dunque deve essere inteso come una sorta di surrogato della democrazia rappresentativa, che permette «una forma di legittimazione diversa, ma equivalente»<sup>(45)</sup> e contribuisce a giustificare, almeno in parte, l'anomala e non ben definita collocazione istituzionale delle Autorità nel nostro sistema costituzionale<sup>(46)</sup>.

Viene esaltato il «momento non elettivo»<sup>(47)</sup> di partecipazione politica, ponendo in evidenza come sia possibile che vi «siano funzioni di fondamentale importanza esercitate in un sistema democratico da organi non elettivi e non responsabili, se in sostituzione di quella responsabilità si viene a creare un congegno che rende l'esercizio del potere verificabile,

---

<sup>44)</sup> S. Cassese, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, Giappichelli, Torino, 1999, p. 42. Per un'analisi della democrazia deliberativa e della democrazia rappresentativa si rinvia a S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, 2007, pp.13 – 41.

<sup>45)</sup> M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 216.

<sup>46)</sup> Il fondamento costituzionale delle autorità amministrative indipendenti non è univoco: una rassegna delle diverse tesi è contenuta in A. Sandulli (a cura di), *Diritto amministrativo applicato*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 50-58.

<sup>47)</sup> A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Firenze, 1997, p. 58.

controllabile, in sedi diverse che non siano quelle del sistema rappresentativo elettorale»<sup>(48)</sup>.

Questa tipologia di legittimazione delle autorità amministrative indipendenti si traduce nella necessità di predisporre adeguate garanzie procedurali volte ad assicurare un'effettiva partecipazione ai soggetti interessati, che trovano fondamento sia nella natura (e dunque nel ruolo all'interno dell'ordinamento) propria delle Autorità sia nelle funzioni ad esse affidate, che implicano la titolarità di estesi poteri normativi e amministrativi discrezionali<sup>(49)</sup>.

Per quanto riguarda la natura delle autorità, il loro ruolo neutrale<sup>(50)</sup> implica che non esercitino una vera e propria ponderazione di interessi pubblici e privati, ma che invece assuma (principalmente) rilevanza la «necessità ed opportunità di garantire e tutelare, reciprocamente,

---

<sup>48)</sup> A. Predieri, *I procedimenti amministrativi*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, Giappichelli, Torino, 1999, p. 36. Fa notare S. Cassese, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, Giappichelli, Torino, 1999, p. 42, che « le Autorità indipendenti, che non sono politicamente *accountable*, sono in altro modo *accountable* e [...] questo diverso modo sta nella visibilità delle loro decisioni, nella completezza delle loro informazioni, nella loro capacità di udire gli interessati».

<sup>49)</sup> V. M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 151.

<sup>50)</sup> Su cui M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994.

situazioni soggettive private»<sup>(51)</sup>, in cui «la cura dell'interesse pubblico si identifica [...] con l'attività di controllo volta a verificare il rispetto delle regole, per mezzo di un giudizio sulla regolarità della condotta posta in essere dai privati»<sup>(52)</sup>. Ciò ha portato ad ipotizzare una natura “paragiurisdizionale” delle autorità indipendenti, almeno con riferimento allo svolgimento di alcune importanti funzioni<sup>(53)</sup>, da cui discende che «le autorità, nell'applicare la legge, devono in qualche modo ispirarsi al modo di operare ordinario dei giudici che, come si è già accennato, è quello del procedimento giurisdizionale improntato al principio del contraddittorio»<sup>(54)</sup>.

Anche la previsione della titolarità di estesi poteri normativi e amministrativi discrezionali ha conseguenze rilevanti in tema di garanzie

---

<sup>51)</sup> L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. Cassese – C. Franchini (a cura di), *I Garanti delle regole – Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 58.

<sup>52)</sup> L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, *op. cit.*, p. 62. L'a. si riferisce alla regolazione condizionale, su cui v. anche S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza regole*, 2/2002, pp. 265-276.

<sup>53)</sup> Lo evidenzia M. Clarich, *Autorità indipendenti*, *op. cit.*, p. 151, secondo cui «diventa possibile qualificare le autorità indipendenti (o almeno alcune di esse e in special modo, come si è sottolineato, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato) come organi “paragiurisdizionali”». L'a. non manca di osservare, tuttavia, come la giurisprudenza non riconosca un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione, e dunque non ritenga esistente una figura paragiurisdizionale a sé stante, e che «[i]nvero, la natura paragiurisdizionale va riconosciuta, più che all'organo in quanto tale, ad alcune delle funzioni (non tutte) attribuite alle autorità indipendenti», p. 152.

M. Clarich, *Autorità indipendenti*, *op. cit.*, p. 153.

procedimentali. Il fenomeno deve essere messo in connessione – ed anzi ne rappresenta una significativa manifestazione – con la più generale “crisi della legge”<sup>(55)</sup>, la quale non sembra più possedere la «capacità di predefinire, sia pur nel rispetto dei canoni della generalità e dell’astrattezza, un sistema completo e preciso di regole di comportamento (obblighi e divieti) tale da consentire ai destinatari della disciplina di valutare in modo autonomo ed ex ante, con un elevato grado di certezza, i propri e gli altrui comportamenti in termini di liceità o illiceità»<sup>(56)</sup>.

A ciò si aggiunga che i settori oggetto della regolazione sono molto spesso soggetti ad una rapida evoluzione tecnologica, che determina la veloce obsolescenza delle regole date<sup>(57)</sup>, rendendo necessaria l’attribuzione alle autorità indipendenti di poteri normativi e di regolazione ampi e spesso indeterminati, con riferimento non solamente alle finalità perseguite, ma anche ai contenuti del potere affidatogli<sup>(58)</sup>. Il

---

<sup>55)</sup> V. M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 23 ss.. Di una “interruzione” del principio di legalità si occupa invece F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2007.

<sup>56)</sup> M. Clarich, *Autorità indipendenti*, *op. cit.*, p. 154.

<sup>57)</sup> Si pensi ai casi delle comunicazioni elettroniche o dell’energia elettrica.

<sup>58)</sup> E’ il caso della l. 14 novembre 1995, n. 481. *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, che all’art. 1 prevede come compito per le allora istituende Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità il generale compito di «garantire la promozione della concorrenza e dell’efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, di seguito denominati “servizi” nonché

fenomeno è stato osservato con preoccupazione dalla dottrina, ed è stato osservato che «nelle autorità amministrative indipendenti si realizza quella che gli anglosassoni chiamano impropriamente secondo le nostre categorie formali, ma efficacemente sotto il profilo della descrizione sostanziale, una “delegazione legislativa” ad un organo amministrativo»<sup>(59)</sup>. Si tratterebbe dunque quasi di una vera e propria delega in bianco<sup>(60)</sup>, una “caduta”<sup>(61)</sup> della legalità sostanziale che determina dunque la necessità di un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio.

Il fondamento di natura procedimentale della legittimazione democratica delle autorità indipendenti ha importanti ricadute con riferimento alla disciplina dei procedimenti propri delle autorità.

Innanzitutto, il richiamo alla l. 241/1990 non è apparso idoneo a disciplinare compiutamente i procedimenti che si svolgono di fronte alle

---

adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e di redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori, tenuto conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo. [...]».

<sup>59)</sup> F. Merusi, *Sentieri interrotti*, op. cit., pp. 66-67.

<sup>60)</sup> F. Sclafani – L. Zanettini, *L'autorità per l'energia elettrica e il gas*, in G.P. Cirillo – R. Chieppa (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, Cedam, Padova, 2010, p. 433.

<sup>61)</sup> come è stata efficacemente definita dalla giurisprudenza amministrativa, Consiglio di Stato, sent. 11 aprile 2006, n. 2007, v. *infra*.

autorità amministrative indipendenti. Le motivazioni sono principalmente funzionali <sup>(62)</sup>: nell'esercizio dei poteri di regolazione infatti l'autorità si manifesta come arbitro, in posizione neutrale rispetto agli interessi in gioco, e non rivolge la sua attività al perseguimento di un superiore interesse pubblico, come invece farebbe un'amministrazione tradizionale. E' dunque diversa la funzione svolta dai procedimenti che si svolgono di fronte alle autorità amministrative indipendenti e la tipologia di procedimento amministrativo disciplinato dalla l. 241/1990: nel secondo caso infatti assume rilevanza la comparazione che, nel corso del procedimento, si instaura tra l'interesse privato e quello pubblico perseguito dalla pubblica amministrazione, mentre di fronte alle autorità indipendenti il contraddittorio assume diverse funzioni.

In primo luogo, quando l'autorità si pone in posizione neutrale rispetto alle parti, può servire a garantire il principio di "parità delle armi" <sup>(63)</sup> tra i diversi soggetti del procedimento, ponendoli in una situazione di uguaglianza formale e facendo sì che possano svolgere le proprie osservazioni su quanto dedotto dalla controparte: in questo caso il contraddittorio assume una dimensione «orizzontale» <sup>(64)</sup>. Tale

---

<sup>62)</sup> F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, op. cit., p. 83.

<sup>63)</sup> V. F. Merusi, *Democrazia ed autorità indipendenti*, op. cit., p. 27 ss..

<sup>64)</sup> M. Clarich, *Autorità indipendenti*, op. cit., p. 156.

impostazione discenderebbe dalla natura stessa del mercato (che l'attività delle autorità amministrative indipendenti è volta a tutelare), che viene descritto a tale proposito dal giudice amministrativo come «un modello organizzativo delle operazioni economiche che si fonda sulla parità delle armi, sulla pari possibilità di contendere data ai soggetti che vi operano in regime di libera concorrenza»<sup>(65)</sup>.

In secondo luogo, può essere utile a superare l'asimmetria informativa che spesso intercorre tra regolatori e regolati, come evidenziato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in una sua comunicazione, ove auspica sia possibile «di far partecipare, sempre ed adeguatamente, al disegno regolativo, tutti coloro che possono dare un contributo per colmare l'asimmetria di informazione del regolatore, in particolare quei soggetti economici che sono latori di interessi contrapposti a quelli del soggetto regolato»<sup>(66)</sup>. In questo caso dunque il contraddittorio assume una funzione collaborativa.

In terzo luogo, il contraddittorio può essere prettamente difensivo, manifestandosi tipicamente nei procedimenti sanzionatori e prescrittivi delle autorità, in cui l'impresa fa valere il proprio interesse oppositivo di

---

<sup>65</sup>) T.A.R. Lazio, Sent. 10 aprile 2002, n. 3070.

<sup>66</sup>) AGCM, AS 226/02, in Bollettino AGCM, n. 1-2/2002, rinvenibile al sito web [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

fronte alla prospettata adozione di una sanzione o di un ordine. In questo caso il contraddittorio è definito «verticale» <sup>(67)</sup>, intercorrendo tra l'autorità ed un soggetto privato.

Le diverse funzioni svolte impongono dunque procedimenti differenti e (spesso) più articolati di quello che viene individuato dalla l. 241/1990.

A tale proposito, uno dei modelli più significativi che ha trovato ingresso nel nostro ordinamento è quello definito del *notice and comment*. Guidando l'analisi sul piano del diritto positivo, si rileva che una delle prime autorità che ha introdotto la disciplina della consultazione nei procedimenti di regolazione – pur in mancanza di un obbligo normativo a riguardo <sup>(68)</sup> – è stata l'Autorità per l'energia elettrica e il gas <sup>(69)</sup>.

Peraltro proprio tale disciplina è stata recentemente innovata, al fine di «adottare una compiuta e più articolata disciplina della

---

<sup>67)</sup> M. Clarich, *Autorità indipendenti*, *op. cit.*, p. 157

<sup>68)</sup> La legge istitutiva dell'AEEG non prevede infatti in via generale che gli atti di regolazione siano preceduti dalla consultazione: l'art. 2, comma 12, lett. E), l. 481/1995 prescrive infatti che gli aggiornamenti tariffari avvengano «sentiti eventualmente i soggetti esercenti il servizio»: la presenza dell'avverbio “eventualmente” esclude dunque carattere cogente all'obbligo di consultazione.

<sup>69)</sup> Delibera n. 61 del 1997.



consultazione in quanto essa costituisce un importante strumento di democrazia deliberativa, di trasparenza e di qualità della regolazione»<sup>(70)</sup>.

La consultazione consiste nella facoltà, riconosciuta a chiunque vi abbia interesse, di presentare osservazioni, suggerimenti e proposte in merito ad uno specifico atto di regolazione, prima che venga adottato. Prima dell'adozione di un atto di regolazione, pertanto, l'Autorità è tenuta a diffondere un documento contenente gli elementi essenziali del progetto di regolazione ed un eventuale schema dell'atto da adottare, indicando le questioni sulle quali sollecita i soggetti interessati a presentare osservazioni e proposte e contestualmente specificando le modalità ed il termine<sup>(71)</sup> entro cui presentare tali osservazioni<sup>(72)</sup>. Al momento di emanare l'atto di regolazione, esso «è motivato tenendo conto anche delle eventuali osservazioni e proposte tempestivamente presentate nel corso della consultazione»<sup>(73)</sup>. In questo modo dunque la “voce” dei soggetti interessati trova specifico riconoscimento anche nel procedimento di adozione di un atto generale, e ne conferma il contenuto, quantomeno con riferimento all'obbligo di motivazione.

---

<sup>70)</sup> Delibera GOP 46/09.

<sup>71)</sup> Che non può essere inferiore a trenta giorni, salvi casi di urgenza, in cui il termine può essere ridotto fino a sette giorni. V. Art. 4, All. A, Delibera GOP 46/09.

<sup>72)</sup> V. Art. 4, All. A, Delibera GOP 46/09.

<sup>73)</sup> Art. 5, All. A, Delibera GOP 46/09.

In giurisprudenza si è osservato dunque che la consultazione rappresenta uno strumento «sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative» <sup>(74)</sup>. La consultazione, espressione della democrazia partecipativa, mantiene però delle differenze dalle forme di democrazia rappresentativa: la più rilevante consiste nella circostanza che il voto, attraverso cui si esplica la democrazia rappresentativa, può anche non essere motivato, e costituisce un atto di esercizio collegiale del potere, mentre la consultazione «trova la sua forza nella ragione, ovvero nelle argomentazioni che attraverso di essa vengono acquisite come contributo di parte alla costruzione di una regola ragionevole» <sup>(75)</sup>.

L'espansione delle garanzie procedurali non è avvenuta solamente sulla base di quanto disposto da previsioni normative o in forza di *best practices* delle autorità, ma anche a seguito dell'opera della giurisprudenza, non solamente amministrativa.

La Corte costituzionale ha infatti sancito che l'attività delle autorità <sup>(76)</sup> «non può sottrarsi al generale canone *audiatur ed altera pars*», e che «il

---

<sup>74)</sup> Consiglio di Stato, n. 7972/2005.

<sup>75)</sup> F. Sclafani – L. Zanettini, *L'autorità per l'energia elettrica e il gas*, op. cit., p. 434.

<sup>76)</sup> Il caso oggetto di censura costituzionale riguardava specificatamente la Commissione di garanzia per esercizio del diritto di sciopero. V. Corte Cost., sent. 24 febbraio 1995, n. 57.

coinvolgimento dei soggetti interessati ed il momento di partecipazione che ne deriva, si pongono come fase indefettibile [del procedimento]»<sup>(77)</sup>.

Nella giurisprudenza del Consiglio di Stato diretta ad affermare il giusto procedimento il valore legittimante delle regole del contraddittorio e della partecipazione dei privati all'esercizio dei poteri regolatori sono affermate con convinzione.

Il Consiglio di Stato infatti, in una serie di decisioni riguardanti l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas<sup>(78)</sup>, ha individuato i presupposti di esercizio dei poteri regolatori attribuiti alle autorità amministrative indipendenti.

I procedimenti regolatori svolti da questa autorità non permettono l'applicazione delle «generalì regole dell'azione amministrativa che escludono dall'obbligo di motivazione e dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l'attività della pubblica amministrazione diretta

---

<sup>77)</sup> Corte Cost., n. 57/1995.

<sup>78)</sup> Consiglio di Stato, 27 dicembre 2006, n. 7972, con commento di S. Screpanti, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4/2007, pp. 377-385, preceduta da Consiglio di Stato, 11 aprile 2006, n. 2007 e Consiglio di Stato, 20 aprile 2006, n. 2201. Più recentemente la giurisprudenza si è occupata del medesimo tema in Consiglio di Stato, 2 marzo 2010, n. 1215, con commento di S. Del Gatto, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 9/2010, pp.947-954.

alla emanazione di atti normativi ed amministrativi generali (art.3 e 13 l. n. 241/90)»<sup>(79)</sup>.

Infatti, prosegue il Consiglio di Stato «l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative»<sup>(80)</sup>. La mancanza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, così come l'indipendenza e la neutralità delle autorità trovano dunque allo «un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale»<sup>(81)</sup>.

D'altro canto, è la mancanza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento( con obblighi e divieti fissati dal legislatore) nei settori alla cui regolazione le autorità sono preposte, a rendere necessario che l'attività di regulation si svolga con la partecipazione al procedimento dei soggetti interessati. Tra la legalità sostanziale, attraverso cui la norma

---

<sup>79)</sup> Cons. Stato, n. 7972/2006.

<sup>80)</sup> Cons. Stato, n. 7972/2006.

<sup>81)</sup> Cons. Stato, n. 2007/2006.

è chiamata a definire i limiti contenutistici del potere, e la legalità procedurale, che pone obblighi procedimentali, si instaura una correlazione inversa: quanto meno è garantita la prima, tanto più si rende necessario incrementare il coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento regolatorio <sup>(82)</sup>.

La consultazione preventiva diviene allora uno «strumento essenziale per arricchire la base conoscitiva dell'attività di regolazione» <sup>(83)</sup>, tramite cui ottenere un contributo informativo e valutativo da parte dei soggetti interessati. Dunque delle osservazioni presentate l'autorità dovrà tener conto in sede di motivazione del provvedimento finale, sorgendo pertanto specifico obbligo in tal senso.

La centralità del contraddittorio procedimentale sotto il profilo legittimante emerge dunque con chiarezza dalle decisioni del Consiglio di Stato.

Ne risulta inciso anche il rapporto con la legge generale sul procedimento amministrativo: la giurisprudenza <sup>(84)</sup> ne ha evidenziato il carattere di individuazione dei principi fondamentali in tema di

---

<sup>82)</sup> Secondo il Consiglio di Stato, n. 7972/2006, «la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio»

<sup>83)</sup> Cons. Stato, n. 7972/2006.

<sup>84)</sup> V. da ultimo, Cons. Stato, n. 1215/2010.

procedimento amministrativo. Ne consegue che le discipline particolari devono sì uniformarsi, ma non nel senso di un'interpretazione strettamente letterale, bensì finalistica, come «ricerca del significato che meglio soddisfi le esigenze conoscitive e partecipative tutelate in via generale dal legislatore»<sup>(85)</sup>.

Secondo altra dottrina, le autorità rinvencono in un dato extrastatale, ovvero dalla loro origine comunitaria, la loro principale legittimazione<sup>(86)</sup>. La circostanza che le autorità siano istituite in forza di regole comunitarie (*rectius* europee) porta a ritenere che la loro legittimazione vada rinvenuta proprio in tale dato sopranazionale, che determina, tra l'altro, l'impossibilità per il legislatore italiano di optare per una eventuale soppressione di tale modello.

Un'ulteriore posizione dottrina<sup>(87)</sup> riconosce invece l'esistenza di una legittimazione mista per le autorità amministrative indipendenti, sia soggettiva (connessa dunque alla competenza del soggetto decidente) che oggettiva (che si concretizza nella dimensione procedimentale e nella razionalità della decisione assunta).

---

<sup>85)</sup> Cons. Stato, n. 1215/2010. V. M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, op. cit., pp. 215 ss..

<sup>86)</sup> F. Donati, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2006, pp. 27-62.

<sup>87)</sup> A.R. Tassone, *Situazioni giuridiche soggettive e decisioni delle amministrazioni indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 2002, pp. 459-480.

La mancanza di un unico fondamento certo di legittimazione, così come l'assenza di un'espressa copertura costituzionale delle autorità hanno determinato una serie di incertezze ed aporie in tema di tutela giurisdizionale e sindacabilità degli atti delle autorità, di cui è necessario ora occuparsi.

3. *Il momento della responsabilità. Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità amministrative indipendenti*

Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità amministrative indipendenti costituisce uno degli strumenti più importanti per rendere le autorità responsabili (<sup>88</sup>), poichè la loro attività, altrimenti, rischierebbe di rimanere privo di idonee forme di verifica.

Il tema non si sviluppa solamente intorno al noto interrogativo «Who guards the guardians?» (<sup>89</sup>), ma anche e soprattutto nelle modalità attraverso cui svolgere tale sindacato su un'attività complessa e caratterizzata da profili specialistici e tecnici, come quella delle autorità indipendenti.

L'esigenza di fornire una risposta alla prima domanda, con riferimento all'ordinamento italiano, è sorta come conseguenza della capacità delle autorità indipendenti di incidere sulle situazioni giuridiche soggettive.

---

<sup>88</sup>) O più correttamente *accountable*, come rileva M. Clarich, *Autorità indipendenti, op. cit.*, p. 177.

<sup>89</sup>) Secondo l'espressione di M. Shapiro, *Who guards the guardians?*, University of Georgia Press, 1988, si occupa del problema del controllo giurisdizionale dell'amministrazione nell'esperienza statunitense.



La soluzione al quesito non appare scontata. Attenta dottrina ha infatti notato che: «[s]e le autorità indipendenti, in Italia, non nascono in opposizione ai giudici, ci si può chiedere, tuttavia, perché venga attribuito il compito di decidere questioni di interesse collettivo ad autorità dotate di indipendenza, i cui membri vengono scelti con criteri particolarmente selettivi e sottoposti a incompatibilità ben superiori a quelle dei giudici, per assoggettare, poi la loro attività all'ordinario sindacato giurisdizionale»<sup>90</sup>).

Queste riflessioni però non hanno costituito indicazioni seguite né dal legislatore né della giurisprudenza, che hanno intrapreso percorsi differenti.

Le norme istitutive delle autorità indipendenti hanno anche previsto le modalità di impugnazione dei loro atti, da cui emerge un *favor* alla sottoposizione di tali atti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Così sono espressamente devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo i ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità

---

<sup>90</sup>) S. Cassese, Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni, in S. Cassese-C. Franchini (a cura di), *I Garanti delle regole – Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 221-222.

garante per la concorrenza e il mercato (<sup>91</sup>) e delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, quali l'Autorità per le garanzie nelle Comunicazioni (<sup>92</sup>) e l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (<sup>93</sup>), ed in via generale (<sup>94</sup>), i provvedimenti adottati dalla Banca d'Italia, dalla Consob, dall'Isvap, dalla Civit e dalla Covip. Le controversie riguardanti invece gli atti del Garante per la protezione dei dati personali (<sup>95</sup>) e quelle relative agli atti della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali (<sup>96</sup>) sono attribuite alla competenza del giudice ordinario.

Anche la giurisprudenza, negando il carattere para-giudiziale delle autorità indipendenti, ha riconosciuto ed confermato la necessità di un controllo giurisdizionale.

Pur rilevando che «non è affatto sconosciuto al sistema delle Autorità indipendenti, per quanto possano essere tra loro diverse, l'attribuzione di un potere decisorio su diritti soggettivi veri e propri,

---

<sup>91</sup>) Art. 33, c. 1, legge 10 ottobre 1990, n. 287.

<sup>92</sup>) Art. 1, c. 26, legge 31 luglio 1997n. 249 e art. 10, c. 10, legge 22 febbraio 2000, n. 28.

<sup>93</sup>) Art 2, c. 25, legge 14 novembre 1995, n. 481.

<sup>94</sup>) Precedentemente secondo quanto stabilito dall'art. 7 della l. 205/2000, oggi dall'art. 133, c. 1, lett. l), d. lgs. 2 luglio 2010, Codice del processo amministrativo.

<sup>95</sup>) Art. 29, c. 8, legge 31 dicembre 1996, n. 675.

<sup>96</sup>) Art. 20 bis, legge 12 giugno 1990, n. 146, introdotto dalla legge 11 aprile 2000, n. 83.

basato cioè sull'identificazione di posizioni giuridiche tutelate e non di valutazione semplicemente discrezionali circa la sussistenza di un interesse pubblico», tuttavia non è stata esclusa «la soggezione dei conseguenti atti ad un controllo giudiziario»<sup>(97)</sup>. Le considerazioni svolte dalla Corte di Cassazione, riferite alla sussistenza o meno di legittimazione passiva del Garante della *privacy* in un giudizio di fronte al giudice ordinario, vengono tuttavia generalizzate, sancendo l'inesistenza di un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione, oltre alla mancanza di tutti i caratteri necessari per poter essere considerate giudici speciali, non essendo sufficiente l'attribuzione ad un organo pubblico di un procedimento speciale<sup>(98)</sup>.

A simili conclusioni è giunto anche il giudice amministrativo che ha confermato come «[r]iconoscere nell'ambito dei procedimenti antitrust il diritto al contraddittorio ed alla difesa non implica certo il contestuale riconoscimento della natura para-giurisdizionale dell'organo alla cui competenza quei procedimenti sono attribuiti»<sup>(99)</sup>.

---

<sup>97)</sup> Cass. Civ., 20 maggio 2002, n. 7341.

<sup>98)</sup> Afferma il collegio che «giudice [è] quel soggetto pubblico che esercitando quel tipico procedimento che è il processo giudiziario dà luogo ad una decisione su diritti suscettibile di assurgere alla definitività del giudicato, al di fuori di qualunque altro controllo da parte di altro e diverso organo o potere dello Stato», Cass., n. 7341/2002.

<sup>99)</sup> Consiglio di Stato, 12 febbraio 2001, n. 652.

L'ordinamento fornisce dunque una risposta positiva alla sottoposizione degli atti delle autorità a forme di controllo giurisdizionale, partendo dal presupposto che «[I]l controllo giurisdizionale è [...] irrinunciabile in un ordinamento che si preoccupa di dare protezione generalizzata ad un fascio davvero ampio di situazioni giuridiche soggettive, forse nemmeno riconducibili nel caso delle Autorità, alla secca alternativa diritti soggettivi-interessi legittimi» <sup>(100)</sup>.

Occorre però domandarsi quale sia il grado e l'intensità di tale sindacato.

Su tal questione non vi è uniformità di opinioni in dottrina e giurisprudenza, ed anzi si sono consolidati nel tempo diversi orientamenti.

In base ad un primo orientamento, si profilerebbe un ridimensionamento del ruolo di tutela del sindacato giurisdizionale, anche in considerazione della forte partecipazione procedimentale caratterizzante l'attività delle autorità. Le decisioni delle autorità rappresenterebbero il frutto di nozioni extragiuridiche, di natura tecnica, scientifica, economica, frutto di scienze incerte ed inesatte, che offre verità non assolute ma relative <sup>(101)</sup>, espressione di una complessa attività tecnico-discrezionale.

---

<sup>100)</sup> G. Grasso, *Le autorità amministrative indipendenti*, op. cit., p. 44.

<sup>101)</sup> Si pensi ai diversi concetti economici posti a base dell'attività *antitrust*.

Al giudice amministrativo viene dunque precluso di sindacare il merito di tali scelte tecniche, e può limitarsi a verificare che, rispetto alla norma tecnica o al concetto giuridico indeterminato chiamato ad applicare, l'autorità abbia posto ragionevolmente in essere una valutazione con esse compatibile <sup>(102)</sup>.

Una forma più penetrante di sindacato si afferma a seguito dell'estensione della giurisdizione amministrativa sulle valutazioni di discrezionalità tecnica dell'amministrazione, ed in virtù dell'introduzione dello strumento della consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo <sup>(103)</sup>. L'attività delle autorità indipendenti non viene pertanto considerata attinente al merito amministrativo, ma espressione di discrezionalità di carattere tecnico, e pertanto sindacabile, pur con delle opportune cautele, dal giudice amministrativo.

Tale forma di sindacato è infatti stata definita dalla giurisprudenza amministrativa di tipo “debole” <sup>(104)</sup>. Ciò non deve però indurre a ritenere

---

<sup>102)</sup> V. Cons. Stato, n. 652/2001, e più recentemente T.A.R. Lazio, 14 giugno 2007, n. 54444, secondo cui «a fronte di siffatte decisioni dell'AGCOM, espressione di una complessa attività tecnico – discrezionale, volta a correggere distorsioni (transitorie o sistemiche) del mercato, il sindacato del giudice amministrativo deve essere condotto nei ristretti limiti della illogicità ed irragionevolezza manifesta».

<sup>103)</sup> Oggi prevista e disciplinata dall'art. 67, d.lgs. 104/2010, Codice del processo amministrativo.

<sup>104)</sup> V. Consiglio di Stato, 1 ottobre 2002, n. 5156.

che venga limitato il potere di cognizione del giudice sui fatti oggetto di indagine, con ciò determinandosi un superamento della precedente impostazione. Il limite consiste piuttosto nella circostanza che il potere di controllo del giudice deve arrestarsi di fronte alle decisioni delle autorità basate su scienze inesatte (<sup>105</sup>), per le quali la valutazione deve arrestarsi alla non manifesta irragionevolezza ed alla corrispondenza al dettato normativo. Secondo questa impostazione, non è possibile esercitare un «potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione tecnica opinabile o il proprio modello logico di attuazione del “concetto indeterminato” all’operato dell’Autorità» (<sup>106</sup>).

Infine la giurisprudenza ha rilevato come in realtà sia possibile un superamento della distinzione tra sindacato debole e forte, e che anzi il sindacato «è oggi particolarmente penetrante e, nelle controversie quale quelle in esame, si estende sino al controllo dell’analisi economica compiuta dall’Autorità, potendo sia rivalutare le scelte tecniche compiute da questa, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici indeterminati alla fattispecie concreta in esame» (<sup>107</sup>). Il potere di controllo del giudice si esplica perciò pienamente, con l’utilizzo di tutti gli

---

<sup>105</sup>) Quali le scienze economiche.

<sup>106</sup>) T.A.R. Lazio, sent. 3 luglio 2009, n. 6440.

<sup>107</sup>) Consiglio di Stato, sent. 2 marzo 2004, n. 926.

strumenti di cui dispone (tra cui appunto la consulenza tecnica d'ufficio), ed è solamente nel momento della decisione che non può sovrapporsi né sostituirsi alle scelte autorità indipendenti, uniche titolari della funzione regolatoria (<sup>108</sup>).

---

<sup>108</sup>) Come chiaramente enunciato dal Consiglio di Stato, sent. 2 marzo 2004, n. 926, secondo cui «si è inteso un limite finale alla statuizione del giudice, il quale, dopo aver accertato in modo pieno i fatti ed aver verificato il processo valutativo svolto dall'Autorità in base a regole tecniche, anch'esse sindacate, se ritiene le valutazioni dell'Autorità corrette, ragionevoli, proporzionate ed attendibili, non deve spingersi oltre fino ad esprimere proprie autonome scelte, perché altrimenti assumerebbe egli la titolarità del potere».

#### 4. *Autorità indipendenti e democrazia*

Le autorità amministrative indipendenti hanno creato, fin dalla loro istituzione, una sorta di corto-circuito istituzionale, non comprensibile agli occhi di chi intende il carattere democratico dello Stato moderno espresso dal principio della rappresentazione politica, che si esprime nel modello maggioritario, il quale si caratterizza per la concentrazione del potere nelle mani di chi risulta vincitore della competizione elettorale (<sup>109</sup>).

Il modello maggioritario non costituisce però l'unica concezione di democrazia esistente, l'unico modello teorico disponibile per inquadrare il fenomeno democratico. Ad esso si affianca un modello diverso, definito "madisoniano" (<sup>110</sup>), che ha come obiettivo invece di condividere, disperdere, delegare e limitare il potere in modi molteplici. L'obiettivo

---

<sup>109</sup>) Con riferimento all'impossibilità di ridurre la democrazia, specialmente in una società complessa, all'applicazione dell'istituto della rappresentanza politica e per le "risposte" ordinamentali dirette a sostenere ed integrare il predetto istituto, v. N. Longobardi, *Costituzione, magistratura ed amministrazioni. Il problema dell'ampliamento della democrazia*, ora in N. Longobardi, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Giappichelli, Torino, pp. 116 ss..

<sup>110</sup>) Dal nome dell'autore, J. Madison, dei *Federalist Papers* che hanno ad oggetto il tema della separazione dei poteri e di una concezione non esclusivamente maggioritaria della democrazia. V. in particolare FEDERALIST n.. 47. *The Particular Structure of the New Government and the Distribution of Power Among Its Different Parts*, rinvenibile all'indirizzo web [http://www.gutenberg.org/files/1404/1404-h/1404-h.htm#2H\\_4\\_0047](http://www.gutenberg.org/files/1404/1404-h/1404-h.htm#2H_4_0047).



prevalente consiste nel proteggere le minoranze da quella che viene definita la tirannia della maggioranza, che si traduce nella concentrazione dei diversi poteri pubblici (<sup>111</sup>).

La legittimità democratica non dipende dunque solo dall'applicazione dell'istituto della rappresentanza politica, ma anche da un processo partecipativo all'elaborazione ed applicazione delle regole improntato a criteri di correttezza e giustizia, che ha rinvenuto nel contesto delle autorità amministrative indipendenti un terreno florido su cui svilupparsi.

Posto l'inquadramento del fenomeno all'interno delle dinamiche democratiche, pur con le specificità sopra esposte, anche per le autorità amministrative indipendenti sembra però essere giunto il momento di una crisi (<sup>112</sup>). Dopo la fase della nascita e di un rapido sviluppo, sembra adesso profilarsi il declino di tali istituzioni (<sup>113</sup>).

---

<sup>111</sup>) J. Madison si esprime in questi termini: «The accumulation of all powers, legislative, executive, and judiciary, in the same hands, whether of one, a few, or many, and whether hereditary, self-appointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny», *Federalist Papers*, n. 47.

<sup>112</sup>) Coglie i primi segnali di un cedimento del modello M. Clarich, *Autorità indipendenti*, *op. cit.*, pp. 15 ss..

<sup>113</sup>) Rileva L. Torchia, I procedimenti di regolazione davanti alle autorità indipendenti, in L. Torchia (a cura di), *Diritto amministrativo progredito*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 130 che: «[s]oprattutto, sembra che il modello abbia perso capacità espansiva: non è alle autorità indipendenti che si guarda o si ricorre per la soluzione dei nuovi problemi emergenti».

La crisi del modello è dovuta ad una molteplicità di fattori (<sup>114</sup>).

Innanzitutto le cause sono da ricercarsi nella legittimazione europea, che da iniziale punto di forza si traduce in ostacolo e limite: l'essere inclusi in una "rete" di regolatori, peraltro sulla base di esplicite previsioni normative dell'Unione (<sup>115</sup>), limita l'attività dei regolatori, che possono trovarsi ad essere meri esecutori delle scelte effettuate in sede europea.

Anche la crisi economica ha rappresentato un importante fattore di tensione (<sup>116</sup>). Ciò è dovuto non soltanto alla circostanza che molte delle misure per fronteggiare la crisi economica sono state prese a livello europeo o globale, soprattutto attraverso misure di coordinamento, ma anche perché il tipo di azioni da intraprendere ha determinato un significativo ritorno alla sfera politica, con l'effetto di spostare «l'accento sugli organismi esecutivi o politici, che non incontrano vincoli sulla loro

---

<sup>114</sup>) S. Cassese, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel "sistema" delle autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2011, pp. 102-104.

<sup>115</sup>) Si pensi al caso dell'AGCM, che è inclusa nel sistema della Rete Europea della Concorrenza, secondo quanto disposto nel Reg. Ce 1/2003.

<sup>116</sup>) V. G. Napolitano – A. Zoppini, *Le autorità al tempo della crisi. Per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 5-78.

azione, sia per quanto riguarda l'iniziativa, sia per quanto riguarda il processo di decisione» (<sup>117</sup>).

Nonostante ciò, la dottrina ha posto in rilievo come «[s]e pure il ciclo delle autorità indipendenti non è più nella fase di sviluppo, la loro esperienza si è ormai consolidata e costituisce parte integrante e non transeunte dell'ordinamento» (<sup>118</sup>).

Si tratta perciò di un'esperienza non conclusa, della quale perciò è opportuno tener conto in un'indagine sulle forme di legittimazione e gli strumenti di accountability propri dei poteri pubblici non statali (<sup>119</sup>). Proprio le considerazioni svolte sulle forme di legittimazione delle autorità amministrative indipendenti (<sup>120</sup>) possono fornire – pur con tutte le differenze che caratterizzano i diversi fenomeni (<sup>121</sup>) e con riferimento

---

<sup>117</sup>) S. Cassese, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato*, *op. cit.*, p. 104. Si tratta peraltro di un fenomeno già in atto da tempo, come testimoniano le disposizioni contenute nella legge 23 agosto 2004, n. 239, che hanno previsto un'influenza significativa del Governo in riferimento all'attività dell'AEEG.

<sup>118</sup>) L. Torchia, *I procedimenti di regolazione*, *op. cit.*, p. 130.

<sup>119</sup>) Che trovano la loro collocazione nel contesto europeo e nello spazio giuridico globale.

<sup>120</sup>) Sulle quali, nonostante i numerosi studi in materia, non vi è ancora uniformità in dottrina, a testimonianza di una problematicità intrinseca del modello.

<sup>121</sup>) Primo fra tutti, soprattutto con riferimento ai poteri che operano nello spazio giuridico globale, l'inserimento (pur se implicito) delle autorità amministrative indipendenti in un sistema costituzionale.

solamente ad alcune istituzioni – importanti indicazioni nella ricostruzione della legittimazione democratica a livello globale.

## Cap. II. La prospettiva europea

### 1. *L'Unione europea ed il deficit democratico*

I principi della costituzione economica europea (<sup>122</sup>), e gli obiettivi perseguiti dall'Unione hanno da sempre posto agli Stati membri sfide non risolvibili attraverso il ricorso ai tradizionali strumenti di diritto. Il perseguimento di questi obiettivi ha imposto dei mutamenti di paradigma agli Stati, ed in particolare ai pubblici poteri nazionali, mutamenti che si sono rivelati necessari per affrontare e risolvere le problematiche derivanti dall'istituzione di un mercato comune in cui deve essere assicurato il rispetto del principio di non discriminazione.

La creazione ed il mantenimento di un mercato comune sollevano infatti rilevanti questioni in più aree problematiche: affinché sia assicurato il rispetto delle libertà fondamentali enunciate nel Trattato CE (<sup>123</sup>) è necessaria una lunga ed elaborata opera di «ravvicinamento delle

---

<sup>122</sup>) La definizione è di S. CASSESE, *La costituzione economica europea*, in *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, 2003, pag. 39.

<sup>123</sup>) In particolare, per quello che riguarda le imprese, libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, previste dagli artt. 43 – 49 Tr. CE.

legislazioni nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune»<sup>(124)</sup>.

Differenze significative tra i regimi regolatori dei vari Stati membri vanificherebbero il rispetto del principio di non discriminazione con riferimento all'esercizio del diritto di iniziativa economica. A chi opera nel mercato deve essere assicurato il «livellamento del campo di gioco»<sup>(125)</sup>, con riferimento sia al momento dell'ingresso che a quello dell'esercizio dell'attività economica. Questo si traduce non soltanto nell'eliminazione di barriere amministrative all'ingresso, diversificate tra i vari Stati membri, e non necessarie o proporzionali al raggiungimento degli scopi per i quali vengono istituite. Anche la disciplina che regola il concreto svolgimento dell'attività economica, e la conseguente azione amministrativa che tale disciplina esegue, devono essere improntate al rispetto del principio di non discriminazione ed al mantenimento di condizioni di uguaglianza per tutti i soggetti che agiscono sul mercato.

Per garantire il soddisfacimento di tali condizioni si è assistito nel tempo ad una progressiva erosione delle funzioni pubbliche statali: autorevolmente si è parlato di «funzioni condivise» tra il livello statale ed

---

<sup>124)</sup> Art. 3, par. 1, lett. h) del Trattato CE.

<sup>125)</sup> S. CASSESE, *ult. op. cit.*, pag. 43.

il livello comunitario (<sup>126</sup>). La sempre maggiore “con-fusione” tra pubblici poteri nazionali e comunitari ha di fatto determinato un’integrazione, sotto il profilo normativo ed amministrativo, tra l’ordinamento comunitario e gli ordinamenti degli Stati membri (<sup>127</sup>).

Ma quest’integrazione non ha mai seguito percorsi lineari, è il frutto della c.d. «adhocrazia», che si traduce in un approccio orientato alla soluzione dei problemi che sorgono sulla strada del raggiungimento degli obiettivi comunitari (<sup>128</sup>) attraverso il ricorso alla soluzione di volta in volta in più adatta. La conseguenza di quest’approccio è che uno studio, volto all’analisi degli strumenti regolatori con cui si è garantito il rispetto effettivo delle libertà fondamentali previste dal Trattato CE, deve prendere le mosse da un campo ben circoscritto, per verificare la portata concreta delle innovazioni introdotte dal diritto comunitario e le conseguenze che ne derivano per gli ordinamenti nazionali.

---

<sup>126</sup>) S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, 2003, pag. 98.

<sup>127</sup>) E. CHITI – C. FRANCHINI, *L’integrazione amministrativa europea*, Il Mulino, 2003, pag. 91.

<sup>128</sup>) In questo caso, la creazione ed il mantenimento di un mercato unico in cui le libertà fondamentali siano assicurate in maniera effettiva a tutti i soggetti che vi operano.

In quest'ottica, si analizzeranno gli strumenti regolatori utilizzati nel mercato delle assicurazioni, al fine di garantire a tutti gli operatori economici l'ingresso nel suddetto mercato.

Solo garantendo che le diverse autorità preposte negli Stati membri al controllo sulle imprese applichino procedimenti equivalenti sarà possibile evitare il fenomeno delle asimmetrie regolatorie, che mal si concilia con l'aspirazione europea di creare e mantenere in vita un mercato unico, aperto e concorrenziale.

Le soluzioni che nel tempo sono state approntate hanno portato ad un assetto che, al fine di garantire il principio di non discriminazione ed al contempo di permettere il godimento delle libertà fondamentali del Trattato CE, si basa sull'utilizzo della c.d. autorizzazione unica.

La disciplina comunitaria non prevede soltanto regole di armonizzazione normativa per i procedimenti finalizzati al rilascio dell'autorizzazione. L'effetto del rilascio dell'autorizzazione consiste in un'abilitazione europea all'esercizio dell'attività d'impresa, da esercitare in regime di libertà di stabilimento o di servizi. Ma l'eliminazione delle barriere amministrative, all'ingresso nel mercato nazionale e, poi, in quello degli altri Stati membri, funziona effettivamente solamente se i soggetti economici non sono assoggettati al controllo di più autorità di



regolazione (in altre parole: devono “prestare attenzione” solamente a ciò che viene stabilito da una autorità di regolazione, quella del loro Stato d’origine). Per questa ragione l’attività dei regolatori del settore è orientata dal principio dell’*home country control*, che si traduce in un vero e proprio «regime regolatorio portabile» <sup>(129)</sup> per l’impresa, e che determina una competenza extraterritoriale dei regolatori pubblici, la quale specularmente impone un “sacrificio di competenza” da parte dei regolatori pubblici nazionali degli altri Stati membri.

E’ necessario precisare, inoltre, che uno studio dello strumento regolatorio non può prescindere da un’analisi delle procedure di coordinamento e di scambio delle informazioni tra le autorità nazionali e la Commissione.

Le regole comunitarie, infatti, non si limitano a prevedere strumenti che eliminano barriere all’ingresso per le imprese nel mercato unico, garantendo le libertà previste dal Trattato CE. Per la loro applicazione hanno necessità di una riorganizzazione dei poteri pubblici in moduli nuovi, che assicurino un corretto esercizio dei poteri regolatori in una dimensione non più solo nazionale, ma europea.

---

<sup>129)</sup> M. RICOLFI, *Attività assicurativa e competizione regolatoria*, in *Assicurazioni*, 2006, p. 408.

Prima di procedere compiutamente all'analisi dell'autorizzazione unica, è necessario precisare il contesto normativo in cui tale autorizzazione opera.

La materia è disciplinata, in Italia, dal Codice delle assicurazioni private (<sup>130</sup>). La necessità di una simile «autonomizzazione» (<sup>131</sup>) è da ricercare: nella peculiarità dell'attività assicurativa, che necessita di una disciplina specializzata; nell'influenza della normativa comunitaria (<sup>132</sup>); nella presenza di un “corpus” di norme pubblicistiche, che «disciplinano istituti e poteri d'intervento dell'autorità di vigilanza, a tutela del corretto funzionamento del mercato e, quindi, dei risparmiatori e dei clienti» (<sup>133</sup>).

Tuttavia, nonostante la previsione di un distinto ed autonomo corpo normativo, la disciplina giuridica del settore assicurativo presenta numerosi punti di contatto con le discipline degli altri mercati finanziari

---

<sup>130</sup>) D.lgs. 7 settembre 2005, n. 209.

<sup>131</sup>) Così come definita da S. AMOROSINO, *I profili pubblicistici del nuovo Codice delle assicurazioni: disciplina di settore e potere di regulation dell'Isvap*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12/2005, pag. 1250.

<sup>132</sup>) Tre coppie di direttive hanno disciplinato, succedendosi temporalmente, l'attività assicurativa relativa al settore vita ed ai settori diversi dal ramo vita. Si tratta, rispettivamente, delle direttive num. 79/267/CEE del 5 marzo 1979, num. 90/619/CEE dell'8 novembre 1990, num. 92/96/CEE del 10 novembre 1992 e delle direttive num. 73/239, num. 88/357/CEE del 22 luglio 1998, num. 92/49/CEE del 18 giugno 1992. Le tre direttive relative ai rami vita sono state poi riunite nel testo consolidato della direttiva 2002/83/CE del 5 novembre 2002.

<sup>133</sup>) S. AMOROSINO, *Profili sistemici e pubblicistici del codice delle assicurazioni*, in *Il nuovo codice delle assicurazioni. Commentario sistematico*, (a cura di) S. AMOROSINO – L. DESIDERIO, Giuffrè, 2006, pagg. 24 – 25.

(bancario e mobiliare), in particolare per ciò che riguarda i modelli e le finalità della vigilanza. L'art. 3 del Codice delle assicurazioni private sancisce infatti, riprendendo le corrispondenti disposizioni dei testi unici in materia bancaria e finanziaria, che «la vigilanza ha per scopo la sana e prudente gestione delle imprese di assicurazione e di riassicurazione e la trasparenza e la correttezza dei comportamenti delle imprese, degli intermediari e degli altri operatori del settore assicurativo [...]»<sup>(134)</sup>.

Ciò che cambia è il soggetto preposto alla vigilanza<sup>(135)</sup>. Nel mercato assicurativo la funzione di vigilanza è conferita all'Isvap<sup>(136)</sup>, a cui è conferita una vasta gamma di poteri dal Codice delle assicurazioni private. In particolare, all'Isvap sono conferiti poteri di natura «autorizzatoria»<sup>(137)</sup>.

---

<sup>134)</sup> Similmente, il d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 “Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria”, dispone all'art. 5: «La vigilanza sulle attività disciplinate dalla presente parte ha per scopo la trasparenza e la correttezza dei comportamenti e la sana e prudente gestione dei soggetti abilitati [...]». Ancora, il d. lgs. num. 1 settembre 1993, n. 385 “Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia”, prevede all'art. 5: «Le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza a esse attribuiti dal presente decreto legislativo, avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati [...]».

<sup>135)</sup> In Italia, a differenza che in altri paesi, come ad esempio l'Inghilterra, non vi è una sola autorità preposta al controllo dei diversi mercati finanziari. Il potere di vigilanza è suddiviso tra tre diverse autorità: la Banca d'Italia, la Consob, l'Isvap.

<sup>136)</sup> Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo, istituito con legge 12 agosto 1982, n. 576.

<sup>137)</sup> Cod. ass. priv., art. 5.

Ed è proprio il contenuto di tale potere autorizzatorio che deve essere ora analizzato, per verificare l'effettivo rispetto dei principi su cui si basa il libero mercato, all'interno del settore assicurativo.

L'accesso all'attività assicurativa è subordinato all'ottenimento di una «autorizzazione amministrativa» <sup>(138)</sup>, rilasciata dall'Isvap. La peculiarità di questo provvedimento amministrativo consiste nell'ampiezza “territoriale” della sua efficacia abilitante. L'impresa che ha ottenuto l'autorizzazione all'esercizio dell'attività gode di un titolo abilitativo valido «per il territorio della Repubblica, per quello degli altri Stati membri, nel rispetto delle disposizioni relative alle condizioni di accesso in regime di stabilimento o di prestazione di servizi, nonché per quello degli Stati terzi, nel rispetto della legislazione di tali Stati» <sup>(139)</sup>.

---

<sup>138)</sup> Così come definita nella direttiva num. 83/2002, art. 4, par. 1.

<sup>139)</sup> Cod. ass. priv., art. 13, comma 3. La direttiva num. 83/2002, più sinteticamente, dispone all'art. 5, par. 1 che: «l'autorizzazione è valida per l'intera Comunità. Essa permette all'impresa di assicurazione di esercitarvi attività in regime di stabilimento o in regime di libera prestazione di servizi». La diversa formulazione della norma riflette i due “punti di vista”, comunitario e nazionale: da una parte tendenza all'uniformità più completa, sfumando ogni distinzione territoriale e considerando il territorio della Comunità come un unico spazio giuridico; dall'altra rimarcazione di una distinzione (che necessariamente però va sfumando, nonostante gli sforzi – in questo caso lessicali – in senso contrario del legislatore nazionale) tra l'attività esercitata nel territorio nazionale e quella per cui è necessario il rispetto di ulteriori disposizioni, relative alle condizioni di accesso in regime di stabilimento o di prestazione di servizi.

Dunque l'autorizzazione gode di un'efficacia abilitante che a certe condizioni – vedremo nel proseguo quali – travalica i confini statali, risultando valida in tutta l'Unione europea. Ottenuta l'autorizzazione in un Stato membro, l'impresa non ha più necessità di ottenerne altre per esercitare l'attività, in regime di stabilimento o di libera prestazione di servizi, in un altro Paese dell'Unione.

Tale *favor* per il libero esplicarsi della concorrenza su tutto il territorio dell'Unione deve però conciliarsi con le specifiche finalità per le quali è previsto un controllo pubblico su questo mercato. La tutela del risparmio (<sup>140</sup>), e le peculiarità di questa attività (i ricavi vengono percepiti in anticipo rispetto alle prestazioni) impongono un'attenzione e cautela “pubblica” nei confronti dei soggetti che entrano in questo mercato, per evitare che siano “compromessi” tali interessi pubblici.

Per queste ragioni i requisiti a carico delle imprese che intendono esercitare l'attività assicurativa sono numerosi e puntuali, ed il controllo che l'autorità nazionale effettua su tali imprese è particolarmente penetrante.

---

<sup>140</sup>) Interesse che gode di espressa tutela costituzionale, anche con riferimento al settore assicurativo. V. art. 47 cost.

Per ciò che attiene ai requisiti dell'impresa, essi possono essere suddivisi in tre categorie:

- requisiti relativi alla struttura dell'impresa;
- requisiti soggettivi, relativi ai soci ed agli amministratori dell'impresa assicuratrice;
- oneri di allegazione documentale.

La prima categoria riguarda le caratteristiche strutturali dell'impresa, indispensabili soprattutto al fine di garantire una certa solidità patrimoniale, funzionale all'adempimento degli obblighi che sorgono nei confronti della massa degli assicurati. Dunque l'impresa deve essere costituita in una delle forme stabilite dalla legge e deve possedere un capitale sociale non inferiore a quanto stabilito dall'Isvap con proprio regolamento (<sup>141</sup>). Inoltre l'impresa deve stabilire sia la direzione generale che quella amministrativa nel territorio italiano (<sup>142</sup>). E' ovvio che, in questi casi, la valutazione da parte dell'amministrazione autorizzante è immediata, trattandosi di meri accertamenti di regolarità.

Le norme che impongono il possesso di determinati requisiti soggettivi in capo ai soci ed agli amministratori sono dettate dall'esigenza

---

<sup>141</sup>) V. Cod. ass. priv., art. 14, comma 1, lett. a) – c).

<sup>142</sup>) V. Cod. ass. priv., art. 14, comma 1, lett. b).

che gli operatori economici posseggano una stabile solidità patrimoniale non solamente nel momento genetico ma anche durante lo svolgimento dell'attività d'impresa.

Così i «titolari di partecipazioni rilevanti» <sup>(143)</sup> devono essere in possesso dei requisiti di onorabilità <sup>(144)</sup>, pena il “congelamento” dei diritti di voto e degli altri diritti che consentono di influire sulle determinazioni aziendali, e l'eventuale vendita forzata delle quote eccedenti la soglia di rilevanza <sup>(145)</sup>.

In aggiunta al requisito dell'onorabilità, chi svolge «funzioni di amministrazione, direzione e controllo» <sup>(146)</sup> deve inoltre godere degli

---

<sup>143)</sup> Cod. ass. priv., art. 14, comma 1, lett. e). La soglia oltre la quale le partecipazioni vengono considerate rilevanti è stabilita con regolamento del Ministero delle attività produttive.

<sup>144)</sup> Il contenuto concreto di tali requisiti è specificato dal d.m. 24 aprile 1997, n. 86 del Ministero dell'industria del commercio e dell'artigianato [oggi Ministero delle attività produttive], che all'art. 2 dispone che il requisito dell'onorabilità ricorre quando i soggetti interessati:

- non sono in stato di interdizione legale ovvero interdizione temporanea dagli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese;
- non sono assoggettati a misure di prevenzione disposte dall'autorità giudiziaria;
- non sono stati condannati, con sentenza definitiva, a pena detentiva per uno dei reati indicati nel decreto, o a qualunque reato non colposo per un tempo non inferiore a due anni.

Si tratta dunque di una verifica basata su condizioni oggettive.

<sup>145)</sup> V. Cod. ass. priv., art. 77.

<sup>146)</sup> Cod. ass. priv., art. 14, comma 1, lett. f).

ulteriori attributi di professionalità ed indipendenza (<sup>147</sup>). In caso contrario la legge prescrive la decadenza dall'ufficio.

Il controllo dell'Isvap si esplica anche su possibili influenze di fatto che l'impresa potrebbe subire: non devono sussistere – tra chi richiede

---

<sup>147</sup>) A norma del d.m. 86/1997, art. 3, il requisito di professionalità è così delineato: «Gli amministratori ed i sindaci di un'impresa assicuratrice devono essere scelti secondo criteri di professionalità e competenza tra persone che abbiano maturato una esperienza complessiva di almeno un triennio attraverso l'esercizio di:

a) attività di amministrazione, direzione o controllo presso società ed enti del settore assicurativo, creditizio o finanziario aventi un capitale sociale non inferiore a 500 milioni di lire;

b) attività di amministrazione, direzione o controllo in enti pubblici o in imprese pubbliche e private aventi dimensioni adeguate a quelle dell'impresa assicuratrice presso la quale la carica deve essere ricoperta;

c) attività professionali in materia attinente al settore assicurativo, creditizio o finanziario, o attività di insegnamento universitario in materie giuridiche; economiche od attuariali.

Il presidente del consiglio di amministrazione, i membri dei comitati esecutivi, gli amministratori delegati ed almeno un terzo dei sindaci effettivi e di quelli supplenti devono essere scelti secondo criteri di professionalità e competenza tra persone che abbiano maturato una esperienza complessiva di almeno un triennio con riferimento esclusivamente a quanto disposto alle lettere a) e c) del comma 1.

Per la carica di direttore generale o per quella che comporti l'esercizio di funzione equivalente è richiesto il possesso di una specifica competenza professionale acquisita in materia assicurativa, creditizia o finanziaria attraverso esperienze di lavoro in posizioni di adeguata responsabilità per un periodo non inferiore ad un quinquennio [...]. Vengono inoltre stabilite alcune condizioni di incompatibilità, per i soggetti che hanno gestito società operanti nei mercati finanziari sottoposte a procedure concorsuali.

Il margine per una valutazione dell'autorità è, in questo caso, più ampio: si deve infatti valutare se le precedenti esperienze nel settore possano essere considerate adeguate rispetto al ruolo ricoperto nell'autorizzanda società.



l'autorizzazione ed altri soggetti – «stretti legami» (<sup>148</sup>) tali da ostacolare l'effettivo esercizio delle funzioni di vigilanza.

Non è sufficiente disporre del capitale adeguato e godere dei requisiti soggettivi richiesti: l'autorità compie anche una valutazione di tipo prognostico, sulle effettive possibilità che l'impresa abbia di radicarsi e svilupparsi nel mercato assicurativo. E' necessario dunque presentare all'Isvap un programma di attività, in cui si indica con quali mezzi e secondo quali criteri si intende operare sul mercato; al programma si accompagna una relazione tecnica, contenente le previsioni relative ai ricavi ed ai costi futuri (<sup>149</sup>).

L'Isvap nega l'autorizzazione quando dalla verifica delle condizioni richieste «non risulti garantita la sana e prudente gestione» (<sup>150</sup>). L'indicazione di questo criterio teleologico sembra prevedibilmente allargare ulteriormente il campo di valutazione dell'autorità di controllo,

---

<sup>148</sup>) Cod. ass. priv., art. 14, comma 1, lett. g). La legge indica alcuni dei casi che integrano questa fattispecie: non si tratta solamente di partecipazioni societarie o identità della maggior parte dei membri dei diversi consigli di amministrazione, ma anche «un rapporto di carattere tecnico, organizzativo, finanziario, giuridico e familiare che possa influire in misura rilevante sulla gestione dell'impresa» [Cod. Ass., art. 1, comma 1, lett. iii), num 4]. L'Isvap inoltre può, mediante regolamento, indicare ulteriori fattispecie in cui gli stretti legami assumano rilevanza con riferimento all'attività di vigilanza.

<sup>149</sup>) Il contenuto del programma di attività è determinato in maniera puntuale dal regolamento Isvap 2 gennaio 2008, n. 10.

<sup>150</sup>) Cod. ass. priv., art. 14, comma 2.

che non si fonderebbe semplicemente sul rispetto delle condizioni, ma anche sulla loro idoneità a garantire il fine per cui la vigilanza sul settore è istituita. Questo non significa che l'autorizzazione possa essere concessa a chi non rispetti tutti i requisiti prescritti, purché fornisca in altro modo la prova della sana e prudente gestione <sup>(151)</sup>. Più correttamente, tale indicazione va intesa nel senso di una «esplicita e chiara configurazione dell'autorizzazione assicurativa come uno strumento di controllo di un diritto, da finalizzare alla garanzia della corretta gestione dell'impresa assicurativa e non più a finalità di politica economica» <sup>(152)</sup>. La norma del Codice delle assicurazioni esplicitamente vieta che l'Isvap possa «aver riguardo alla struttura e all'andamento dei mercati interessati» <sup>(153)</sup>. Sarà il mercato stesso a «determinare autonomamente la sufficienza o l'insufficienza della domanda» <sup>(154)</sup>, non la valutazione amministrativa.

Le ragioni del mercato e le ragioni del controllo devono però incontrarsi, rimanere in equilibrio tra di loro: la tutela (del risparmio) degli

---

<sup>151)</sup> V. M. ROSSETTI, *L'autorizzazione all'esercizio dell'impresa assicurativa: le novità del codice delle assicurazioni*, in *Assicurazioni*, 2005, pag. 443.

<sup>152)</sup> L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Cedam, 1992, pag. 323.

<sup>153)</sup> Cod. ass. priv., art. 14, comma 2.

<sup>154)</sup> P. PIVA, *Assicurazioni*, pag. 615, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, Tomo II, (diretto da) G. GRECO – M. P. CHITI, (coordinato da) G. F. CARTEI – D.-U. GALETTA.

assicurati (<sup>155</sup>) impone limitazioni ed oneri in capo alle imprese, a garanzia della loro stabilità patrimoniale e della loro solvibilità.

La sfida del mercato unico integrato consiste nel ricercare questo punto di equilibrio non più solamente a livello nazionale, ma europeo: per riuscirci però è necessaria la collaborazione delle autorità nazionali preposte al controllo. Sulla base di un'armonizzazione legislativa (volta a prevedere, nel caso qui esaminato, requisiti simili per tutte le imprese che sorgono in Europa) , è a livello amministrativo che devono appianarsi quelle differenze nella regolazione, che impediscono il rispetto effettivo del principio di non discriminazione.

In particolare, saranno le procedure di riconoscimento a dover essere applicate ovunque allo stesso modo, per eliminare barriere amministrative all'ingresso nello Stato e tra gli Stati membri.

Per quanto riguarda la procedura per il rilascio dell'autorizzazione in Italia, essa deve durare al massimo novanta giorni dalla presentazione dell'istanza all'Isvap, e prevede una fase istruttoria qualora l'autorità non ritenga completa la documentazione presentata o richieda ulteriori chiarimenti od informazioni. L'Isvap deve consultare in via preliminare

---

<sup>155</sup>) Garantita, come prima ricordato, da una specifica disposizione costituzionale, art. 47 cost.

l'autorità di un altro Stato membro qualora l'impresa si trovi in una delle seguenti condizioni: sia controllata da un'impresa di assicurazione o di riassicurazione autorizzata in un altro Stato membro; sia controllata da un'impresa che controlla un'altra impresa di assicurazione o di riassicurazione autorizzata in un altro Stato membro; sia controllata dalla stessa persona, fisica o giuridica, che controlla un'impresa di assicurazione o di riassicurazione autorizzata in un altro Stato membro <sup>(156)</sup>. Inoltre l'Isvap, se l'impresa è controllata da una banca o da un'impresa d'investimento, o da un soggetto che controlla anche una banca od un'impresa d'investimento autorizzate nell'Unione Europea, dovrà consultare in via preliminare le autorità competenti degli altri Stati membri preposte alla vigilanza delle banche e delle imprese di investimento. In caso di esito positivo, la procedura si conclude con il rilascio di un provvedimento e l'iscrizione dell'impresa in un apposito albo.

Il diniego all'autorizzazione dev'essere specificatamente e adeguatamente motivato.

L'autorizzazione abilita l'impresa all'esercizio dell'attività su tutto il territorio dell'Unione Europea. Questo sistema non sarebbe attuabile, se

---

<sup>156</sup>) Cod. ass. priv., art. 203, comma 1.

ogni autorità nazionale conservasse un potere di vigilanza sulle imprese che operano sul proprio territorio, anche attraverso loro sedi secondarie. Il principio che regola le competenze dei diversi regolatori è pertanto quello dell' *home country control*. La vigilanza sull'attività delle imprese assicuratrici, anche per ciò che riguarda le condizioni di esercizio di tale attività, è sempre demandata all'autorità dello Stato cui appartiene l'impresa stessa, a (quasi) nulla <sup>(157)</sup> rilevando che tale attività si svolge in un altro Stato. Perché questo sistema funzioni, non soltanto le autorità devono collaborare tra loro. Devono anche rinunciare ad una parte della loro competenza territoriale, affidando il controllo di attività che vengono poste in essere sul loro territorio <sup>(158)</sup> a soggetti pubblici non sovranazionali, ma appartenenti ad un altro Stato.

Per esercitare le libertà comunitarie di stabilimento e di prestazione di servizi, tuttavia l'impresa incorre in alcuni oneri: per stabilire una sede secondaria in un altro Stato membro, occorre darne preventiva comunicazione all'Isvap, corredandola con un programma di attività che indichi i rischi e le obbligazioni che intende assumersi e la struttura

---

<sup>157)</sup> In realtà l'autorità di vigilanza dello Stato membro in cui si esercita l'attività in regime di libertà stabilimento o di servizi ha a disposizione alcuni strumenti per controllare i soggetti che operano sul mercato nazionale. V. *infra*, pag. 11-12.

<sup>158)</sup> Attività che verosimilmente avrà come interlocutori sul mercato i cittadini dello Stato, la cui autorità non ha potere di controllo.

organizzativa della sede secondaria. Inoltre deve essere nominato un rappresentante generale (che deve possedere i requisiti di onorabilità e professionalità già illustrati) a cui viene conferito ampio mandato e che stabilisce il proprio domicilio all'indirizzo della sede secondaria. L'Isvap ha sessanta giorni di tempo per trasmettere la comunicazione all'autorità dello Stato membro in cui l'impresa intende stabilirsi. Può rifiutarsi qualora «abbia motivo di dubitare dell'adeguatezza delle strutture amministrative o della stabilità della situazione finanziaria dell'impresa»<sup>(159)</sup>: dunque l'Autorità compie una valutazione sulla solidità finanziaria dell'impresa richiedente, che deve dimostrarsi adeguata rispetto ai progetti di espansione sul mercato comunitario. L'attività non può essere iniziata prima di aver ricevuto un assenso formale da parte dall'autorità di vigilanza dello Stato membro o, in caso di silenzio, prima che siano trascorsi sessanta giorni dal momento in cui tale autorità ha ricevuto la comunicazione dall'Isvap. In capo all'Isvap vi è l'obbligo di trasmettere all'impresa ogni comunicazione ricevuta dall'autorità di vigilanza dello Stato della sede secondaria, in particolare relativa alle disposizioni di interesse generale a cui tale sede secondaria debba attenersi.

---

<sup>159)</sup> Cod. ass. priv., art. 17, comma 2.

La procedura per esercitare in libera prestazione di servizi è più rapida e meno gravosa: alla comunicazione all'Isvap va accompagnato un programma dell'attività che si intende svolgere, gli stabilimenti da cui ci si propone di svolgere tale attività, gli Stati in cui si opererà. La trasmissione della comunicazione alle autorità di vigilanza interessate deve avvenire entro trenta giorni (<sup>160</sup>), e l'attività può essere iniziata contestualmente alla trasmissione della richiesta tra le due autorità nazionali.

Lo stesso vale, specularmente, per imprese di altri Stati membri che decidano di stabilirsi o esercitare l'attività in Italia.

Nel caso dello stabilimento di sede secondaria la comunicazione, corredata degli stessi documenti richiesti alle imprese italiane per stabilirsi all'estero, va inoltrata all'autorità dello Stato in cui l'impresa ha la sede legale. Dal momento in cui l'Isvap riceve la comunicazione dall'autorità dello Stato membro, ha trenta giorni per dare il proprio assenso formale o indicare la normativa, giustificata da motivi di interesse generale, che l'impresa dovrà osservare nell'esercizio dell'attività. In caso di silenzio,

---

<sup>160</sup>) L'Isvap può sempre rifiutarsi, con provvedimento motivato, qualora «abbia motivo di dubitare dell'adeguatezza delle strutture amministrative o della stabilità della situazione finanziaria dell'impresa», Cod. ass. priv., art. 19, comma 2.

allo scadere del termine di trenta giorni può insediare la sede secondaria<sup>(161)</sup>.

L'accesso, in Italia, in regime di prestazione di servizi è più snello.

Dalla lettura delle norme, però, risulta che in questo caso l'inizio dell'attività delle imprese non aventi la sede principale in Italia non possa avvenire nel momento in cui la comunicazione viene inviata dall'autorità nazionale dello Stato di origine all'autorità di vigilanza dello Stato membro in cui si vuole operare (come previsto per le imprese italiane che vogliono operare negli altri Stati, art. 19, comma 3, Cod. Ass. priv.), ma solamente «dal momento in cui l'Isvap attesta di aver ricevuto la comunicazione dell'autorità di vigilanza dello Stato di origine»<sup>(162)</sup>.

Le imprese di Stati terzi<sup>(163)</sup> non godono di un regime simile, ed anzi devono ottenere una specifica autorizzazione per esercitare sul territorio italiano. Inoltre, tale autorizzazione non ha efficacia su tutto il territorio europeo. Vi sono un'ulteriore serie di limitazioni: si può operare

---

<sup>161)</sup> E' doveroso osservare che il termine previsto a favore dell'Isvap per esercitare i suoi poteri sull'insediamento della sede secondaria sono più brevi – della metà – di quelli che la normativa italiana prescrive per le autorità degli altri Stati membri. In altri termini, l'attività delle società che insediano una sede secondaria in Italia può iniziare, legalmente, nella metà del tempo di quella delle società italiane che aprono una sede secondaria in un altro Stato membro.

<sup>162)</sup> Cod. ass. priv., art. 24, comma 2.

<sup>163)</sup> Per Stato terzo si intende «uno Stato che non è membro dell'Unione europea o non è aderente allo Spazio economico europeo», Cod. ass. priv., art. 1, comma 1, lett. hhh).



solo attraverso una propria sede secondaria in Italia, e non attraverso il regime della libertà di prestazione di servizi, che è espressamente vietato.

Il principio dell'*home country control* riveste una particolare rilevanza, perché le imprese sono oggetto di puntuali e rilevanti controlli non solamente al momento dell'ingresso sul mercato, ma anche durante lo svolgimento dell'attività economica. Vi sono, a tale proposito, una serie di prescrizioni che le imprese di assicurazione autorizzate devono rispettare nello svolgimento della loro attività: il fine ultimo è di garantire sempre la solvibilità dell'impresa, che per il suo stesso oggetto presenta elementi significativi di "rischio", evitando che vengano pregiudicati gli interessi della massa di assicurati. L'inversione del ciclo produttivo <sup>(164)</sup> impone dunque «l'adozione di rigorosi criteri gestionali, tesi a mantenere una costante correlazione tra premi incassati e sinistri da pagare» <sup>(165)</sup>

In particolare si tratta di alcuni oneri organizzativi, della costituzione e delle modalità di utilizzo delle riserve tecniche, e della costituzione del margine di solvibilità.

---

<sup>164)</sup> L'impresa assicurativa infatti riceve il premio prima di adempiere la prestazione promessa, in caso di eventi futuro ed incerto.

<sup>165)</sup> C. RUSSO, *Le condizioni di esercizio dell'attività assicurativa*, in *Il nuovo codice delle assicurazioni. Commentario sistematico*, (a cura di) S. AMOROSINO – L. DESIDERIO, Giuffrè, 2006, pag. 152.

L'art. 30, comma 1 del Codice di assicurazioni dispone che «l'impresa di assicurazione autorizzata all'esercizio dei rami vita o dei rami danni opera con un'idonea organizzazione amministrativa e contabile e con un adeguato sistema di controllo interno», il quale deve concretizzarsi in procedure che consentano l'integrazione dei sistemi di monitoraggio dei rischi nell'organizzazione aziendale e che garantiscano la corretta quantificazione ed il controllo degli stessi. I requisiti del sistema di controllo sono stati ulteriormente specificati dall'Isvap con la circolare 30 dicembre 2005, n. 577 (<sup>166</sup>), in cui viene esplicitata la tendenza del quadro regolamentare europeo ad un regime di solvibilità basato su un approccio “per rischi”, che non ne garantisca solamente il controllo, ma anche una valutazione e gestione degli stessi (<sup>167</sup>). Per assicurare il pagamento agli assicurati e la formazione delle riserve tecniche, le tariffe dei premi vanno calcolate sulla base di «adeguate ipotesi attuariali», rispettando le regole applicative imposte dall'Isvap con

---

<sup>166</sup>) Che sostanzialmente recepisce le indicazioni formulate dal CEIOPS, Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors, *Internal Control For Insurance Undertakings*, December 2003.

<sup>167</sup>) In questo senso, è centrale la posizione dell'attuario, che deve redigere una relazione tecnica, in cui viene illustrato analiticamente il procedimento seguito per la composizione delle riserve tecniche, e viene espresso un giudizio sulla sufficienza di queste.

proprio regolamento (<sup>168</sup>). L'autorità può giungere perfino a vietare la commercializzazione di alcuni prodotti assicurativi, quando questi provochino una situazione di squilibrio dovuta al pagamento delle indennità con risorse non derivanti dai premi.

L'impresa deve inoltre obbligatoriamente predisporre delle riserve tecniche (<sup>169</sup>), al fine di garantire il rispetto delle obbligazioni assunte. Esse tuttavia non sono compiutamente disciplinate nel Codice delle assicurazioni (<sup>170</sup>). Sia per quanto riguarda il settore "vita", che per il settore "danni", le riserve sono costituite «nel rispetto dei principi attuariali e delle regole applicative individuate dall'ISVAP con regolamento» (<sup>171</sup>).

Anche le modalità con cui predisporre le riserve tecniche – come ad esempio le categorie di attivi che possono essere utilizzate a tali scopi –

---

<sup>168</sup>) Regolamento Isvap 28 marzo 2008, n. 21.

<sup>169</sup>) Che costituiscono gli accantonamenti destinati a far fronte a future, ipotetiche spese di gestione derivanti dal pagamento delle indennità.

<sup>170</sup>) Come sottolineato da C. RUSSO, *Le condizioni di esercizio dell'attività assicurativa*, in *Il nuovo codice delle assicurazioni. Commentario sistematico*, (a cura di) S. AMOROSINO – L. DESIDERIO, Giuffrè, 2006, pag. 157, «la scelta operata dagli estensori del Codice non sembra condivisibile perché [...] lascia ingiustificatamente incompiuta la disciplina dell'aspetto centrale (l'esercizio) dell'attività assicurativa [...]».

<sup>171</sup>) Cod. ass. priv., art. 36, comma 1. Ancora più esplicitamente, l'art. 37, in riferimento al settore "danni", dispone che: «le riserve sono costituite, al lordo delle cessioni in riassicurazione, nel rispetto delle disposizioni e dei metodi di valutazione stabiliti dall'ISVAP con regolamento».

sono definite con regolamento Isvap, «nel rispetto delle disposizioni previste dall'ordinamento comunitario» <sup>(172)</sup>. Alle imprese è inoltre imposto il rispetto del principio di congruenza <sup>(173)</sup>: all'Isvap è però devoluto il potere di individuare, con regolamento, i casi di deroga a tale principio <sup>(174)</sup>.

Infine, all'impresa è richiesto di essere sempre in grado di assicurare la propria solvibilità, per le attività svolte su tutto il territorio dell'Unione Europea, ed anche degli Stati terzi. A questo proposito viene richiesto il mantenimento di un margine di solvibilità <sup>(175)</sup>, di uno “scarto” tra gli attivi ed i passivi, che sia proporzionato al volume degli affari dell'impresa. E' l'Isvap, con proprio regolamento, a determinare le regole tecniche per calcolare tale margine di solvibilità, e a indicare di quali attivi non si tiene conto nella determinazione del margine <sup>(176)</sup>. Il terzo del

---

<sup>172)</sup> Cod. ass. priv., art. 38, comma 2.

<sup>173)</sup> Secondo cui le riserve tecniche che sono relative ad obbligazioni dell'impresa espresse in una determinata valuta devono essere coperte con attività espresse o realizzabili nella medesima valuta.

<sup>174)</sup> V. Cod. ass. priv., art. 40, comma 3.

<sup>175)</sup> Che viene definito dal Cod. ass. priv., nelle due forme di “margine disponibile” e “margine richiesto”: il primo, a norma dell'art. 1, comma 1, lett. gg), è «il patrimonio dell'impresa, libero da qualsiasi impegno prevedibile ed al netto degli elementi immateriali»; il secondo invece è definito, a norma dell'art. 1, comma 1, lett. hh) come l' «ammontare minimo del patrimonio netto del quale l'impresa dispone costantemente, secondo quanto previsto nelle direttive comunitarie sull'assicurazione diretta».

<sup>176)</sup> V. Cod. ass. priv., art. 44, comma 1 e comma 5.

minimo del margine di solvibilità costituisce la quota di garanzia <sup>(177)</sup>. Le conseguenze per l'impresa sono differenti, a seconda che si trovi al di sotto della soglia del margine di solvibilità o della quota di garanzia. Nel primo caso, deve presentare all'Isvap un piano di risanamento. Nel secondo caso, il piano di risanamento deve essere a breve termine, con la specifica indicazione delle misure che l'impresa intende adottare per risanare la sua situazione finanziaria <sup>(178)</sup>.

Per garantire il rispetto di queste condizioni, all'Isvap è attribuita una serie rilevante di poteri di vigilanza <sup>(179)</sup>.

Anche nello svolgimento dell'attività, dunque, l'impresa deve innanzitutto conformarsi ad una puntuale serie di indicazioni non solamente legislative, ma anche e soprattutto regolamentari, provenienti dall'Isvap; inoltre è sottoposta all'attività di vigilanza dell'autorità italiana, anche se opera in un altro Stato dell'Unione.

---

<sup>177)</sup> V. Cod. ass. priv., art. 46, comma 1.

<sup>178)</sup> V. Cod. ass. priv. Art. 222, comma 1 e comma 2.

<sup>179)</sup> L'Isvap è titolare, a norma dell'art. 188 del Cod. ass. priv., di un amplissimo potere di convocazione dei soggetti che a vario titolo fanno parte di un'impresa di assicurazione: oltre a poter convocare gli organi amministrativi e di controllo, può anche ordinare la convocazione dell'assemblea, indicando gli argomenti da inserire negli ordini del giorno e proponendo i provvedimenti necessari per porre fine al comportamento illegittimo. Inoltre, ha il potere di richiedere documenti ed informazioni, e può effettuare ispezioni presso le imprese di assicurazione, a norma dell'art. 189, Cod. ass. priv.

Posto che l'esercizio della vigilanza sullo svolgimento delle attività è di competenza dell'autorità di vigilanza dello Stato membro in cui l'impresa ha la sede principale, è da aggiungere che l'Isvap dispone di poteri per vigilare sulle attività poste in essere sul territorio nazionale. In concreto: se viene accertato il mancato rispetto di precetti di settore italiani che l'impresa è tenuta ad osservare, la violazione viene contestata all'impresa e si intima l'eliminazione dei comportamenti irregolari; qualora tale comportamento persista, se ne può informare l'autorità di vigilanza dello Stato di origine, chiedendo l'adozione di misure adeguate; se tali misure non sono adeguate, e le irregolarità sono suscettibili di pregiudicare interessi generali, oppure nei casi di urgenza per la tutela degli interessi degli assicurati, l'autorità italiana può adottare misure idonee a porre termine alla situazione di irregolarità e, perfino, impedire la stipulazione di nuovi contratti. Deve però informarne preventivamente l'autorità di vigilanza dello Stato di origine (<sup>180</sup>).

---

<sup>180</sup>) V. Cod. ass. priv., art. 193.

## *2. L'accountability delle reti dei regolatori in Europa*

Il sistema dell'autorizzazione unica, così come sopra descritto, non può funzionare senza un certo livello di collaborazione tra le diverse autorità di vigilanza degli Stati membri. Dall'esame delle procedure necessarie per poter esercitare l'attività all'interno dei vari Stati dell'Unione risulta chiaro che l'assetto attuale si basa soprattutto sullo scambio di informazioni tra le autorità di vigilanza. All'impresa non possono essere imposti limiti ulteriori (quali appunto quelli territoriali), oltre a quelli necessari al fine di garantire la sana e prudente gestione. Le autorità possono però ampliare le informazioni a loro disposizione, quanto meno "conoscere" le caratteristiche dell'impresa che opera nel loro territorio al fine, eventualmente, di segnalare all'autorità competente eventuali situazioni patologiche.

A tal fine, assume rilevanza la disciplina del segreto d'ufficio, così come è stata prevista nella direttiva 83/2002, e recepita nel Codice delle assicurazioni private.

Nell'esercizio dei loro compiti, i funzionari dell'Isvap ottengono informazioni riservate relative alle imprese: tali informazioni sono coperte

da segreto d'ufficio, e dunque non possono essere divulgate ad altre autorità, se non in forma sommaria o globale. L'art. 16 della direttiva, però, prevede una lunga serie di deroghe. Le informazioni infatti possono essere scambiate tra le autorità di vigilanza degli Stati membri, ed è possibile concludere accordi di cooperazione anche con autorità competenti di Stati terzi, purché vi siano garanzie che le informazioni trasmesse saranno soggette al segreto d'ufficio. Le informazioni che provengono da un'altra autorità possono essere divulgate soltanto con l'esplicito consenso di questa, per i soli fini previsti (<sup>181</sup>). Le informazioni possono inoltre essere scambiate con altre autorità che controllano i settori finanziari, del proprio o degli altri Stati membri.

Per alcuni aspetti la cooperazione tra autorità è disciplinata in maniera più dettagliata. E' il caso delle imprese controllate da soggetti che operano anche in altri Stati membri. Quando l'impresa si trova in questa situazione (<sup>182</sup>), come già ricordato, dalla normativa italiana è richiesto all'Isvap di consultare in via preliminare le autorità degli Stati membri

---

<sup>181</sup>) L'autorità di vigilanza può servirsi delle informazioni ottenute ai fini del controllo sull'accesso e nell'esercizio dell'attività, per l'esercizio dei poteri sanzionatori, o nell'ambito di un procedimento giurisdizionale avverso ad una decisione presa nei confronti di un'impresa di assicurazione.

<sup>182</sup>) V. *infra*, pag. 7, per l'illustrazione dettagliata dei casi in cui è obbligatoria la preventiva consultazione.



interessati. Lo stesso vale per imprese che operino in altri settori finanziari, ed abbiano intenzione di esercitare l'attività di assicurazione.

Può formare oggetto di comunicazione anche la segnalazione, all'autorità competente, del comportamento non conforme a legge dell'impresa che opera in regime di libertà di stabilimento o di servizi sul territorio nazionale.

In via generale è anche prevista la comunicazione, all'autorità dello Stato in cui è insediata la sede secondaria di un'impresa "italiana", dell'intenzione di svolgere accertamenti presso tale sede secondaria. L'autorità, informata, ha diritto di partecipare all'ispezione (<sup>183</sup>).

I rapporti tra la Commissione e le autorità di vigilanza hanno ad oggetto principalmente informazioni relative alle imprese che hanno la loro sede principale negli Stati terzi, ed eventuali problematiche relative all'accesso in tali Stati terzi (ad esempio, il mancato rispetto da parte dello Stato terzo delle condizioni di reciprocità). In questi casi la Commissione può intervenire, imponendo all'autorità di vigilanza di sospendere il rilascio delle autorizzazioni ad imprese "straniere".

Ne risulta, dunque, un sistema ancora frammentato, in cui la cooperazione si esplica soprattutto a livello di scambio di informazioni, in

---

<sup>183</sup>) V. Cod. ass. priv., art. 205, comma 1-2.

cui la Commissione non gode di un ruolo apicale, suscettibile di influenzare in maniera decisiva i regolatori.

Se questo è vero per quanto riguarda la attuazione concreta della disciplina prevista dalle norme europee e di recepimento nazionale, tuttavia, sotto un distinto profilo, si deve notare che vi è comunque un'influenza forte delle istituzioni comunitarie sull'azione amministrativa nazionale.

Lo sviluppo del mercato integrato del settore assicurativo, come per gli altri settori finanziari, è anch'esso basato sulla c.d. procedura Lamfalussy (<sup>184</sup>), che prevede un approccio normativo basato su quattro livelli: la normativa quadro; le misure di esecuzione di tale normativa; la coerente ed uniforme attuazione del diritto europeo, attraverso la trasposizione nel diritto interno; il controllo del rispetto del diritto.

Se l'attività degli organi di vigilanza finora descritta può essere ricompresa nel terzo livello, è invece con riferimento al secondo livello che alcune recenti modifiche legislative stanno determinando un ampliamento della sfera d'influenza del diritto europeo.

---

<sup>184</sup>) Risoluzione del Parlamento europeo sull'attuazione della legislazione nel quadro dei servizi finanziari (2001/2247(INI)).

La decisione della Commissione num. 9/2004/Ce (<sup>185</sup>), ha istituito il «comitato europeo delle assicurazioni e delle pensioni aziendali o professionali». Tale comitato, composto da «rappresentanti ad alto livello degli Stati membri» (<sup>186</sup>) ha funzione consultiva della Commissione, e «deve esaminare tutte le questioni riguardanti l'esecuzione delle disposizioni comunitarie relative ai settori dell'assicurazione, [...], ed in particolare le direttive concernenti detti settori» (<sup>187</sup>). Svolge dunque funzioni di “comitologia” (<sup>188</sup>). In particolare, la direttiva num. 83/2002, così come modificata dalla direttiva 2008/19/CE (<sup>189</sup>), prevede che alcune rilevanti modifiche riguardanti le caratteristiche che le imprese devono possedere (<sup>190</sup>), possono essere attuate direttamente dalla Commissione, assistita dal comitato sopra indicato, sulla base de «[...] l'art. 5 bis,

---

<sup>185</sup>) Decisione Commissione num. 2004/9/CE, del 5 novembre 2003.

<sup>186</sup>) art. 3, par. 1, Decisione Commissione num. 9/2004. Non si tratta dunque di rappresentanti delle autorità di vigilanza, che si riuniscono in un diverso comitato.

<sup>187</sup>) art. 2, par. 2, Decisione Commissione num. 9/2004

<sup>188</sup>) V. M. SAVINO, *I comitati dell'Unione Europea. La collegialità amministrativa negli ordinamenti compositi*, Giuffrè, 2005, in particolare pagg. 140 ss.

<sup>189</sup>) Direttiva 2008/19/CE dell' 11 marzo 2008.

<sup>190</sup>) Modifiche relative alla costituzione delle riserve tecniche, alla determinazione degli elementi costitutivi del margine di solvibilità, alla quantificazione del fondo di garanzia. V. art. 64, par.1, dir. 83/2002.

paragrafi da 1 a 4, e l'art. 7 della decisione 1999/468/Ce [...]»<sup>(191)</sup>, quindi attraverso una procedura della comitologia.

L'art. 5 bis è stato inserito all'interno della decisione 1999/468<sup>(192)</sup>, da una successiva decisione del Consiglio<sup>(193)</sup>. Ha introdotto una nuova procedura di regolamentazione, definita “con controllo”, perché le determinazioni del comitato e della Commissione – anche se le misure che la Commissione intende adottare sono conformi a quelle proposte dal comitato – sono in ogni caso sottoposte al controllo del Consiglio e del Parlamento Europeo, che possono entrambi opporsi, a maggioranza qualificata, all'adozione del progetto di misura. Sotto questo punto di vista dunque, sembrano essere diminuiti il deficit democratico ed i problemi di *accountability* derivanti dalle procedure di comitologia.

Questo è vero in riferimento al diritto comunitario in sè. Ma in un'ottica più ampia, il diritto nazionale è permeato dall'ordinamento europeo in più maniere differenti, a volte in modi non immediatamente percepibili.

---

<sup>191)</sup> Cod. ass. priv., art. 65, comma 2.

<sup>192)</sup> Decisione del Consiglio num. 1999/468/CE, del 28 giugno 1999, la quale disciplina le modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione.

<sup>193)</sup> Decisione del Consiglio num. 2006/512/CE, del 17 luglio 2006.

La modifica della direttiva delle assicurazioni del 2002, introdotta con la direttiva 2008/19, sancisce infatti in maniera perentoria, al quarto considerando: «La Commissione dovrebbe avere il potere di stabilire le misure necessarie all'esecuzione della direttiva 2002/83/CE, per tenere conto degli sviluppi tecnici nel settore assicurativo o nei mercati finanziari e per garantire un'applicazione uniforme di tale direttiva. [...] Tali misure di portata generale e intese a modificare elementi non essenziali della direttiva 2002/83/CE devono essere adottate secondo la procedura di regolamentazione con controllo di cui all'art. 5 bis della decisione 1999/468/CE».

Attraverso il riferimento alle misure tecniche, dunque, la Commissione attrae a sé, senza alcuna possibilità di replica, alcune rilevanti decisioni, che influenzano in maniera significativa l'attività d'impresa. Le “modifiche tecniche” di cui si parla, infatti, attengono alle caratteristiche essenziali di un'impresa assicurativa.

Gli elementi sin qui considerati inducono a proporre alcune possibili conclusioni.

Lo strumento dell'autorizzazione unica ha consentito l'accesso al mercato unico integrato delle assicurazioni, eliminando barriere amministrative nazionali ed assicurando il rispetto del principio di

equivalenza (<sup>194</sup>): quando l'impresa acquisisce l'autorizzazione all'esercizio dell'attività, può esercitarla in tutti gli Stati membri, osservando le procedure illustrate in precedenza. Necessario al funzionamento efficiente di tale sistema è il principio dell'*home country control*, che ha l'effetto di determinare una "portabilità" del regime regolatorio dell'impresa in tutti gli Stati membri, con il conseguente controllo da parte dell'autorità di vigilanza dello Stato di origine.

In tale contesto, un intreccio nell'operato delle autorità dei vari Stati membri si esplica su un piano sostanzialmente orizzontale, concretizzandosi principalmente in scambi di informazioni e solamente in casi eccezionali in attività condivisa.

Sembrerebbe dunque che alle singole autorità, una volta definiti gli obiettivi (<sup>195</sup>) sia lasciato ampio margine in ordine alle concrete modalità attraverso cui svolgere la propria opera e raggiungere gli obiettivi fissati.

Alcune tendenze in atto stanno tuttavia modificando il sistema così delineato, determinando sotto alcuni aspetti uno spostamento dai canoni dell'equivalenza a quelli dell'uniformità.

---

<sup>194</sup>) L. TORCHIA, *Il governo delle differenze*, Il Mulino, 2006, pagg. 116 ss.

<sup>195</sup>) In particolare, assicurare un bilanciamento tra la garanzia delle libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, riconosciute alle imprese, ed il controllo amministrativo che si impone a causa della "sensibilità" degli interessi dei risparmiatori.

La Commissione europea non interviene in maniera rilevante nella fase dell'esecuzione, ma – come sopra illustrato – dispone di un significativo potere, che le permette di stabilire, attraverso la procedura di comitologia, alcuni fondamentali parametri a cui le imprese devono conformarsi per esercitare l'attività assicurativa. Una parte significativa dei regolamenti che emana l'autorità di regolazione nazionale – nel caso italiano l'Isvap – possono dunque essere definiti nazionali a livello formale, ma comunitari per ciò che riguarda il loro contenuto. Molte delle decisioni dell'Isvap riguardano infatti aspetti tecnici, spesso regolati in maniera puntuale dalla Commissione e dal comitato (<sup>196</sup>).

In questo senso deve parlarsi di tendenza verso l'uniformità, e non soltanto di equivalenza. Se è vero che nella fase dell'esecuzione amministrativa le autorità godono ancora di un'autonomia, e che le loro decisioni hanno poi effetto su tutto il territorio dell'Unione, d'altro canto occorre considerare che i loro margini di scelta sono sempre più ristretti, a fronte di un ampliamento dei poteri normativi esercitati dalla Commissione europea.

---

<sup>196</sup>) In questo senso dunque l'espressione di F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2006, pag. 44, «cinghia di trasmissione del diritto comunitario nell'ordinamento interno», riferita dall'a. alle autorità indipendenti in genere, ben può adattarsi nello specifico alle autorità di vigilanza del settore assicurativo.

Come viene giustificata questa spinta accentratrice, questo spostamento di competenze verso la Commissione? La direttiva 19/2008, che ha imposto la procedura comitologica di regolamentazione con controllo, giustifica l'attribuzione facendo riferimento alla natura tecnica delle modifiche che potranno essere apportate dalla Commissione, ed alla non essenzialità di tali modifiche rispetto alla direttiva 2002/83/CE.

E' ben vero, come è stato autorevolmente sostenuto (<sup>197</sup>), che la normativa tecnica ha l'effetto di determinare «trasferimenti di sovranità, o, se vogliamo, in modo meno altisonante, di competenza normativa», e che la tecnicità esige l'uniformità (<sup>198</sup>).

Quello che lascia perplessi in questo caso è la vera e propria appropriazione, da parte della Commissione, di alcuni rilevanti aspetti decisori, che sono sì tecnici, ma la cui non essenzialità viene stabilita in modo del tutto apodittico. Essi attengono invece alle caratteristiche essenziali che devono possedere le imprese assicurative. Invece di ricercare l'eliminazione di asimmetrie regolatorie attraverso la

---

<sup>197</sup>) A. PREDIERI, *Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. IV, Mucchi editore, 1996, pag. 1413 ss.

<sup>198</sup>) Cfr. N. IRTI, *Diritto europeo e tecno-economia*, in *Rivista di diritto civile*, 2006, pag. 1 ss. L'a. in realtà denuncia tale assetto, sostenendo che «il diritto dell'uniformità è il diritto dell'impersonale e anonimo mercato», che nega il fondamento stesso dell'Unione.



cooperazione e la dialettica con e tra le autorità di regolazione, ci si cela, dietro lo scudo delle norme tecniche, per stabilire direttamente anche le misure di esecuzione.

L'esplicarsi delle libertà economiche ha dunque un prezzo: alcune decisioni, a volte in maniera non del tutto trasparente, vengono rimesse al livello comunitario, e l'uniformità viene ricercata non attraverso la collaborazione bensì tramite l'imposizione, dall'alto, di "meta-regole" alle quali non ci si può sottrarre in alcun modo.

### **Cap. III. Il fondamento del potere nello spazio giuridico globale**

#### *1. La frammentazione dello spazio giuridico globale*

Nella concezione classica del diritto internazionale sono gli Stati ad essere gli unici soggetti di diritto sulla scena internazionale. Le origini della comunità internazionale si fanno risalire al Congresso di Westfalia del 1648, da cui convenzionalmente si prende atto della nascita dello Stato moderno, cioè entità politico-istituzionali indipendenti e sovrane. Nasceva così una comunità che aveva due principali caratteristiche (<sup>199</sup>).

Era infatti orizzontale e paritaria, nel senso che i rapporti si svolgevano tra soggetti formalmente posti sullo stesso piano, e che non avevano né riconoscevano un potere a questi sovraordinato.

Tale assetto è rimasto sostanzialmente immutato fino a quasi tutto il XIX secolo. Nel secolo XX, con l'istituzione delle Nazioni Unite e delle organizzazioni internazionali comincia invece quello che è stato definita l'epoca post-westfaliana, che ha posto sia limiti alla sovranità, ma soprattutto ha visto il proliferare di soggetti posti, in una qualche misura,

---

<sup>199</sup>) S. Battini, *Amministrazioni senza Stato*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 1 ss..

in una posizione di superiorità agli Stati, e capaci di orientarne e le scelte<sup>(200)</sup>.

La nascita di questi soggetti è fenomeno riconducibile alle nuovi problemi che si cominciano a porre nel mondo globalizzato. Sempre più spesso emergono problematiche non più risolvibili direttamente dal singolo Stato (si pensi ai fenomeni di inquinamento ambientale, o alle crisi economico-finanziarie), che in alcuni casi si trova in una situazione di inadeguatezza, senza gli strumenti adatti per risolvere le sfide poste dalla globalizzazione. Diventa necessaria un'azione sovranazionale, che sia in grado di dare risposte efficaci.

Naturalmente l'emergere di soggetti nuovi sulla scena del diritto internazionale determina importanti modifiche anche per quanto concerne il diritto internazionale stesso. Le fonti sovranazionali infatti si moltiplicano: alla consuetudine ed ai trattati si affiancano regole previste dai nuovi soggetti internazionali. Tali regole non si rivolgono sempre e solamente agli Stati ma, in alcuni casi, anche a soggetti privati. Questo fenomeno ha determinato quella che è stata definita la «frammentazione»

---

<sup>200)</sup> V. G. Ziccardi Capaldo, *Diritto globale*, Giuffrè, Milano, 2010, pp.4 ss..

(<sup>201</sup>) del diritto internazionale. L'analisi pertanto, deve prendere le mosse dall'individuazione dei diversi soggetti che popolano lo spazio giuridico globale.

---

<sup>201</sup>) V. International Law Commission, *Fragmentation of International law: difficulties arising from the diversification and expansion of International law*, 2002.

## 2. Una tassonomia delle istituzioni globali

Le tradizionali classificazioni delle istituzioni sovranazionali non sono più idonee a descrivere con efficacia le caratteristiche dei soggetti che agiscono nello spazio giuridico globale

Una tassonomia recente individua una serie variegata di soggetti operanti nello spazio giuridico globale <sup>(202)</sup>. Si individuano infatti diverse categorie di amministrazioni globali.

La prima categoria sono le tradizionali organizzazioni internazionali. Sono le organizzazione intergovernative, basate sui trattati, che possono poi adottare regole derivate ed in alcuni casi hanno anche poteri sanzionatori.

La seconda categoria è costituita da *transnational networks*, caratterizzate dall'assenza di formali poteri di decisioni ed improntate ad una cooperazione informale. Caratteristica è l'emanazione di standards, non vincolanti ma dotati di alto grado di effettività.

Vi è poi la presenza di soggetti ibridi pubblici privati, in cui agli ai soggetti governativi si affiancano soggetti privati <sup>(203)</sup>, che in certi casi

---

<sup>202)</sup> B. Kingsbury-N.Krisch-R.Stewart, Theemergency of global administrative law, in Law and Contemporary problems, 2005.

<sup>203)</sup> Quale il Codex Alimentarius Commission.

vengono addirittura stabiliti come istituzioni private con funzioni regolatorie (<sup>204</sup>).

Infine deve considerarsi anche l'attività amministrativa svolta dagli Stati nell'ambito di accordi internazionali: basti pensare al caso della Convenzione Unesco. L'adesione ad un regime regolatorio globale, che prevede la competenza degli Stati membri nell'applicazione delle regole in esso previste, determinare la sottoposizione dell'apparato amministrativo nazionale a decisioni prese in ambito globale.

Le modalità di istituzione dei diversi soggetti non sono omogenee, ed è dunque opportuno procedere ad un'analisi dei modi in cui vengono istituiti i diversi soggetti, per infine verificare quali siano le forme di legittimazione di quei soggetti che presentano modalità di istituzione meno lineari e più complesse.

---

<sup>204</sup>) Come l'ICANN.

### *3. Modalità di istituzione e fondamento del potere delle istituzioni globali*

La ricerca del fondamento del potere deve partire da un decisivo presupposto. A livello globale manca, e attualmente è difficile ipotizzarne l'esistenza, un referente politico. Diversamente da quanto accade negli Stati, non esiste un Parlamento mondiale (tale non può ritenersi l'Assemblea generale dell'Onu, date le sue funzioni consultive) e neanche un governo mondiale (nemmeno il G8 può essere considerato tale, consistendo piuttosto in un forum delle principali potenze).

Occorre pertanto fare riferimento al fenomeno della *Governance without government*, <sup>(205)</sup>così definito dalla scienza politica già nel 1992.

L'esame delle diverse modalità attraverso cui prendono vita le istituzioni operanti nello spazio giuridico globale porta a individuare varie forme di istituzione.

Innanzitutto le istituzioni nascono a seguito della stipulazione di trattati internazionali: è il caso dell'ONU e di tutte le organizzazioni della

---

<sup>205)</sup> Così definito dalla scienza politica già nel 1992.

sua “famiglia”, così come delle istituzioni di Bretton Woods, nonché del WTO.

Anche in questo caso, però, gli Stati non hanno sempre il completo controllo delle istituzioni create.

Innanzitutto possono essere emanate ulteriori Convenzioni, ideate in seno all'istituita organizzazione internazionale, che pongono nuovi e non previsti obblighi per gli Stati (ad esempio la Convenzione Unesco).

Inoltre, nuovi soggetti possono essere istituiti dalle organizzazioni internazionali istituite dagli Stati: si pensi alla Codex Alimentarius Commission, che è stata istituita dalla FAO e dal WHO. Gli Stati in questo modo divengono destinatari di regole, che non hanno contribuito direttamente a creare, e che non avevano direttamente previsto nei trattati a cui avevano inizialmente aderito.

Altri soggetti nascono in via di prassi, e vengono istituzionalizzati in seguito. E' il caso del G8, il cui primo vertice si è svolto nel 1975 su impulso di alcuni Capi di Stato ed in seguito ha assunto una dimensione maggiormente istituzionalizzata (<sup>206</sup>).

---

<sup>206</sup>) Per un'approfondita analisi del G-7 e del G-8, v. M. Conticelli, *I vertici del G-8: governi e amministrazioni nell'ordine globale*, Milano, Giuffrè, 2006



Infine, alcune istituzioni nascono in via “autonoma”. Il caso più importante è quello delle reti internazionali degli organismi di coordinamento, che finiscono per dare vita a veri e propri organismi sovranazionali <sup>(207)</sup> (Comitato di Basilea, IOSCO, IAIS, ICN). Tali istituzioni non possiedono “poteri” in base al diritto internazionale, ma hanno un ruolo comunque rilevante.

E’ soprattutto con riferimento a tale ultimo gruppo, occorre dunque chiedersi dove risieda il fondamento della loro legittimazione e per quale ragione siano titolari di poteri capaci di influire sugli ordinamenti statali.

La prima delle due forme di legittimazione consiste nella tecnica, intesa come portatrice di scelte oggettive e neutrali, che si pongono al di fuori del raggio di azione della politica. La tecnica viene dunque considerata come un potere, da non limitare per nessuna ragione, invocando il dogma della sua neutralità.

Il fenomeno è inquadrabile all’interno della ricostruzione del potere legale-razionale di Max Weber <sup>(208)</sup>: le istituzioni globali (o meglio, alcune di esse) possono infatti essere considerate come un corpo amministrativo autonomo, che trovano il fondamento della loro attività nel

---

<sup>207)</sup> Ci si riferisce a Comitato di Basilea, IOSCO, IAIS, ICN.

<sup>208)</sup> M. Weber, *Economia e società*, 1922.

fatto stesso che siano le uniche competenti a compierle (anche con riferimento al fatto che le problematiche che devono risolvere hanno una dimensione globale, non affrontabili singolarmente dagli Stati), poiché «*la preparazione specialistica diventa sempre più il fondamento della posizione di potenza dei titolari degli uffici*» <sup>(209)</sup>.[].

Il fenomeno più evidente è quello dell'emanazione di *standard* da parte delle istituzioni globali, che trovano applicazione negli Stati anche se non sono legalmente vincolanti. L'emanazione di *standard* è rilevante ad esempio per quanto concerne le reti globali di regolatori, che provvedono all'armonizzazione delle discipline dei singoli Stati.

Si pensi al Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria. Non ha capacità regolamentare autonoma, non possiede una formale autorità di supervisione sopranazionale, e le sue conclusioni non sono vincolanti legalmente per gli Stati. Però in seno ad esso vengono formulati *standard* e *guideline* che le autorità nazionali di regolazione sono “incoraggiate” a implementare nei rispettivi ordinamenti, assicurando in questo modo la convergenza degli ordinamenti.

E' simile anche il caso dello IOSCO, che ha tra i suoi compiti quello di elaborare *standard* omogenei per la sorveglianza dei mercati, e che

---

<sup>209)</sup> Weber, *Economia e società*, Vol. II, p. 307.

prevede un meccanismo di carattere sanzionatorio volto ad assicurarne l'implementazione.

In maniera simile, il WTO impone agli Stati membri di armonizzare le loro misure sanitarie, sulla base di *standard* stabiliti non all'interno del WTO stesso, ma definiti da un'organizzazione terza, la Codex Alimentarius Commission. In questo modo trovano pertanto applicazione all'interno degli Stati regole stabilite a livello globale, che si impongono per la loro (quantomeno dichiarata) tecnicità, che spesso influisce anche su aspetti ulteriori, che coinvolgono invece scelte più propriamente politiche.

Le istituzioni globali sono sempre più interessate anche dal fenomeno della legittimazione procedurale. Le regole poste dai diversi regimi regolatori globali (si pensi al caso del WTO, con riferimento agli *Agreement on tecnica barriers to trade* e gli *Agreements on the application of sanitary and phytosanitary measures*) impongono un sistema di garanzie procedurali, tipiche dei sistemi di diritto amministrativo nazionali. Il diritto ad essere sentiti, l'obbligo di motivazione, la trasparenza, ma anche il principio di proporzionalità, sono istituti che si vanno affermando gradualmente a livello globale.

Ciò ha portato all'emersione, secondo alcuni, di un vero e proprio principio di «*procedural due process of law*» in ambito globale (<sup>210</sup>).

Ciò determina un paradosso: il diritto amministrativo, nato come diritto dello Stato, e ad esso (almeno fino a poco fa) intimamente connesso, trova nuove applicazioni a livello globale, ma con una funzione diversa rispetto all'originaria: diventa infatti fattore di legittimazione delle decisioni delle istituzioni globali, che non potrebbero essere imposte autoritativamente. L'*accountability* perciò non consiste più solamente in una forma di garanzia, come conosciuta tradizionalmente, ma si trasforma in una vera e propria fonte del potere dei poteri pubblici globali (<sup>211</sup>).

---

<sup>210</sup>) G. Della Cananea, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, 2009.

<sup>211</sup>) L. Torchia, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, 2008.