



Università degli Studi della Tuscia di Viterbo

Dipartimento di studi linguistico-letterari, storico-filosofici e giuridici

Corso di Dottorato di Ricerca in

Diritto dei mercati europei e globali. Crisi, diritti, regolazione - XXX Ciclo

**L'INDIPENDENZA DELLA REGOLAZIONE NEGLI STATI UNITI E
NELL'UNIONE EUROPEA. IL CASO DELL'ENERGIA**

(IUS/10)

Tesi di dottorato di:

Dott. Valerio Turchini

Coordinatore del corso

Prof. Carlo Sotis

Tutore

Prof. Stefano Battini

A.A. 2016-2017

Ai miei genitori, a Camilla e a New York

INDICE

Introduzione	1
--------------	---

CAPITOLO I

LE RAGIONI (GLOBALI) DI UNA COMPARAZIONE

1. Le autorità indipendenti come prodotto della globalizzazione: la spinta verso la neutralità dei regolatori economici	8
1.1. L'indipendenza del regolatore nell'ordinamento giuridico globale	14
1.2. Il contesto europeo: le <i>authorities</i> nazionali come "creazione" del diritto comunitario	23
1.3. Brevi cenni al recente sviluppo di un livello di regolazione indipendente realmente europeo	31
1.4. I tentativi di <i>regulatory cooperation</i> tra Stati Uniti e Unione europea	35

CAPITOLO II

I CARATTERI DELLA REGOLAZIONE INDIPENDENTE NEGLI STATI UNITI E NELL'UNIONE EUROPEA

1. Le origini delle <i>Independent Regulatory Commissions</i> : l'esperienza delle commissioni statali	42
1.1. L'istituzione della <i>Interstate Commerce Commission</i>	47
1.2. Dal <i>New Deal</i> all' <i>Administrative Procedure Act</i> del 1946	53
1.3. Problemi di inquadramento costituzionale: <i>a headless fourth branch?</i>	58
1.4. La <i>non delegation doctrine</i>	66
1.5. L'attività di regolazione delle IRC: le caratteristiche fondamentali dei <i>rulemaking processes</i>	71
1.6. L'indipendenza e i rapporti con gli altri poteri: il <i>Congressional oversight</i> e l'influenza presidenziale	79

2. Il fenomeno delle agenzie europee: origine, sviluppo e affermazione	87
2.1. Dall'amministrazione decentralizzata ai <i>networks</i> di regolatori nazionali	94
2.2. Una nuova fase per la regolazione europea: dalla rete all'"agenzia-rete". Il modello ibrido della <i>network agency</i>	100
2.3. La <i>governance</i> multilivello	104
2.4. Il requisito dell'indipendenza	108
2.5. I poteri dei nuovi organismi di settore. Le innovative funzioni di "regolazione"	113
2.6. La rilettura della "dottrina Meroni" operata dalla Corte di giustizia: verso la creazione di autorità indipendenti "federali" europee?	123

CAPITOLO III

IL SETTORE DELL'ENERGIA ELETTRICA E DEL GAS

1. La <i>Federal Energy Regulatory Commission</i> (FERC): <i>governance</i> , attribuzioni e campi di intervento	132
1.1. I procedimenti di <i>rulemaking</i> tra obiettivi generali e vincoli procedurali. Le novità contenute nell' <i>Energy Policy Act</i> del 2005 (EPA)	140
1.2. I rapporti con il <i>Department of Energy</i> (DOE)	144
1.3. La regolazione delle infrastrutture energetiche. Il ruolo degli Stati e delle <i>Regional Transmission Organizations</i> (RTOs)	147
1.4. I tentativi di superare i limiti derivanti dal policentrismo regolatorio	153
2. La politica europea per il mercato unico dell'energia: il "terzo pacchetto" del 2009 e il ruolo della regolazione	157
2.1. La cooperazione a rete tra le autorità di regolazione dell'energia: dal CEER all'ACER	163
2.2. La natura, la <i>governance</i> multilivello e l'indipendenza dell'ACER	168
2.3. I poteri dell'Agenzia, il ruolo degli Stati e la posizione della Commissione	173
2.4. Verso la creazione di un'autorità indipendente europea? Qualche riflessione sulle scelte dell'ACER alla luce della "questione infrastrutturale"	178

CAPITOLO IV

ESPERIENZE A CONFRONTO: PROFILI DI COMPARAZIONE NELL'OTTICA DELL'INTEGRAZIONE

1. Perduranti differenze e spazi di convergenza tra i due modelli di regolazione indipendente: il modello statunitense e i nuovi organismi europei	185
1.1. Rapporti particolari: il ruolo delle autorità statali nel sistema federale americano e nelle nuove agenzie europee	192
1.2. Il settore energetico come campo privilegiato di analisi: ACER e FERC allo specchio	196
1.3. Il percorso del sistema europeo della regolazione indipendente verso quello statunitense: <i>non delegation doctrine</i> e “dottrina Meroni”	200
1.4. L'indipendenza del regolatore europeo e le spinte della globalizzazione. Un fenomeno di “americanizzazione del diritto”?	203
1.5. Un bilancio (necessariamente) provvisorio alla luce dei cambiamenti “costituzionali” europei	206
 Conclusioni	 212
 Bibliografia generale di riferimento	 219
 Elenco delle principali pronunce giurisprudenziali	 250

INTRODUZIONE

Le riforme che negli ultimi anni hanno interessato le strutture e le funzioni della regolazione nell'ordinamento giuridico europeo, attraverso l'istituzione di nuovi organismi indipendenti nei settori dell'energia, delle telecomunicazioni e della vigilanza bancaria, finanziaria e assicurativa (rispettivamente, ACER, BEREC, EBA, ESMA ed EIOPA), possono essere interpretate come il segnale di avvio di un processo diretto all'istituzione di vere e proprie autorità indipendenti “federali” dell'Unione europea?

Questa è la domanda di fondo alla quale il presente lavoro cerca di trovare risposta. A tal fine, la comparazione con le autorità indipendenti statunitensi (le c.d. *Independent Regulatory Commissions* - IRC), le prime a essere create alla fine dell'800, è parsa funzionale – e, per certi versi, naturale – a comprendere se queste ultime, operanti in un sistema politico compiutamente federale, possano rappresentare un valido modello per l'ordinamento comunitario, alla luce degli stimoli economici e giuridici che, a livello globale, sembrano favorire una regolazione delle attività economiche sempre più terza e neutrale.

La scelta dipende in gran parte dal ruolo centrale storicamente svolto dagli Stati Uniti nella nascita, affermazione e sviluppo del modello delle autorità indipendenti di regolazione dei mercati. Senza perdere mai di vista la sostanziale differenza esistente tra un sistema incentrato su una costituzione federale come quello nordamericano e un ordinamento sovranazionale “misto” come l'UE, inoltre, è necessario mettere in luce similitudini e differenze tra quelli che sono ancora i due maggiori sistemi economici del mondo. Da questo punto di vista, dunque, la comparazione con il sistema della regolazione indipendente negli U.S.A. è strumentale a verificare se nuove agenzie europee possano rappresentare elementi centralizzanti e “federativi” all'interno di un sistema politico e istituzionale non altrettanto integrato e ancora operante in larga parte in base a dinamiche sovranazionali.

In tal senso, è parso utile scegliere un settore specifico, individuato nel mercato dell'energia elettrica e del gas naturale, come campo privilegiato di analisi, in primo luogo a causa dei comuni problemi che la regolazione del comparto deve affrontare e risolvere su entrambe le sponde atlantiche (si pensi al tema dell'approvvigionamento e degli investimenti in forme di produzione energetica meno inquinanti); secondariamente, per verificare se il maggior grado di integrazione raggiunto in Europa nel campo della regolazione e della vigilanza bancaria e microprudenziale – dovuta anche alla necessità di

rispondere prontamente alla crisi economica e alla recessione, conseguenza della bolla finanziaria esplosa proprio negli U.S.A. – rappresenti un esempio “virtuoso”, seguito anche in altri settori economici.

Le ragioni che rendono attuale uno studio comparato dei sistemi di regolazione indipendente statunitense ed europeo sono fondamentalmente due.

In primo luogo, la globalizzazione economica e il diritto prodotto dai numerosi soggetti che operano nell’arena giuridica globale hanno rappresentato, nel corso degli ultimi decenni, un fondamentale incentivo all’istituzione o al rafforzamento delle istituzioni pubbliche indipendenti con compiti di regolazione. Bisogna interrogarsi, dunque, su come rispondano il sistema statunitense e quello comunitario alle sollecitazioni provenienti in questa direzione dai vari sistemi regolatori globali. La domanda, inoltre, deve essere posta anche nel senso opposto: quale ordinamento giuridico e regolatorio è maggiormente in grado di influenzare il contenuto dei principi, delle norme e delle procedure che dall’ordinamento internazionale vengono in seguito “calate” in quelli interni?

Il sistema regolatorio statunitense e quello europeo, inoltre, hanno da tempo intrapreso (sia all’interno di organizzazioni internazionali come il WTO, sia attraverso rapporti bilaterali volti a liberalizzare gli scambi commerciali, si pensi al *Transatlantic Trade and Investment Partnership* - TTIP) un percorso di “cooperazione regolatoria” volto a eliminare, o quantomeno a ridurre, le barriere non tariffarie esistenti sulle due sponde dell’Atlantico. Si tratta di una strada che potrebbe permettere di condividere pratiche di regolazione e modelli di organizzazione, nonché promuovere un dialogo continuo volto ad effettuare scelte di armonizzazione e mutuo riconoscimento in relazione a molte regole che hanno un impatto rilevante tra gli scambi commerciali transfrontalieri, spesso produzione proprio delle autorità indipendenti.

Il secondo motivo risiede nel predetto processo, tuttora in corso nell’ordinamento amministrativo europeo. La recente creazione di un sistema di agenzie realmente indipendenti dalle altre istituzioni comunitarie (soprattutto dalla Commissione), dagli Stati membri e dai soggetti regolati, in aggiunta a una generale tendenza a interpretare le norme dei Trattati in tema di delega dei poteri in maniera meno stringente rispetto al passato, permette di intravedere all’orizzonte la creazione di future autorità indipendenti amministrative europee con compiti di regolazione.

La ricerca, attraverso un approccio empirico, si propone dunque di rispondere a tre domande tra loro interconnesse:

i) comprendere il ruolo attuale della regolazione in Europa alla luce delle riforme che ne hanno interessato la *governance*, i poteri e il ruolo negli ultimi anni, attraverso la creazione di agenzie europee indipendenti poste al centro di una rete di regolatori nazionali;

ii) verificare se sia possibile identificare nelle nuove agenzie comunitarie il primo passo verso la creazione di future autorità “federali” che individuino le IRC americane come modello di riferimento, sottolineando similitudini e diversità tra i sistemi regolatori delle due sponde dell’Atlantico, alla luce delle spinte di natura globale (economiche e giuridiche) verso una regolazione sempre più terza e neutrale, soprattutto a tutela dei soggetti regolati;

iii) analizzare in maniera più approfondita il settore energetico, con l’obiettivo di verificare se le tendenze individuate a livello generale, tese a incidere profondamente sul modello di regolazione finora consolidatosi in Europa, trovino riscontro effettivo in uno specifico e strategico comparto economico.

A tal fine, la ricerca si snoderà attraverso quattro capitoli.

Il primo capitolo analizzerà l’impatto del diritto globale e delle dinamiche economiche sovranazionali sulla proliferazione di modelli di regolazione caratterizzati dalla neutralità nei confronti degli operatori e dei governi. L’implementazione di politiche neoliberaliste tese ad aprire alla concorrenza settori economici precedentemente caratterizzati dalla presenza di pervasivi monopoli statali, infatti, lungi dal poter essere ricondotta esclusivamente a ragioni di ordine domestico, interne ai singoli ordinamenti, è dipesa anche dalla decisa pressione esercitata all’interno di organizzazioni internazionali verso una riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni nazionali in senso maggiormente indipendente. La neutralità dei regolatori economici, infatti, appare certamente più in grado di garantire una diffusione omogenea e una maggiore implementazione degli *standard* e delle regole stabilite nei diversi “sistemi giuridici globali”, oltre che assicurare una maggiore certezza circa le regole del gioco che gli operatori economici devono rispettare.

D’altro canto, anche i regolamenti e le direttive europee volte alla creazione di un mercato unico pienamente concorrenziale hanno giocato e tuttora giocano un ruolo determinante nell’affermazione del modello dell’autorità indipendente a livello continentale. Le suddette dinamiche, infine, verranno lette alla luce dei meccanismi di “regulatory cooperation” esistenti tra Stati Uniti e Unione europea, il cui fine ultimo è rappresentato dalla riduzione o, se possibile, eliminazione delle difformità regolatorie e

delle barriere commerciali esistenti, anche al fine di individuare quale sistema giuridico ed economico sia maggiormente capace di plasmare o condizionare le regole che potranno disciplinare i relativi rapporti nell'ordinamento giuridico globale.

Il secondo capitolo analizzerà l'esperienza statunitense nel settore delle autorità indipendenti e i nuovi organismi europei di regolazione sorti a partire dal 2009. Nella prima parte del capitolo, saranno ricostruite le origini storiche, il ruolo attuale, i poteri e le attribuzioni delle *Independent Regulatory Commissions*. Il fine è quello di comprendere come esse agiscano nel contesto istituzionale e normativo americano e quali questioni di ordine costituzionale la loro presenza ancora ponga, cogliendone differenze e similitudini con le funzioni, i rapporti interistituzionali e le relazioni con gli *stakeholders* che caratterizzano invece le agenzie comunitarie create negli ultimi anni.

A tal proposito, la seconda parte del capitolo si concentrerà proprio sui soggetti europei istituiti nel settore bancario, assicurativo, finanziario, energetico e delle comunicazioni elettroniche e che fanno parte delle agenzie europee della cosiddetta "quarta ondata". Il sistema costituito dalle autorità nazionali organizzate in *networks* sembra ormai superato da piattaforme cooperative fondate su agenzie europee stabili e soprattutto indipendenti, in grado di garantire una relazione efficiente sia con la Commissione europea, sia con le singole *authorities* nazionali. Ciò al fine di creare e applicare uniformemente nei differenti settori di intervento, *standard* regolatori e *best practices* maggiormente condivise. L'ulteriore carattere peculiare del nuovo modello, inoltre, è riscontrabile nella presenza all'interno degli organi strategici di queste "network agencies" non di esponenti degli esecutivi statali, bensì di soggetti posti al vertice delle singole autorità di regolazione nazionali competenti per settore.

Il terzo capitolo avrà a oggetto il settore energetico come campo specifico dell'indagine comparata, al fine di comprendere se la presenza di un autonomo (seppur con tutti i limiti che il modello statunitense di *authority* presenta su questo versante) e potente regolatore federale, come negli Stati Uniti, possa effettivamente rappresentare una risposta efficace ai problemi di un sistema fortemente disomogeneo e multipolare come quello europeo (legati soprattutto all'approvvigionamento energetico e alla pianificazione, costruzione e gestione delle infrastrutture di trasmissione e distribuzione). È inoltre necessario comprendere se le soluzioni operative adottate in Europa siano in grado di garantire risultati efficienti quanto ai rapporti tra centro e periferia. L'analisi è volta a verificare da un lato, se l'azione dell'*Agency for the Cooperation of Energy Regulators* (ACER), rifletta concretamente i caratteri individuati come tipici del modello della

“network agency”, trattati in generale nel capitolo precedente; dall’altro, quali siano le differenze e le similitudini con l’esperienza statunitense della *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC), i cui poteri amministrativi, di regolazione e quasi-giurisdizionali potrebbero rappresentare un sentiero già battuto per le future evoluzioni comunitarie.

Il quarto e ultimo capitolo, infine, tenterà di dare una (necessariamente parziale) risposta alle domande di ricerca, tirando le fila di un’analisi comparata di sistema e di ampio respiro, che tenga conto non soltanto delle specifiche differenze e delle singole similitudini individuate tra le autorità indipendenti americane e le *network agencies* europee - soprattutto con riferimento al settore di analisi maggiormente preso in considerazione - ma che allarghi lo sguardo al tema delle relazioni tra centro (le commissioni federali americane e le agenzie comunitarie) e periferia (le agenzie statali) negli Stati Uniti e nell’UE; alla possibilità di riscontrare nella diffusione di una nuova generazione di agenzie indipendenti in Europa una tappa del processo di “americanizzazione” – culturale prima che giuridica – del diritto europeo; infine, alle evoluzioni in corso nel diritto euro-unitario negli ultimi anni.

Evoluzioni tese a rendere maggiormente stabile la base giuridica sulla quale legittimare l’attribuzione di poteri generali di regolazione a soggetti diversi dalle istituzioni europee espressamente previste nei Trattati (in tal senso, fondamentale appare il superamento della c.d. “dottrina Meroni” operata dalla Corte di giustizia europea nel 2014) e che devono essere interpretate alla luce di una cornice “costituzionale” in movimento, nella quale il divario tra il livello di integrazione raggiunto dall’Eurozona (soprattutto nel settore della supervisione bancaria) e quello realizzato nei Paesi posti al di fuori dell’Unione monetaria sembra essere sempre più ampio.

CAPITOLO I

LE RAGIONI (GLOBALI) DI UNA COMPARAZIONE

1. Le autorità indipendenti come prodotto della globalizzazione: la spinta verso la neutralità dei regolatori economici. – 1.1. L'indipendenza del regolatore nell'ordinamento giuridico globale. – 1.2. Il contesto europeo: le *authorities* nazionali come “creazione” del diritto comunitario. – 1.3. Brevi cenni al recente sviluppo di un livello di regolazione indipendente realmente europeo. – 1.4. I tentativi di *regulatory cooperation* tra Stati Uniti e Unione europea.

1. Le autorità indipendenti come prodotto della globalizzazione: la spinta verso la neutralità dei regolatori economici

A partire dalla seconda metà degli anni Ottanta del secolo scorso si è assistito alla proliferazione e all'implementazione a livello mondiale di politiche neoliberiste e "market-oriented" volte a ridefinire il ruolo dello Stato nell'economia soprattutto in settori (come i mercati energetici, dei trasporti o delle telecomunicazioni), in precedenza caratterizzati dalla presenza di monopoli statali. Le ragioni di una tale diffusione globale possono essere rintracciate sia in dinamiche di natura domestica, legate alle caratteristiche dei sistemi politici ed economici nazionali o alle preferenze dei maggiori gruppi di interesse interni; sia in meccanismi di pressione internazionale (esercitata soprattutto all'interno di organizzazioni politiche ed economiche multilaterali) o di emulazione normativa, dettata dalla necessità per gli Stati di rimanere competitivi sui mercati internazionali¹.

Tali riforme, caratterizzate da interventi di liberalizzazione e privatizzazione di interi comparti economici, si sono caratterizzate soprattutto per la tendenza a separare formalmente il soggetto deputato alla regolazione di un determinato settore dal controllo del governo e, dunque, della sua influenza politica. Le agenzie o autorità indipendenti di regolazione sono divenute un po' ovunque il modello di *governance* preferito all'interno di un contesto economico capitalistico, godendo di una rapida diffusione a livello globale.

Sebbene la natura dell'indipendenza e i poteri di queste autorità siano diversi a seconda del Paese e del settore di riferimento, esse presentano ovunque determinate caratteristiche ricorrenti, rappresentate in primo luogo dal tentativo di aumentare il peso dell'*expertise* tecnico-professionale all'interno dei processi decisionali pubblici, al fine di tenere separate «the responsibility for policy making from the responsibility for regulation»².

Le autorità indipendenti con compiti di regolazione, d'altro canto, non rappresentano certo una novità degli ultimi decenni. Il fenomeno delle *independent commissions* trova la

¹ In questi termini W. J. Henisz, B. A. Zelner, *The Worldwide Diffusion of Market-Oriented Infrastructure Reform, 1977-1999*, in *American Soc. Rev.*, 70, 2005, 871. La stretta interconnessione tra politiche di privatizzazione, liberalizzazioni e riforme dei sistemi di regolazione, che solo congiuntamente possono realmente produrre benefici di natura economica, viene evidenziata da W. L. Megginson, J. M. Netter, *From State to Market: a Survey of Empirical Studies on Privatization*, in *Journal of Economic Literature*, 39, 2001, 321-389.

² J. Jordana, D. Levi-Faur, X. Fernandez i Marín, *The Global Diffusion of Regulatory Agencies: Channels of Transfer and Stages of Diffusion*, in *Comparative Pol. Studies*, 44(10), 2011, 1343 ss., la cui ricerca evidenzia l'istituzione, dal 1966 al 2007, di agenzie indipendenti in 15 settori e in 48 diversi Stati appartenenti all'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OECD) e all'area latinoamericana. Il numero di agenzie di regolazione create a livello globale è cresciuto da meno di 5 nuove *authorities* per anno negli anni Ottanta dello scorso secolo, a più di 20 per anno tra il 1995 e il 2001.

propria origine e si sviluppa negli Stati Uniti alla fine del XIX secolo³, quando vengono creati nuovi apparati amministrativi competenti a disciplinare materie prima lasciate interamente all'autodeterminazione dei privati, con il fine quindi di ampliare i confini dell'influenza pubblica nell'economia.

Nei Paesi europei, invece, le autorità indipendenti, seppur nelle differenze tra i singoli ordinamenti statuali ⁴, si affermano in corrispondenza dei processi di liberalizzazione di quei settori economici precedentemente caratterizzati dalla presenza di monopoli pubblici, come risposta alla necessità di una disciplina delle attività economiche neutrale rispetto a tutti gli interessi in gioco (compresi quelli delle numerose imprese statali ancora presenti sui mercati). Il fine ultimo era quello di sostituire a una regolazione delle attività economiche di tipo conformativo, una regolazione condizionale in grado di favorire e proteggere la concorrenza. Lungi dal determinare uno specifico obiettivo cui le attività dei privati debbano mirare, una regolazione di questo tipo si limita a dettare per gli stessi le regole di comportamento essenziali che ne devono guidare la condotta⁵.

Nonostante la loro risalente introduzione, però, è solo con l'avvento della globalizzazione economica e, quindi, con l'emersione di una rete di relazioni multilivello tra i soggetti (pubblici e privati) attivi su mercati sempre più integrati e interconnessi a livello mondiale, che esse si affermano come modello globalmente valido di riorganizzazione dell'amministrazione e divisione dei poteri all'interno del moderno stato amministrativo⁶. Le agenzie e autorità indipendenti dunque come «prodotto» della globalizzazione, ma al tempo stesso strumento di governo della stessa, volto altresì a favorire la diffusione di un diritto "globale" omogeneo nei diversi settori di attività in cui,

³ Come si vedrà approfonditamente nel Cap. II, risale al 1887 l'istituzione, dell'*Interstate Commerce Commission*, la prima di queste autorità, che aveva il compito di regolare il settore del trasporto ferroviario al fine di assicurare tariffe eque ed evitare discriminazioni nei confronti degli utenti da parte delle poche compagnie private che gestivano il servizio.

⁴ Per un'analisi comparata del fenomeno nei diversi contesti giuridici statali europei, si vedano, tra i molti, M. Andenas, D. Fairgrieve, *Independent Administrative Authorities*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2005; E. Balboni, *Amministrazione giustiziale*, Padova, Cedam, 1986; M. Salvador Martínez, *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Barcelona, Ed. Ariel, 2002; M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, Il Mulino, 1992.

⁵ Cfr. L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996, 58.

⁶ Cfr. J. Osterhammel, N. P. Petersson, *Storia della globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2005.

con la crescita del commercio mondiale, sempre maggiore è l'esigenza di norme e *standard* uniformi⁷.

La globalizzazione, infatti, oltre ad abbattere molti degli ostacoli alla circolazione di persone, capitali, beni e servizi e ad accelerare lo scambio internazionale dei fattori produttivi e delle informazioni, comporta anche una circolazione dei modelli giuridici, incentivando percorsi di imitazione e omogeneizzazione istituzionale. La diffusione degli schemi di intervento pubblico, basati sull'esaltazione dei valori del mercato, avviene all'interno di una "competizione" tra ordinamenti nell'offrire agli operatori economici affidabilità, credibilità internazionale e, in generale, le migliori condizioni per svolgere la propria attività⁸. La neutralità dei regolatori, quale significativo limite all'esercizio della discrezionalità nella regolazione pubblica dei mercati, allora, rappresenta una garanzia per i soggetti regolati rispetto a un potere amministrativo di tipo discrezionale, che necessariamente deve effettuare scelte alla cui base vi siano un temperamento e una comparazione tra gli interessi pubblici, privati e collettivi⁹.

L'obiettivo del regolatore indipendente non è la protezione dell'interesse pubblico attraverso una scelta tra interessi potenzialmente configgenti - in cui determinati valori (sociali ed economici) possono risultare prevalenti rispetto alla concorrenza, alla libertà di impresa e al libero scambio - ma la realizzazione dell'assetto di interessi voluto e individuato in generale dal legislatore, attraverso la predisposizione *ex ante* delle "regole del gioco" e la verifica del loro rispetto. Il loro è il ruolo dell'arbitro, cui è affidata la tutela "riflessa" di interessi collettivi in settori particolarmente delicati¹⁰.

⁷ Così, N. Longobardi, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto globale*, in *Dir. e proc. amm.*, 4, 2009, 880, che evidenzia come l'alternativa a tale processo sia rappresentata dall'emarginazione dei mercati di quei Paesi che rifiutino di adeguarsi.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Sulla discrezionalità delle autorità amministrative indipendenti si veda P. Lazzara, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001.

¹⁰ L'interesse pubblico è di tipo riflesso perché è solo il rispetto delle regole che ne garantisce la soddisfazione. Cfr. D. Crocco, *Le autorità amministrative indipendenti di regolazione e vigilanza dei mercati*, Napoli, Jovene Editore, 2012, 73. Sul punto si vedano, F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna, Il Mulino, 2000; L. Turchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, cit., 60 ss., secondo cui «le regole e le condizioni poste per lo svolgimento dell'attività privata non sono finalizzate alla soddisfazione di un interesse pubblico, ma, invece, alla garanzia di situazioni giuridiche private, a volte fra loro simmetriche (si pensi alla libertà di accesso al mercato per gli imprenditori), a volte fra loro confliggenti (come nel caso delle asimmetrie informative che svantaggiano l'investitore rispetto all'intermediario finanziario). Le norme definiscono un equilibrio fra tali situazioni soggettive e le autorità indipendenti controllano che questo equilibrio sia raggiunto e mantenuto (...)». Nello stesso senso, S. Cassese, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, in *Il Foro it.*, V, 1996, c. 9; G. Vesperi, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, Padova, Cedam, 1993; V. Caianiello, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1997, 17, afferma che le autorità indipendenti non andrebbero collocate nello «Stato-persona, perché esse non sarebbero titolari di interessi pubblici, bensì nello Stato-ordinamento, dovendo in una posizione di terzietà

Le autorità indipendenti, infatti, sono chiamate a garantire l'esistenza delle condizioni affinché l'autonomia privata possa esplicarsi pienamente in quanto "situazione di libertà", attraverso un'azione di predisposizione di regole e di successivo controllo sul loro rispetto, che finisce per identificarsi nella cura dell'interesse collettivo stesso¹¹.

Tali peculiarità rispondono a un'esigenza di intervento non secondo criteri e scelte proprie dell'esecutivo in carica in un determinato momento storico (inevitabilmente condizionate da visioni e necessità di breve periodo legate ai cicli elettorali), ma sulla base di discipline di natura tecnica e specialistica che diano adeguate garanzie dal punto di vista dell'indipendenza e della neutralità caratterizzanti l'intervento pubblico¹². Le ragioni dell'indipendenza si ricollegano, allora, al dibattito sui cosiddetti "poteri neutri", intesi come elementi temperanti che operano all'interno di sistemi rappresentativi in cui dominano le contrapposizioni tra le diverse forze politiche¹³.

Da questo punto di vista, l'ordine giuridico sovranazionale ha avuto un ruolo non secondario nella riduzione della discrezionalità amministrativa in favore del libero

garantire il rispetto delle regole nei confronti di tutti i soggetti che siano portatori di interessi sia generali che particolari». Sul tema della neutralità amministrativa in generale si rimanda ad A.M. Sandulli, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, Vol. IV, Milano, Giuffrè, 1967, 243 ss. Alcuni autori hanno abbracciato, invece, una ricostruzione della natura delle autorità come organi di natura esecutiva che svolgono funzioni amministrative e perseguono interessi prettamente pubblici attraverso, però, poteri del tutto originali e con peculiare indipendenza. Per quest'ultimo orientamento si veda A. Massera, "Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988, 449 ss.; M. Nigro, *La riforma della vigilanza sulle assicurazioni e la posizione dell'ISVAP*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 1043 ss.; S. Niccolai, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, 1996, 227 ss.; G. Amato, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 1997, 645 ss. sottolinea come il concetto di indipendenza delle autorità, almeno per quanto concerne l'ordinamento giuridico italiano, non possa essere inteso in una dimensione assoluta, tale da decretarne l'esclusione dal campo di applicazione del diritto amministrativo. Afferma l'A. che «è stato osservato che le autorità indipendenti non ponderano interessi pubblici, ma garantiscono interessi privati collettivi riflessi, con i poteri tipici dell'arbitro. Ciò non è sempre vero. E dove non è vero perché dovrebbe non essere amministrativa l'autorità alla quale sono state trasferite preesistenti attribuzioni amministrative e quindi preesistenti compiti di ponderazione fra interessi pubblici? (...) Ma davvero si è nel diritto amministrativo solo quando l'attività regolata è soggetta alla direzione dello Stato?».

¹¹ Cfr. M. S. Giannini, *Il pubblico potere, Stato e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 7 ss.; L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, cit., 62.

¹² F. Longo, *Ragioni e modalità dell'istituzione delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., 13, afferma che «(...) di fronte all'emergenza di esigenze nuove dell'ordinamento istituzionale, corrispondenti a interessi e valori sostanziali nuovi, si è dato mano alla creazione di modelli organizzativi e procedurali capaci di approntare tutele differenziate e più idonee al perseguimento delle esigenze stesse».

¹³ Cfr. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013. La prima definizione di *pouvoir neutre modérateur* è contenuta in B. Constant, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs* (1815), Roma, Editori Riuniti, 1970, in cui la figura del monarca costituzionale veniva interpretata come un «invisible modérateur» dei conflitti delle varie fazioni all'interno dello Stato. L. Torchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam, 1992, 409, afferma che «resta escluso (...) che le autorità amministrative indipendenti possano essere portatrici di un interesse pubblico, in quanto la cura concreta e diretta di un interesse pubblico comporta, in genere (...), la possibilità di attivare e far valere la responsabilità politica dell'esecutivo: il conflitto fra tale possibilità e la garanzia dell'indipendenza non sembra necessitare di dimostrazione».

scambio¹⁴. La diffusione delle autorità indipendenti può ricondursi soprattutto alla crescita delle interazioni transazionali tra gli Stati e alla «regulatory competition» che tali relazioni innescano tra i sistemi giuridici ed economici¹⁵.

Nel momento in cui i Paesi competono per attrarre investimenti, le autorità indipendenti di regolazione rappresentano uno strumento efficace per migliorare la loro affidabilità internazionale, soprattutto in quei settori di mercato già oggetto di politiche di liberalizzazione e/o privatizzazione, che, lungi dal condurre a un'effettiva *deregulation*, hanno al contrario reso sempre più necessaria la presenza di regolatori e l'adozione di norme necessarie a governare i mercati¹⁶.

La diffusione globale dei modelli regolatori e, tra questi, delle autorità indipendenti, si inserisce all'interno di un più ampio fenomeno di circolazione di principi (compresi quelli sull'azione dei pubblici poteri, come il «due process of law» o la partecipazione dei

¹⁴ Cfr. M. D'Alberti, *Administrative Law and the Public Regulation of Markets in a Global Age*, in S. Rose-Ackerman, P. Lindseth (ed.), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2010, 68, che, riferendosi non ai poteri di regolazione ma ai «quasi-judicial powers» delle agenzie indipendenti, ne descrive l'attività come «applying law to facts more than [...] exercising the choice among interests on which discretionary power is based». Si veda, inoltre, S. G. Breyer, *Regulation and its Reform*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1982.

¹⁵ Anche se i due «canali di trasmissione» non possono completamente essere sovrapposti, soprattutto se si tiene conto della differenza tra le agenzie e autorità operanti nei settori della c.d. «social regulation» (sicurezza, alimentazione, ambiente etc.) e quelle con compiti di regolazione economica vera e propria. Cfr. F. Gilardi, J. Jordana, D. Levi-Faur, *Regulation in the Age of Globalization: The Diffusion of Regulatory Agencies Across Europe and Latin America*, IBEI Working Papers, 2006/1, 15, affermano che «new regulatory agencies have been established across both areas (economic and social regulation) and across both regions (Europe and Latin America) and suggest that this pattern best explained by the professionalization of the world's elites and their growing interactions in transnational forums. By contrast, the regulatory competition argument, which emphasizes credibility, while it accords with the diffusion of regulatory agencies in the economic arena, cannot explain why agencies also spread in social regulation». Sulla competizione tra Stati per attrarre capitali stranieri e sui processi di imitazione normativa si veda, in generale, S. Polillo, M. F. Guillén, *Globalization Pressures and the State: The Global Spread of Central Bank Independence*, in *American Journal of Sociology*, 110, 2005, 1764-1802. S. Cassese, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002, 112 ss., evidenzia come la *regulatory competition* possa, tuttavia, condurre a una corsa verso l'alto o verso il basso (c.d. «race to the bottom»).

¹⁶ Cfr. S. K. Vogel, *Free Markets, More Rules: Regulatory Reform in Advanced Industrial Countries*, Ithaca, NY, Cornell University Press, 1996; D. Levi-Faur, *The Rise of Regulatory Capitalism: The Global Diffusion of a New Order*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1, 2007, parla del ruolo dello Stato nel moderno contesto globalizzato in termini di «regulatory capitalism». In questo senso, «[t]he modern capitalist state, rather than hollowing out, is restructuring itself in a way that allows it to exert administrative controls over the economy. The major evidence of such a capacity is the mushrooming since the mid-1980s of new regulatory institutions worldwide». S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 17-18, mette in evidenza come l'eliminazione delle barriere all'interno dello spazio giuridico ed economico globale non si accompagni a un completo livellamento delle differenze tra ordinamenti nazionali e tra questi e l'ordinamento giuridico globale. Tali differenze normative, istituzionali e regolatorie possono essere sfruttate da quei soggetti, soprattutto imprese, che «possono permettersi uno *shopping trip* tra ordinamenti giuridici nazionali differenti. Di qui l'arbitraggio, che consiste, innanzitutto, in un giudizio comparativo sulle differenze relative tra i «diritti singolari» (di Stati-nazione o anche di ordinamenti sovranazionali regionali, come l'Unione europea); poi, nella scelta, consentita dalla mobilità, dei «diritti singolari» più convenienti».

privati nei procedimenti amministrativi) e istituti giuridici che è stato definito “globalizzazione del diritto”¹⁷.

Il diritto pubblico smette di essere appannaggio di una singola comunità statale e inizia a rispondere a modelli e *standard* validi a livello internazionale, secondo una tendenza che ha origine nel diffondersi dei principi del liberismo economico e nell’integrazione dei mercati. In un tale contesto di interdipendenza economica, aumenta l’impatto esterno delle regole adottate da un singolo sistema giuridico, che diviene così «globalmente rilevante»¹⁸, dal momento che tutte le misure di regolazione assunte a livello domestico hanno sempre un qualche riflesso sul mercato e, conseguentemente, su interessi extraterritoriali.

Il fenomeno può svilupparsi secondo direttive diverse, che comprendono il passaggio di uno o più istituti direttamente da un ordinamento a un altro, i cui confini si caratterizzano per una crescente “porosità”¹⁹; l’imposizione di un principio giuridico comune ad opera di un’organizzazione internazionale facente parte dell’ordinamento globale, che ne richiede il rispetto da parte delle amministrazioni nazionali o da parte di tutti i soggetti facenti parte degli ordinamenti giuridici domestici (si pensi ai diritti universali dell’uomo)²⁰; il percorso opposto, che vede un principio o istituto affermato prima in ambito nazionale, estendersi successivamente a un ordinamento globale con potenziali ricadute negli ordinamenti domestici²¹.

¹⁷ Cfr. M. Shapiro, *The Globalization of Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1, 1993; *Id.*, *Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 8, 2001, n. 2, 369 ss.; J. B. Auby, *Le globalisation, le droit e l’État*, Paris, Librairie juridique de reference en ligne, 2003. Sul ruolo dei poteri pubblici nell’era della globalizzazione si veda, tra i molti, G. Della Cananea, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2003, 1 ss.

¹⁸ Così, S. Battini, *La globalizzazione del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2006, 328-330. La rilevanza globale di ogni ordinamento domestico va intesa in un duplice significato: *in primis*, geografico, nel senso che il sistema normativo e amministrativo di ciascuno Stato, composto di singole decisioni e regole interne, «rileva, almeno potenzialmente, nel territorio di ogni Stato. Se un operatore economico desidera mettere in commercio i propri prodotti alimentari in diversi Stati, dovrà rispettare le differenti regole che, in ciascuno di essi, sono poste a tutela della salute dei consumatori». In secondo luogo, esso rileva nel suo complesso, al di fuori del territorio statale, soprattutto grazie a principi come quello di non discriminazione e del “national treatment”, in base ai quali le medesime regole e decisioni valide per i prodotti e operatori nazionali si applicano anche a quelli di altri paesi. Ne deriva che «non è più ascrivibile una parte della regolazione amministrativa domestica che abbia un carattere internazionale; piuttosto, tutta la regolamentazione amministrativa interna tende ad acquisire una efficacia extraterritoriale e, quindi, una rilevanza globale».

¹⁹ Su tale specificità dei confini statali rispetto all’introduzione di istituti provenienti da ordinamenti diversi si veda N. Irti, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 625 ss.

²⁰ Per cui si veda approfonditamente *infra* par. 1.1.

²¹ Così, S. Cassese, *Oltre lo Stato: verso una Costituzione globale?*, Roma-Bari, Laterza, 2006, 96, che ricomprende tra le modalità di «mutua compenetrazione e di armonizzazione» dei principi e degli istituti giuridici tra ordinamenti diversi anche il c.d. «traboccamento» di uno o più istituti, che si espandono in ambiti laterali, ma sempre a livello globale (ad esempio, la libertà del commercio usata per introdurre la

1.1. L'indipendenza del regolatore nell'ordinamento giuridico globale

Con l'avvento della globalizzazione il «baricentro» dell'attività regolatoria²² si è spostato dallo Stato verso numerosissimi sistemi giuridici globali operanti nei più disparati settori economici e sociali, attraverso un'attività di regolazione amministrativa transnazionale, destinata poi a trovare esecuzione a livello domestico (o comunque a condizionare gli ordinamenti nazionali). Una regolazione che appare maggiormente in grado di affrontare le sfide poste dall'interdipendenza economica, rispetto alle risposte che i singoli ordinamenti giuridici nazionali potrebbero offrire²³.

I sistemi regolatori globali²⁴ possono assumere forme diverse: organizzazioni internazionali fondate sulla stipulazione di trattati formali tra Stati (come l'ONU, la *World Trade Organization* - WTO, il Fondo monetario internazionale - FMI o la *World Bank*); reti informali di cooperazione tra autorità nazionali operanti nei rispettivi settori di competenza (si pensi al Comitato di Basilea attivo nel settore bancario); autorità nazionali che danno applicazione interna a regole elaborate a livello globale; organismi ibridi pubblico-privati che coinvolgono soggetti rappresentanti il mondo delle imprese, delle

preminenza del diritto)». Sulla distinzione tra principi e regole nell'ordinamento globale si veda G. Della Cananea, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, Il Mulino, 2009, 154 ss. Sulla difficoltà di «traslare» sul piano globale regole e schemi regolatori affermatasi a livello nazionale e, quindi, legittimati dall'inserimento all'interno del circuito politico-rappresentativo, si veda S. Battini, *Globalisation and Extraterritorial Regulation: An Unexceptional Exception*, in G. Anthony, J.B. Auby, J. Morison, T. Zwart, *Values in Global Administrative Law*, Oxford, UK-Portland, OR, US, Hart Publishing, 2011, 61 ss.

²² In questi termini R. B. Stewart, *Il diritto amministrativo globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2005, 634. Sul diritto amministrativo globale in generale si vedano, senza alcuna pretesa di esaustività, B. Kingsbury, R.B. Stewart, N. Krish, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 68, 2005, n. 3-4, 15 ss.; E. D. Kinney, *The Emerging Field of International Administrative Law: Its Content and Potential*, in *Administrative Law Review*, 54, 2002, 415 ss.; J.H.H. Weiler, *The Geology of International Law-Governance, Democracy and Legitimacy*, in *Zeitschrift für Ausländisches Recht und Völkerrecht*, 64, 2004, 3, 547 ss.; S. Battini, *Organizzazioni internazionali e soggetti privati: verso un diritto amministrativo globale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2005, 359 ss.; *Id.*, *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, Giuffrè, 2003; S. Cassese, M. Conticelli (a cura di), *Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale*, Quaderno speciale n. 2 della Rivista trimestrale di diritto pubblico, Milano, Giuffrè, 2006.

²³ Cfr. S. Battini, *The Proliferation of Global Regulatory Regimes*, in S. Cassese (ed.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2016, 45 ss. Sull'elevatissimo numero di organismi operanti nello spazio giuridico globale cfr. S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009, 11, che ne contava nel 2009 circa 2.000.

²⁴ L'espressione è di S. Cassese, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2005, 331 ss., secondo il quale il sistema dei regolatori globali, frutto non solo di una spinta centralizzatrice di organismi superiori e dello sviluppo di forme di collaborazione in organizzazioni internazionali, ma anche dell'esigenza avvertita da organismi sub-statali di collegarsi tra loro, lungi dall'essere considerabile un insieme unitario, «è progressivo; è cooperativo, non gerarchico; non ha un centro; si sviluppa in forma non pianificata, ma spontanea; produce una forte densità regolatoria» (340).

organizzazioni non governative e di quelle internazionali; infine, strutture private con compiti di elaborazione di *standard* e di certificazione (come l'*International Labour Organization* - ILO)²⁵.

Tali sistemi sono produttivi di un diritto amministrativo che si riferisce da un lato, a quel diritto tramite il quale i sistemi regolatori globali penetrano, condizionano e limitano la regolazione dei singoli ordinamenti domestici a protezione di determinati principi (in primo luogo la libertà privata); dall'altro, il diritto amministrativo che vincola gli stessi soggetti sovranazionali nello svolgimento della loro attività di regolazione²⁶.

Le funzioni solitamente svolte nell'ambito dei sistemi regolatori globali, tra l'altro strettamente connessi tra loro a livello orizzontale grazie a legami di natura procedurale e strutturale, comprendono attività di promozione della cooperazione, coordinamento e adozione di *standard* regolatori comuni contenuti in norme a volte aventi forza vincolante nei confronti degli Stati, altre volte in atti di *soft law*²⁷. I settori in cui il diritto amministrativo globale si è affermato attraverso un imponente aumento della regolazione transnazionale sono molto numerosi e comprendono i mercati finanziari e bancari, la protezione ambientale, le telecomunicazioni, il commercio di beni e servizi, la tutela della proprietà intellettuale e la protezione dei lavoratori.

L'interdipendenza dei mercati spinge ad armonizzare e avvicinare le regolazioni nazionali non solo dal punto di vista delle scelte e delle regole adottate dalle singole amministrazioni domestiche, sempre più condizionate e spesso "sostituite" da quelle elaborate in seno alle organizzazioni internazionali, ma anche dal punto di vista organizzativo e dei modelli istituzionali adottati. Indipendentemente dalla formale capacità di queste regole e principi di vincolare i soggetti destinatari quanto alla loro concreta attuazione, il diritto amministrativo globale svolge un ruolo di primo piano negli ordinamenti domestici, condizionandoli attraverso quelle che sono state definite «tecniche di sostituzione» e «tecniche di controllo»²⁸.

²⁵ R. B. Stewart, *op. cit.*, 636-637.

²⁶ Cfr. S. Battini, *Le due anime del diritto amministrativo globale*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini. Omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Milano, Giuffrè, 2008, 1 ss. I poteri pubblici ultrastatali si pongono, nel primo caso, «sul versante della libertà», dal momento in cui «producono, e fanno rispettare, una *global administrative law* che, a tutela della libertà privata, regola la *domestic administrative regulation* degli Stati». Nel secondo significato, invece, i sistemi regolatori globali «si collocano sul versante dell'autorità: esercitano una *global administrative regulation*, che sfugge alla *domestic administrative law* di ciascun singolo Stato e, per questo, viene gradualmente assorbita ad una *global administrative law*» (2).

²⁷ S. Cassese, *Il diritto amministrativo globale*, cit., 341.

²⁸ Così S. Battini, *La globalizzazione del diritto pubblico*, cit., 332; cfr. *Id.*, *Le due anime del diritto amministrativo globale*, cit., 13, secondo cui «il potere degli Stati di decidere se recepire o meno le regole o gli standard, approvati in sede globale, nei rispettivi ordinamenti, tende a ridursi. Indipendentemente dalla

Se con le prime, è riconosciuto alle amministrazioni domestiche il potere di adottare regole e decisioni il cui contenuto viene autonomamente determinato a livello interno, ma è previsto l'obbligo di rispettare condizioni e principi la cui osservanza viene verificata a livello globale (come quelli di proporzionalità, ragionevolezza, partecipazione dei regolati e trasparenza), attraverso le seconde il contenuto delle regole è determinato, almeno parzialmente, dall'esterno, e le autorità nazionali sono obbligate a garantire il loro *enforcement* interno²⁹.

Al fine di assicurare che i regolatori dei singoli Stati agiscano nello spazio giuridico globale «as participants in the global regime rather than merely as National actors», infatti, le organizzazioni internazionali adottano spesso regole volte a condizionare non solo il contenuto delle misure regolatorie interne, ma anche determinati requisiti procedurali che le autorità nazionali devono rispettare nell'applicazione di una norma globale³⁰.

In questo senso, l'adozione del modello dell'autorità amministrativa indipendente e dei connessi schemi procedurali (*in primis* le garanzie partecipative e di contraddittorio), rispondono sempre meno a scelte autonome dei legislatori nazionali, ma sono oggetto di una rilevante pressione esercitata sugli Stati da diverse istituzioni globali, informalmente o attraverso canali maggiormente ufficiali. Pressione che può assumere le vesti di una vera e propria imposizione, la cui violazione può dare luogo a conseguenze di natura giuridica legate al mancato rispetto di accordi internazionali³¹.

natura vincolante o non vincolante di quelle regole, la scelta di discostarsi da esse presenta costi talmente alti da indurre qualsiasi ragionevole regolatore nazionale a conformarsi. Sono ormai sempre più spesso i poteri pubblici globali ad esercitare i poteri di *rule-making* che effettivamente fissano limiti e condizioni di esercizio della libertà privata. Ne deriva un *deficit* di tutela, che crea le condizioni per lo sviluppo di un diritto amministrativo globale che regoli e limiti non soltanto la *domestic administrative regulation*, ma anche la *global administrative regulation*». R. B. Stewart, *Global standards for national societies*, in *Research Handbook on Global Administrative Law*, cit., 175 ss. elenca sette diversi tipi di norme e decisioni che, elaborate a livello globale, vengono successivamente implementate a livello nazionale diventando parte integrante degli ordinamenti interni. Tra queste, vale la pena di ricordare le specifiche regole e *standard* di condotta dirette alle persone fisiche o giuridiche, come quelle della *World Antidoping Agency*; specifici requisiti procedurali per le procedure di *decision-making* delle amministrazioni nazionali; norme generali volte a disciplinare il contenuto delle misure regolatorie interne, come le disposizioni del GATT; decisioni adottate da corti internazionali circa l'applicazione di norme globali in casi concreti; raccomandazioni, *best practices*, linee guida e indicatori di *performance*.

²⁹ S. Battini, *La globalizzazione del diritto pubblico*, cit., 332.

³⁰ B. Kingsbury, R. B. Stewart, N. Krish, *The Emergence of Global Administrative Law*, cit., 36. Sul punto si veda anche S. Cassese, *Global Standards For National Administrative Procedure*, in *Law & Contemp. Probs.*, 68, 2005, 109 ss., secondo cui «[b]y requiring national legal systems to respect the procedural obligations of consultation, transparency, reasonableness, and proportionality, the global system thus imports legal principles into national systems, and thereby “denationalizes” the relevant areas or sectors» (120).

³¹ Tale attività di pressione, frutto del combinato operare di distinti e spesso simultanei fattori imputabili all'azione di organizzazioni internazionali, è stata definita da P. J. Di Maggio, W. W. Powell, *The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality*, in *Id.* (ed.), *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1991, 67,

Il *General Agreement on Trade and Services* (GATS), trattato internazionale di liberalizzazione degli scambi commerciali e dei servizi stipulato nel 1995, si inserisce nella cornice istituzionale del WTO e rappresenta un valido terreno su cui verificare la predetta tendenza e, in generale, analizzare come il diritto amministrativo globale incida sulle discipline regolatorie e sui modelli istituzionali domestici degli Stati membri³². Il WTO impone ai propri aderenti il rispetto di numerose prescrizioni relative alla partecipazione, trasparenza e ragionevolezza dei procedimenti amministrativi interni, stabilendo limiti sovranazionali al «right to regulate» degli Stati, al fine di garantire la parità di trattamento tra le imprese nazionali e quelle straniere (soprattutto in relazione all'accesso ai mercati esteri) e prevenire così atteggiamenti protezionistici³³.

Il *Reference Paper on Basic Telecommunications*, attuativo dello stesso GATS nel settore delle comunicazioni elettroniche, contiene un esplicito vincolo diretto ai legislatori degli Stati aderenti quanto alla loro autonomia nel delineare i confini e la struttura dell'organizzazione amministrativa interna. La *section 5* ("Independent Regulators") del *Reference Paper* afferma infatti che: «The regulatory body is separate from, and not accountable to, any supplier of basic telecommunications services. The decisions of and the procedures used by regulators shall be impartial with respect to all market participants»³⁴.

Quanto alla reale forza vincolante della predetta disposizione, è vero che il *Reference Paper* ha solamente valore programmatico ed è volto a dettare le linee guida che orienteranno i futuri negoziati di liberalizzazione per il settore di riferimento, a differenza degli obblighi immediatamente derivanti dal GATS. Gli Stati membri del WTO, tuttavia, possono volontariamente assumere ulteriori e specifici impegni (*additional commitments*) in determinati settori attraverso, per l'appunto, dei *reference papers* che hanno efficacia

«coercive isomorphism», inteso quale «[...] both formal and informal pressures exerted on organizations by other organizations which they are dependent and by cultural expectations in the society within which organizations function. Such pressures may be felt as force, persuasion, or as invitations to join in collusion».

³² B. Cimino, *I limiti procedurali: GATS*, in S. Battini, G. Vesperini (a cura di), *I limiti globali ed europei alla disciplina dei servizi*, Quaderno n. 4 della Rivista trimestrale di diritto pubblico, Milano, Giuffrè, 2008, 18, evidenzia come il WTO abbia «segnato il pieno superamento del tradizionale ordine economico internazionale "power-based", incentrato sulla negoziazione politica e sul pragmatismo diplomatico, verso l'adozione di un approccio "rule-oriented", basato sull'*adjudication*, sull'applicazione di norme prestabilite affidata ad organi imparziali di soluzione delle controversie [...]».

³³ Cfr. R. B. Stewart, *The World Trade Organization and Global Administrative Law*, IILJ Working Paper 2009/7 (Global Administrative Law Series), secondo cui «[t]hese requirements constitute what is probably the most highly developed and profoundly transformative administrative law program of any global regime».

³⁴ *Reference Paper on Basic Telecommunications*, 24 aprile 1996, WTO Negotiating group on basic telecommunications.

giuridicamente vincolante quando sono sottoscritti da uno Stato membro³⁵. Il fatto, inoltre, che esso si applichi esclusivamente al settore delle telecomunicazioni, senza obbligare espressamente i legislatori nazionali a garantire null'altro che la separazione tra soggetto regolatore e regolati (non si parla nel testo, infatti, di indipendenza dal potere politico), potrebbe trarre in inganno circa la reale forza "espansiva" del principio affermato all'interno di un documento che ha finito per assumere il ruolo di modello di riferimento all'interno della cornice del WTO³⁶.

Il principio dell'indipendenza del regolatore, infatti, potrebbe essere applicato generalmente a tutti i settori cui il GATS si riferisce, qualora il *Working Party on Domestic Regulation* istituito nel 1999 trovasse un accordo sull'approvazione definitiva delle *Disciplines on Domestic Regulation*. Queste, per il momento, sono state delineate solo a livello di proposta provvisoria in base alle varie posizioni degli Stati membri, in attuazione dell'art. VI.4 del GATS che permette loro di sviluppare qualunque disciplina che sia necessaria a limitare le barriere commerciali non necessarie nel comparto dei servizi³⁷.

In riferimento all'attività di regolazione dell'accesso ai mercati da parte degli operatori economici che intendano prestare servizi in uno dei settori oggetto del GATS, è previsto che ogni Stato membro assicuri che tali procedure siano condotte, e le relative

³⁵ Cfr. S. Battini, G. Vesperini, *L'indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale*, in M. D'Alberti, A. Pajno (A cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino, 2010, 65.

³⁶ *Ibidem*, 64, in cui si evidenzia il tentativo, contenuto in una proposta proveniente dall'Unione europea, di estendere il modello dell'autorità indipendente anche al settore postale, sottoscrivendo un apposito *Reference Paper*. Cfr. WTO, CTS, *Postal/Courier: Proposal for a Reference Paper*, January 17, 2005, Communication from the European Communities and their Member States, par. II:3, "Individual license" e par. II:4, "Independence of the regulatory body". B. Cimino, *op. cit.*, 71-72, afferma come l'esclusivo riferimento all'indipendenza dai soggetti regolati, volta a prevenire prevalentemente atteggiamenti discriminatori tra gli operatori del mercato delle telecomunicazioni, non obblighi gli Stati membri a istituire un regolatore autonomo, dal momento che anche un ministero potrebbe essere considerato indipendente alla luce della predetta disciplina, sempre che, ovviamente, lo Stato non detenga partecipazioni dirette o indirette in società attive sul mercato delle comunicazioni elettroniche. In contesti di mercato precedentemente caratterizzati quasi ovunque da monopoli pubblici e in seguito aperti alla concorrenza grazie a processi di liberalizzazione, tuttavia, lo Stato ha mantenuto quasi sempre partecipazioni all'interno della società *ex monopolista*, ora *incumbent* nel comparto di riferimento. Di fatto, dunque, la sezione 5 del *Reference Paper* potrà considerarsi rispettata o attraverso una completa privatizzazione della società *incumbent*, o attraverso la creazione di una autorità realmente indipendente dal potere politico. Sul tema si vedano anche, richiamati in nota dall'A., P. Cowey, M. M. Klimenko, *The WTO Agreement and Telecommunication Policy Reform*, Policy Research Working Paper, 2001.

³⁷ GATS, art. VI.4: «With a view to ensuring that measures relating to qualification requirements and procedures, technical standards and licensing requirements do not constitute unnecessary barriers to trade in services, the Council for Trade in Services shall, through appropriate bodies it may establish, develop any necessary disciplines. Such disciplines shall aim to ensure that such requirements are, *inter alia*: (a) based on objective and transparent criteria, such as competence and the ability to supply the service; (b) not more burdensome than necessary to ensure the quality of the service; (c) in the case of licensing procedures, not in themselves a restriction on the supply of the service». Cfr. S. Battini, G. Vesperini, *op. cit.*, 67.

decisioni adottate, in modo imparziale, da autorità che dovrebbero essere funzionalmente indipendenti rispetto a qualunque fornitore di servizi³⁸.

Il diritto globale si compone inoltre di una serie di strumenti di *soft law* attraverso i quali è possibile incidere profondamente sulla struttura organizzativa delle amministrazioni nazionali. Organismi internazionali come il Fondo monetario internazionale, l'*Organization for Economic Cooperation and Development* (OECD) e la Banca Mondiale, sono infatti in grado di influenzare fortemente la diffusione del modello delle autorità di regolazione indipendente attraverso programmi, raccomandazioni non vincolanti e *best practices* che diventano strumenti di una vera e propria “coercizione” internazionale.

Soprattutto nel caso dei Paesi in via di sviluppo, inoltre, la necessità di accedere a prestiti monetari da parte delle predette organizzazioni, di attrarre investimenti esterni funzionali alla crescita e alla stabilità, di legittimare i procedimenti di liberalizzazione e privatizzazione realizzati o, comunque, di essere parte attiva della comunità internazionale, rendono particolarmente complesso per gli stessi resistere alla pressione esercitata dagli organismi globali al fine di adottare quelle forme organizzative “istituzionalizzate” a livello internazionale.

Negli anni Novanta, per esempio, la creazione di un regolatore indipendente o il rafforzamento di quelle esistenti, è stata posta per molti Paesi dell’America Latina quale una condizione necessaria (e dunque, *de facto*, un obbligo) per l’ottenimento di un prestito da parte del FMI³⁹.

³⁸ Working Party On Domestic Regulation, *Disciplines On Domestic Regulation Pursuant To Gats Article VI:4*, Chairman's Progress Reports, WPDR/W/45, 14 April 2011, art. 18: «Each Member shall ensure that the procedures used by, and the decisions of, the competent authority in the licensing process are impartial with respect to all applicants. The competent authority should be operationally independent of and not accountable to any supplier of the services for which the license is required».

³⁹ Così, G. Sosay, U. Zenginobuz, *Independent Regulatory Agencies in Emerging Economies*, Boğaziçi University Research Papers, ISS/EC, 2005, 9, in cui si sottolinea come il c.d. “Brady Plan” del 1989, che aveva il fine di ridurre il debito dei Paesi in via di sviluppo grazie a una massiccia emissione di titoli da parte degli stessi, prevedeva quale preconditione al sostegno finanziario non solo l’attuazione di tali riforme, ma anche l’esplicita introduzione di agenzie indipendenti di regolazione della concorrenza (per Colombia, Messico, Perù e Venezuela) e il rafforzamento dell’autonomia e imparzialità di quelle già esistenti (per il *Conselho Administrativo de Defesa Econômica* brasiliano). La creazione di autorità indipendenti in Messico, invece, è legata in gran parte all’adesione dello Stato centro-americano alla NAFTA, accordo di libero scambio stipulato nel 1992 con gli Stati Uniti. La scarsa fiducia che gli investitori internazionali (e statunitensi *in primis*) nutrivano verso la stabilità delle giovani liberalizzazioni intraprese dal Paese, che veniva da una lunga storia di interventismo statale in economia, di fatto obbligò il legislatore messicano a “supportare” tali interventi riformatori con la creazione delle prime autorità indipendenti di regolazione che aumentassero la credibilità del sistema-paese. La creazione e la stabilizzazione delle *authorities* era, insomma, il prezzo da pagare per sottoscrivere il fondamentale trattato con il vicino statunitense. Come sottolineano gli AA., infatti, «[i]t cannot be a mere coincidence that Mexico made its competition IRA operational in 1992, the year NAFTA was signed. Subsequently, in 1994, Mexico joined the OECD, which is still another international organization currently promoting regulatory reform» (12-13). Sul FMI e sul suo ruolo nella diffusione di modelli regolatori *market-oriented* si veda N. Brune, G. Garrett, B. Kogut, *The International Monetary Fund and the Global Spread of Privatization*, IMF Staff Papers, vol. 51, n. 2, 2004.

La Banca Mondiale, invece, ha sempre esplicitamente previsto l'adozione di riforme *market-oriented* nei settori infrastrutturali quale condizione imprescindibile per la concessione di prestiti finanziari di lungo periodo⁴⁰. Anche quando non ha direttamente richiesto la creazione di un organismo indipendente di regolazione nei settori liberalizzati, inoltre, ne ha comunque fortemente incoraggiato e raccomandato l'istituzione attraverso forme di pressione indiretta (ad esempio, programmi di assistenza tecnica e di supervisione nell'introduzione e implementazione delle riforme, in cui funzionari della Banca Mondiale partecipano alla formazione delle burocrazie locali)⁴¹. A tali condizionamenti prescrittivi deve aggiungersi la pressione proveniente da organismi come l'OECD, che ha sempre incoraggiato l'istituzione di regolatori economici indipendenti⁴².

La creazione di autorità di amministrative indipendenti deve essere letta come un "segnale" di credibilità nei confronti degli investitori privati e delle organizzazioni internazionali. Affidare l'attività di regolazione economica a soggetti tecnici non sottoposti al controllo politico dei governi, infatti, rappresenta un forte indicatore della stabilità delle riforme intraprese per aprire i mercati di settore alla concorrenza⁴³.

Sulla diffusione delle autorità di regolazione nei Paesi dell'America meridionale si veda, in generale, F. Gilardi, J. Jordana, D. Levi-Faur, *Regulation in the Age of Globalization: The Diffusion of Regulatory Agencies Across Europe and Latin America*, cit.

⁴⁰ W. J. Henisz, B. A. Zelner, *The Worldwide Diffusion of Market-Oriented Infrastructure Reform*, cit., 14.

⁴¹ Cfr. J. Teichman, *The World Bank and Policy Reform in Mexico and Argentina*, in *Latin American Politics and Society*, 46, 1, 2004, 39 ss.

⁴² Come si può leggere nella *OECD Reviews of Regulatory Reform Regulatory Policies in OECD Countries. From Interventionism to Regulatory Governance*, OECD, 2002, 91 ss., tale organizzazione supporta la creazione di organismi di regolazione indipendente e ne esalta i benefici nonostante i rischi che comunque possono presentarsi (cattura da parte dei regolati in primo luogo). In particolare, «[t]he key benefits sought from the independent regulatory model are to shield market interventions from interference from captured politicians and bureaucrats. Independence protects regulators from influence of particular interests, such as the firms regulated, the financial institutions, or other non-governmental groups. Independence also improves transparency, stability, and expertise (...). This theoretical point is supported by the empirical observation that the economic benefits of market opening – in terms of both domestic and international investment – have been greatest in precisely those sectors – financial services and telecommunications – where independent regulators are most prevalent, though the causality is not entirely clear. (...). In its reviews of regulatory quality in 16 countries, the OECD welcomed the move to establish independent bodies since this trend offers great potential in improving regulatory efficiency. Specialised and more autonomous regulators have created important “checks and balances” to match the powers of ministries and interest groups». Si veda anche OECD, *Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation*, Proceedings of an Expert Meeting in London, UK, 10-11 January 2005.

⁴³ Cfr. G. Majone, *Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions*. Working Paper RSC No 96/57, San Domenico di Fiesole, European University Institute, 1996. Particolarmente interessante l'analisi contenuta in S. Battini, G. Vesperini, *L'indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale*, cit., 73, in cui le limitazioni imposte dall'esterno alle autorità domestiche e i vantaggi che a esse ne derivano in termini di maggiori investimenti e crescita economica, vengono lette come ulteriore fondamento di legittimazione delle autorità indipendenti che, essendo poste al di fuori del circuito rappresentativo e non potendo contare su di un fondamento democratico-elettivo, pongono storicamente rilevanti problemi di compatibilità con il principio di legalità.

Il diritto amministrativo globale, dunque, utilizza un variegato strumentario giuridico, dalle norme adottate in sede WTO, per il momento cogenti solo nel settore delle telecomunicazioni, al *soft law*, ai meccanismi di assistenza tecnica elaborati dal FMI e dalla *World Bank*, per sollecitare, o di fatto imporre, l'indipendenza dei regolatori e in tal modo promuovere la concorrenza e proteggere gli interessi delle imprese estere.

Deve tuttavia segnalarsi come l'indipendenza, seppur tipica di numerosi sistemi regolatori nazionali, assuma nell'arena pubblica globale un ruolo diverso e ulteriore. La separazione tra regolatore e regolati, infatti, si trasforma da principio fondamentale nella gestione dei servizi pubblici nazionali, in un «general requirement throughout the administrative system»⁴⁴.

Quanto al contenuto del concetto di indipendenza, occorre evidenziare come questa sia quasi sempre declinata a livello globale in termini di neutralità e imparzialità rispetto a tutti gli operatori economici, al fine di evitare l'insorgere di conflitti di interesse. Quasi mai essa è invece intesa quale autonomia e separatezza rispetto all'apparato amministrativo tradizionale, come il *Reference Paper* sulle telecomunicazioni testimonia⁴⁵. Si palesa, dunque, un'evidente deferenza rispetto alle scelte degli ordinamenti interni, con la conseguenza che il concetto di neutralità dovrà essere "riempito" (anche dalla giurisprudenza del WTO) sulla base delle tradizioni giuridiche dei singoli Stati membri i quali, generalmente, prevedono requisiti stringenti in tema di nomine dei vertici, durata del

Una giustificazione basata sul «*trade off* democrazia/sviluppo economico», dal momento che le autorità nazionali accettano le limitazioni imposte dall'esterno al fine di ottenere maggiore credibilità e stabilità, legate all'azione di soggetti tecnici scelti per la loro *expertise* (e non per appartenenza politica), che effettueranno scelte di lungo periodo non condizionate dai cicli elettorali (come quelle degli esecutivi).

⁴⁴ In questi termini, B. Cimino, *Reasonableness, Impartiality, Objectiveness and Participation: the Gats standards*, in S. Battini, G. Vesperini (ed.), *Global and European Constraints Upon National Right to Regulate: the Services Sector*, 2008, 23, disponibile al sito web del *Social Science Research Network* all'indirizzo: <http://ssrn.com/abstract=1099844>.

⁴⁵ In alcuni strumenti di *soft law*, tuttavia, la separazione tra gli apparati ministeriali e l'autorità viene indicata quale carattere tipico del concetto di indipendenza. In questo senso si veda, sempre in riferimento al settore delle comunicazioni elettroniche, OECD, Working Party on Telecommunication and Information Services Policies, *Telecommunications Regulations: Institutional Structures And Responsibilities*, Dst/Iccp/Tisp(99)15/Final, Dist. 26 May 2000, in cui si legge: «In theory, the independence can be strengthened if: – The regulator is structurally separate from the Ministry. – The head of the regulatory body is appointed by the head of the Government (i.e. President or Prime Minister) with the approval of the legislative body. – The regulator is headed not by a single person (e.g. a director general) but by a collegiate body (e.g. a commission) which has several commissioners with guaranteed fixed staggered terms. – The regulator reports to a body, which does not make policy decisions in the sector. – Only the courts can overturn the decisions of the regulatory body. – The regulator has autonomy to recruit its employees and to make personnel changes. As mentioned before, it is very important to have a regulatory body independent from all interested parties in order to ensure fair and transparent competition in the marketplace» (14).

mandato, competenza professionale e tecnica dei membri, autonomia finanziaria, limiti alle “porte girevoli” tra mondo imprenditoriale e autorità di regolazione⁴⁶.

Da questo punto di vista, allora, occorre verificare quanto gli ordinamenti giuridici domestici, e in particolare gli Stati Uniti o l’Unione europea, con i loro sistemi di regole e procedure, siano in grado di influenzare e “plasmare” i confini della nozione di indipendenza oggetto dei numerosi riferimenti da parte del *global administrative law*. L’indipendenza di cui godono le *independent commissions* statunitensi, infatti, seppur generalmente avvicinabile a quella prescritta dai singoli Stati europei, presenta delle caratteristiche peculiari che non permettono una completa sovrapponibilità tra i diversi schemi. Ciò vale, a maggior ragione, per le “nuove” agenzie e autorità istituite dall’Unione europea nei settori della vigilanza microprudenziale, delle telecomunicazioni e dell’energia⁴⁷.

L’indipendenza accolta nel diritto globale e, a “cascata” fatta penetrare nei singoli ordinamenti nazionali, come vedremo, appare più vicina alla nozione statunitense che a quella caratterizzante le singole esperienze continentali.

L’assenza quasi completa di riferimenti alla separatezza istituzionale tra autorità indipendente e pubblica amministrazione tradizionale, infatti, avvicina maggiormente questo schema organizzativo alla «quasi-indipendenza» rispetto al Presidente che contraddistingue molte delle commissioni federali statunitensi, create non tanto (o non solo), per essere separate dall’esecutivo nella loro attività di regolazione, quanto per assicurare un equo bilanciamento politico tra i due maggiori partiti politici presenti nel sistema politico bipolare americano, nell’ambito di una attività di regolazione esente da conflitti di interesse con il mondo delle imprese private⁴⁸.

⁴⁶ Così, B. Cimino, *op. cit.*, 72-73.

⁴⁷ Sui caratteri delle autorità amministrative indipendenti negli USA e in Europa si tornerà nel prossimo capitolo.

⁴⁸ Così, M. Shapiro, “*Deliberative, “Independent” Technocracy v. Democratic Politics: Will the Globe Echo the E.U.?*”, in *Law & Contemp. Probs.*, 68, 2004-2005, 352-353, che afferma come la “quasi-indipendenza” delle *agencies* americane sia frutto non del disegno del legislatore federale, bensì di importanti decisioni della Corte Suprema. Quanto alla proliferazione delle autorità indipendenti, l’A. sostiene che tale processo rappresenta un «appealing mode of moving toward technocracy, with a sop to national interest and the promise of neutrality among national interests. (...) This would led to a proliferation of independent agencies, creating both severe problems of coordination and extreme diffusion of authority, which in turn would render any sort of democratic accountability even more difficult». Sull’influenza degli Stati Uniti all’interno del *legal framework* del WTO si veda R. B. Stewart, *U.S. Administrative Law: A Model For Global Administrative Law?*, in *Law & Contemp. Probs.*, 68, 2004-2005, 63 ss.

1.2. Il contesto europeo: le *authorities* nazionali come “creazione” del diritto comunitario

La spinta del diritto europeo è stata indubbiamente determinante nell'affermazione continentale del modello delle autorità indipendenti. A partire dalla metà degli anni Novanta dello scorso secolo, infatti, regolamenti e direttive hanno individuato nella creazione del mercato unico, e nei principi della concorrenza, valori da tutelare in maniera primaria, con un netto *favor* nei confronti di forme di regolazione affidate a soggetti autonomi dal potere politico⁴⁹.

La funzione delle autorità di regolazione nel contesto europeo consiste nel mantenere effettiva la concorrenza o crearne i presupposti nel caso la stessa non ci sia, attraverso la «determinazione autoritativa delle parità delle armi fra i contendenti»⁵⁰, in maniera tale da proteggere categorie di interessi collettivi potenzialmente in pericolo⁵¹. La diffusione delle autorità indipendenti, in questo senso, impedisce (o almeno dovrebbe) che le autorità politiche nazionali riescano a influire profondamente sull'applicazione del diritto europeo all'interno dei mercati regolati⁵² e, allo stesso tempo, permette la diffusione e l'emersione a livello comunitario di culture professionali, modelli istituzionali e strumenti operativi uniformi⁵³.

Nella proliferazione dei regolatori indipendenti negli ordinamenti degli Stati membri, allora, «all'influenza indiretta esercitata dal modello anglosassone, si aggiunge l'incidenza

⁴⁹ Cfr. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 2012. G. Amato, *Le autorità indipendenti nella Costituzione economica*, in AA. VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1997, 16, sinteticamente definisce le autorità amministrative indipendenti come «enti od organi pubblici dotati di sostanziale indipendenza dal Governo, caratterizzati da autonomia organizzatoria, finanziaria e contabile e dalla mancanza di controlli e di soggezione al potere di direttiva dell'esecutivo, forniti di garanzia di autonomia nella nomina, nei requisiti soggettivi e nella durata delle cariche dei vertici ed aventi funzione tutoria di interessi costituzionali in campi socialmente rilevanti».

⁵⁰ Così, F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., 25; M. D'Alberti, *Il valore dell'indipendenza*, cit., 14, parla di “contraddittorio economico”.

⁵¹ Cfr. M. D'Alberti, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. Giur.*, vol. IV, Roma, 1997, 1.

⁵² Sulle differenze e peculiarità statali che comunque permangono nel processo di integrazione comunitaria della disciplina dei servizi si veda F. Giglioni, *Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento*, Pisa, Edizioni ETS, 2012.

⁵³ Cfr. L. Torchia, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, 7, Relazione svolta al convegno su “Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati”, il 28 febbraio 2013 presso il Consiglio di Stato. Le autorità indipendenti, inoltre, «traggono dalla dimensione europea un ulteriore fattore di legittimazione, che si rafforza tanto più quanto più i regolatori nazionali si organizzano in reti europee, che consentono una continua interazione non solo fra il livello europeo e il livello nazionale, ma anche fra i diversi ordinamenti nazionali, con lo sviluppo di forme e strumenti di collaborazione orizzontali».

più evidente della costruzione europea»⁵⁴. Se negli Stati Uniti lo sviluppo istituzionale delle autorità coincide con un'espansione dell'amministrazione e dell'interventismo dello Stato in economia, nel contesto europeo esse rappresentano proprio il sintomo più evidente di un vero e proprio arretramento dello "Stato imprenditore"⁵⁵.

Le autorità indipendenti vengono istituite in settori "sensibili"⁵⁶ come i mercati finanziari e bancari, le telecomunicazioni, la protezione della *privacy* e della concorrenza, in cui particolarmente elevata è l'esigenza di assicurare un intervento pubblico imparziale, in grado di garantire una tutela adeguata a diritti e libertà fondamentali particolarmente esposti a lesioni provenienti sia dal potere politico, sia dalle forze economiche che operano nel mercato⁵⁷. In altri ambiti, come quello energetico o dei trasporti, invece, prevale la necessità di una regolazione delle attività economiche al passo con la complessità tecnica della materia, emergendo un atteggiamento di sfiducia nei confronti del sistema amministrativo e burocratico tradizionale, considerato inidoneo a svolgere determinate funzioni di particolare complessità⁵⁸.

Il fenomeno delle autorità indipendenti di regolazione si inserisce all'interno dei processi di privatizzazione e di liberalizzazione che hanno interessato i mercati continentali a partire dalla metà degli anni Novanta, soprattutto grazie alla spinta del diritto dell'Unione europea. Le *authorities* rappresentano, cioè, uno dei risultati più evidenti e significativi del trasformarsi del ruolo dello Stato in economia, che da "imprenditore" assume le vesti del "regolatore"⁵⁹.

⁵⁴ J. L. Autin, *I profili storici delle Autorità Amministrative Indipendenti*, in V. Pepe, L. Coltella (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti nella comparazione giuridica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, 13.

⁵⁵ *Ibidem*, 14; cfr. S. Cassese, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., 217-224.

⁵⁶ Cfr. N. Longobardi, *Le amministrazioni indipendenti: profili introduttivi*, in AA.VV., *Scritti per M. Nigro*, II, Milano, Giuffrè, 187, che definisce "sensibili" quei settori economici «nei quali le esigenze di protezione delle libertà e di regolazione sociale appaiono indissociabili e la loro armonizzazione presenta un elevato grado di complessità».

⁵⁷ Cfr. A. Massera, *La crisi del sistema ministeriale e lo sviluppo degli enti pubblici e delle autorità amministrative indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, Bologna, Il Mulino, 1994, 39.

⁵⁸ A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, Passagli, 1997, parla di «fuga dall'amministrazione».

⁵⁹ M. S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1989, 323-324, sottolinea come tali classificazioni debbano necessariamente essere utilizzate con cautela e senza pretese definitorie assolute. Infatti, lo stesso concetto di Stato interventista «non significa niente, se lo si intende in senso assoluto, di organizzazione statale la quale "interviene" nell'economia, perché da sempre (...) esistono "interventi" nell'economia, ossia anche negli ordinamenti generali pre-statali. (...) Or lo Stato pluriclasse non è che interviene nell'economia, quasi fosse un operatore esterno, bensì governa e amministra l'economia (...). Stato interventista è perciò nozione priva di validità scientifica, anche se sovente usata, sia pure a fini puramente descrittivi (...)». Nello stesso senso, ma molti anni prima, M. S. Giannini, *Sull'azione dei pubblici*

Lo Stato rinuncia a disciplinare in via autoritativa ogni singolo comportamento del mercato attraverso un'attività dirigitica, realizzata tramite atti normativi e amministrativi diretti a conformare le condotte degli operatori economici (attraverso politiche di contingentamento del numero di soggetti abilitati a operare su un mercato, di determinazione delle tariffe di un servizio o delle modalità di erogazione dello stesso, *etc.*). Ciò non significa, tuttavia, che i pubblici poteri abbandonino l'idea di una regolazione giuridica dell'economia e lascino il mercato in balia di se stesso.

Il potere pubblico statale riforma i canoni della propria azione e sostituisce a un'attività di pianificazione e gestione finalistica del fenomeno economico, basata sull'imposizione dall'alto degli obiettivi che i privati avrebbero dovuto raggiungere, una regolazione condizionale⁶⁰, che si limita a stabilire alcune regole generali di condotta, volte a garantire il perseguimento degli interessi dei medesimi operatori pubblici o privati (assicurandone l'uguaglianza), dei consumatori e, infine, del mercato stesso, attraverso la riduzione di inefficienze e sprechi⁶¹.

La concezione dello "Stato interventista" o "gestore", prevalsa in Europa dal dopoguerra fino agli anni Ottanta, si fondava su un ruolo attivo e preponderante dei pubblici poteri nella determinazione di regole di condotta nei confronti del mercato,

poteri nel campo dell'economia, in *Riv. dir. comm.*, I, 1959, 313 ss., in cui l'A. parla di «piramidi verbali che, come pure sappiamo da lungo tempo, costituiscono lo scotto che la speculazione economicistica deve necessariamente pagare, poichè più di ogni altra soggiace all'insidia della parateoresi». L. Torchia, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, intervento svolto al convegno *Sistema dei controlli e diritto dell'impresa. Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi*, Roma, 22 marzo 2011, evidenzia come il tema dell'intervento pubblico in economia debba essere affrontato rifuggendo una lettura dicotomica tra Stato e mercato, basata sulla reciproca e assoluta irriducibilità, dal momento che un tale approccio sconta «una tendenza a fondarsi più sulla prospettazione di schemi precettivi e interpretativi che non sui risultati dell'esperienza reale e porta, anzi, spesso a leggere la realtà seguendo la deformazione propria della dicotomia, accentuando di volta in volta il peso dei fallimenti dello Stato o il peso dei fallimenti del mercato». Sul punto si veda anche A. Police, *Inefficienza dell'ordine naturale del mercato e politicità dell'ordine giuridico*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, vol. II, 1026 ss.

⁶⁰ Si è parlato, per definire tale nuovo approccio dello Stato in economia, di *re-regulation*. Cfr. A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, cit. 49 ss.

⁶¹ Così L. Torchia, *La nuova Costituzione economica*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, Bologna, Il Mulino, 1994, 122, secondo cui «si assiste al passaggio dalla regolazione "di risultato" alla regolazione "di processo": dell'attività economica privata non viene più tanto in rilievo l'esito, quanto i modi di svolgimento». Sempre L. Torchia, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, cit., 9, afferma che «nel diritto pubblico emerge una nuova conformazione dell'interesse pubblico. Quest'ultimo non sempre e non necessariamente coincide più con uno specifico fine, individuato, determinato e fatto oggetto di una *policy* (tipicamente: lo sviluppo di un settore industriale, la creazione di posti di lavoro in una specifica area territoriale). L'ordinamento può, invece, qualificare come interesse pubblico il mantenimento di un determinato equilibrio: nella concorrenza fra operatori economici, di disponibilità delle informazioni fra venditore e compratore, nell'appostamento di garanzie fronte dell'assunzione di rischi».

considerato incapace di raggiungere gli obiettivi di allocazione delle risorse e di massimizzazione del benessere per i consumatori e per la collettività⁶².

L'intervento pubblico tradizionale nei processi economici si traduceva, dunque, nell'esercizio di stringenti poteri conformativi nei confronti dei soggetti attivi nel mercato, nonché nello svolgimento diretto di attività economiche attraverso lo strumento dell'impresa statale, soprattutto nel campo dei servizi di pubblica utilità (elettricità, ferrovie, servizi telefonici) che, di per sé, possiedono i caratteri tipici dei monopoli naturali, più adatti alla presenza di un solo produttore, piuttosto che alla concorrenza di più imprese⁶³.

Il mercato era considerato utile esclusivamente alla fornitura delle risorse necessarie a sostenere i costi delle imponenti politiche pubbliche, e «qualunque prova di fallimento del mercato stesso veniva considerata sufficiente per giustificare l'intervento dello Stato, spesso nella forma altamente intrusiva dell'allocazione centralizzata del capitale e della nazionalizzazione di settori chiave dell'economia»⁶⁴.

Questo assetto entra in crisi a causa dell'azione congiunta di due fattori. In primo luogo, le ingenti spese destinate al finanziamento delle attività economiche dello Stato (dirette o indirette, come nel caso del ripianamento con fondi erariali dei bilanci in perdita delle società partecipate dallo Stato) avevano determinato un aumento esponenziale della spesa pubblica. L'elefantiasi degli apparati amministrativi si dimostrava, inoltre, fonte di inefficienza e di peggioramento qualitativo dei servizi pubblici. Si rese necessario, allora,

⁶² Cfr. M. Sebastiani, *Le radici dell'intervento pubblico sui mercati fra regolamentazione e antitrust*, in D. Iacovone, *I servizi di pubblica utilità tra Stato, mercato, regolatore e consumatore*, Bologna, Il Mulino, 2014, 16.

⁶³ In Italia nel concetto di "impresa pubblica" sono state tradizionalmente ricomprese tre diverse modalità di intervento da parte dei pubblici poteri: le "imprese organo" (organi tecnico-aziendali senza personalità giuridica costituiti dallo Stato o da un ente locale per lo svolgimento di attività di impresa con più o meno ampia autonomia gestionale), gli "enti imprese" (enti pubblici economici che svolgevano esclusivamente attività imprenditoriale, secondo moduli privatistici) e le società a partecipazione pubblica (spesso indiretta, caratterizzata dalla presenza di un ente pubblico inserito nel sistema piramidale al cui vertice era posto il Ministero delle partecipazioni statali). Sul punto si vedano, tra gli altri, M. S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, cit.; G. Di Plinio, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1998; E. Cardì, *Mercati e istituzioni in Italia: diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2005; E. Freni, *Le privatizzazioni*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, cit., 239 ss. In tema di intervento dei pubblici poteri nell'economia italiana si vedano, senza alcuna pretesa di esaustività, M. S. Giannini, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, cit., 313 ss.; A. M. Sandulli, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Iustitia*, 1977, 147 ss.; F. A. Roversi Monaco, *L'attività economica pubblica*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, diretto da F. Galgano, I, Padova, Cedam, 1977, 385 ss.; P. De Carli, *Costituzione e attività economiche*, Padova, Cedam, 1978; G. Petrilli, *Lo Stato imprenditore*, Bologna, Il Mulino, 1967. Una puntuale ricostruzione delle origini e delle trasformazioni dei servizi pubblici in Italia è contenuta in G. Napolitano, *I servizi pubblici*, in S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, cit., 131 ss. e in S. Cassese, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Econ. pubbl.*, 1996, 5 ss. Per un'analisi comparata, W. Friedman, J. Garner, *Government enterprises. A comparative study*, London, Stevens & sons, 1970.

⁶⁴ Così, A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000, 16.

imboccare la strada delle privatizzazioni degli enti e delle società in mano allo Stato per dare respiro ai bilanci in perdita e ripianare il debito pubblico⁶⁵.

L'inefficienza dell'attività imprenditoriale dei soggetti pubblici, che si traduceva quasi sempre in un'attività erogazione volta a soddisfare bisogni di carattere collettivo, era dovuta fondamentalmente all'incapacità di coniugare una gestione improntata a criteri di economicità, efficienza e crescita economica, con i fini "sociali" che lo Stato si proponeva di raggiungere in un determinato momento storico⁶⁶. Ai *market failures*, cui l'intervento pubblico in economia avrebbe dovuto porre rimedio (assenza di concorrenza, esternalità negative, informazione asimmetrica), si sostituiscono in questa fase i "fallimenti dello Stato", il cui interventismo si dimostrava altrettanto incapace di raggiungere gli obiettivi sociali ed economici prefissati⁶⁷.

⁶⁵ G. Majone, A. La Spina, *Lo Stato regolatore*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 4, 1991, parlano di «sovraccarico» dei pubblici apparati. Le privatizzazioni possono essere di due tipi: trasformazione di un ente pubblico in una società per azioni ancora sottoposta al controllo pubblico (privatizzazione formale); cessione del controllo azionario della stessa società a un soggetto privato (privatizzazione sostanziale). Normalmente la prima forma di privatizzazione dovrebbe essere prodromica alla seconda. Cfr. E. Freni, *op. cit.*, 239. Sulle privatizzazioni la letteratura è sterminata. Senza alcuna pretesa di esaustività si vedano, S. Cassese, *Le privatizzazioni in Italia*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 1988, 32 ss.; *Id*, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 1991, 378 ss.; F. Garri, *L'alienazione dei beni della pubblica amministrazione. Le tematiche giuridiche*, in *La finanza locale*, 6, 1993, 785 ss.; P. G. Marchetti (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia*, Milano, Giuffrè, 1995. La crisi e il superamento del c.d. "consenso keynesiano" – legato alla diffusione e affermazione in quasi tutti i Paesi occidentali di politiche macroeconomiche fondate sul pensiero dell'economista britannico John Maynard Keynes e, dunque, su un deciso interventismo statale in economia volto a correggere i difetti di un'insufficiente domanda aggregata e ad aumentare così l'occupazione – ha comportato la riscoperta a livello politico e accademico degli economisti della "scuola austriaca", come Friedrich von Hayek e Ludwig von Mises, e l'affermarsi di un approccio atto a valorizzare l'autonomia delle forze del mercato rispetto a un interventismo pubblico non più sostenibile (negli anni Settanta, infatti, l'enorme spesa pubblica aveva comportato ovunque elevatissimi livelli di inflazione e debito pubblico). Tale impostazione fu seguita e predicata soprattutto dalla "scuola di Chicago" guidata da Milton Friedman. Le teorie neoliberiste hanno dunque assunto un ruolo egemone, diffondendosi, anche grazie all'azione del Fondo monetario internazionale e della Banca mondiale, trovando riconoscimento e applicazione da parte sia delle forze conservatrici, sia di quelle più progressiste. Sul punto si veda H. Landreth, D. C. Colander, *Storia del pensiero economico*, Bologna, Il Mulino, 1996, 653 ss. Sui rapporti tra intervento statale in economia e libertà economica privata cfr. P. Lazzara, *Istituzioni pubbliche, autonomia privata e mercato nella lezione di Salvatore Romano* in *I maestri del Diritto Civile "Salvatore Romano"*, G. Furguele (a cura di), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, 333 ss.

⁶⁶ Cfr. D. Crocco, *op. cit.*, 16, il quale, a proposito delle "crisi" dello Stato imprenditore parla di una «impossibilità dei pubblici poteri di mediare, in maniera adeguata, tra le scelte di politica economica frutto delle teorie keynesiane e le istanze di sempre maggiore competenze specialistica ed estraneità nell'esercizio di una rinnovata funzione di regolazione del mercato e di quegli interessi che in esso sono in gioco».

⁶⁷ G. Majone, A. La spina, *Lo Stato regolatore*, *cit.*, 19 affermano che la crisi dello Stato gestore non debba essere letta esclusivamente sotto la lente di ingrandimento dell'efficienza produttiva, ma debba essere piuttosto interpretata come «crisi di una particolare modalità di regolazione dell'economia. L'impresa pubblica non solo ha ridotto le capacità politico-economiche dello Stato, ma ha anche interrotto un processo di apprendimento nelle politiche pubbliche, che avrebbe potuto produrre, mezzo secolo fa, il tipo di istituzioni regolative che soltanto oggi l'Europa sta tentando di sviluppare». L'esempio è quello dei *tribunals* britannici (si pensi alla *Railway Commission* del 1873) che erano dotati di poteri di controllo di specifici settori industriali, anche se con caratteri maggiormente simili a organismi giudiziari che a vere e proprie autorità indipendenti di regolazione.

Il fenomeno che ha contribuito maggiormente alla “ritirata” dello Stato dalla gestione diretta di interi settori produttivi deve però identificarsi nel processo di integrazione europea, che ha visto nella liberalizzazione dei mercati, nella concorrenza e nella libertà di accesso ai settori produttivi senza discriminazioni basate sulla provenienza territoriale degli operatori economici, la strada più rapida per la creazione e il consolidamento di un mercato interno fondato sulle quattro libertà di circolazione (delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali), soprattutto nel campo dei servizi pubblici⁶⁸.

In quest’ultimo settore, gli interventi comunitari di liberalizzazione dei mercati sono stati realizzati sulla base dell’art. 114 TFUE⁶⁹, in modo da condurre alla creazione di una disciplina generale e uniforme a livello europeo che ruotasse intorno alla libertà di entrata in settori prima riservati, indipendentemente dalla natura pubblica o privata degli operatori. Si accoglieva così una concezione “oggettiva” di servizio pubblico, basata non sulla natura statale del soggetto gestore, ma sul tipo di attività svolta.

La necessità di determinare regole di comportamento neutrali per tutti i soggetti economici, soprattutto in quei settori precedentemente caratterizzati da una situazione di monopolio pubblico, ha reso indispensabile che tale funzione regolatrice “nuova” venisse esercitata da soggetti altrettanto originali, distinti rispetto all’organizzazione amministrativa tradizionale, autonomi da quest’ultima e indifferenti a qualunque pressione proveniente dal mercato o dalla politica⁷⁰.

Soggetti che garantiscano, da un lato, il rispetto delle stesse direttive europee di liberalizzazione da parte delle imprese operanti nel mercato e che queste non pongano in essere condotte anticoncorrenziali atte a impedire l’ingresso nel mercato da parte di potenziali *competitors*; dall’altro, che il mercato rimanga effettivamente concorrenziale e accessibile a tutti, soprattutto quando nello stesso sia presente lo stesso *ex monopolista*

⁶⁸ G. Napolitano, *I servizi pubblici*, cit., 135, sottolinea come, paradossalmente, per anni i regimi di riserva legale a favore dello Stato fossero stati giustificati proprio facendo leva su due principi affermati dagli stessi trattati europei: l’irrelevanza del regime pubblico o privato della proprietà delle imprese quanto all’applicazione del diritto comunitario e la possibilità di derogare alle regole della concorrenza a favore di quei soggetti incaricati di una *mission* di interesse economico generale.

⁶⁹ Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), art. 114, c. 1: «Salvo che i trattati non dispongano diversamente, si applicano le disposizioni seguenti per la realizzazione degli obiettivi dell’articolo 26. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione col Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l’instaurazione e il funzionamento del mercato interno».

⁷⁰ A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, cit., 33, sinteticamente definiscono lo Stato regolatore come uno Stato che «non solo interviene per lo più tramite regole, ma anche, più specificamente, come uno Stato che, nel farsi carico di tale compito, tende ad avvalersi di AR (autorità regolative), lì dove possibile e opportuno». Si veda *infra*, Cap. II, par. 2.

(c.d. *incumbent*, il quale spesso mantiene il controllo e la gestione delle reti infrastrutturali necessarie per l'erogazione di un servizio), che potrebbe rapidamente riassumere una posizione di dominanza sul comparto grazie al proprio perdurante potere di mercato⁷¹.

La neutralità del soggetto incaricato di “regolare” il mercato nei confronti di tutti gli interessi in gioco, dunque, diventa un carattere obbligato soprattutto nei settori in cui, nonostante i processi di privatizzazione, continui a operare un'impresa pubblica. Il diritto europeo, infatti, impone l'apertura dei mercati alla concorrenza e ai capitali privati, ma non impedisce che all'interno degli stessi continuino a operare società controllate da soggetti pubblici. Il principio è quello dell'irrelevanza della proprietà pubblica o privata di un soggetto attivo sul mercato: tutti gli operatori economici devono rispettare le norme poste a tutela della concorrenza, indipendentemente dal proprio assetto proprietario.

Se fosse lo Stato, al tempo stesso imprenditore e controllore, con i suoi apparati burocratici, a dettare le regole del gioco e a vigilare sul loro rispetto, si creerebbe una palese situazione di conflitto d'interessi⁷². Il principio dell'indipendenza istituzionale e funzionale del regolatore rispetto sia agli attori del mercato sia alle autorità politiche, finisce così per essere imposto, attraverso formulazioni letterali differenti ma sostanzialmente equivalenti, dal diritto europeo in molti settori, economici e non⁷³.

La direttiva quadro in materia di comunicazioni elettroniche, per esempio, afferma che «[i]n conformità al principio della separazione delle funzioni di regolamentazione dalle funzioni operative, gli Stati membri sono tenuti a garantire l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione in modo da assicurare l'imparzialità delle loro decisioni. Il requisito dell'indipendenza lascia impregiudicata l'autonomia istituzionale e gli obblighi costituzionali degli Stati membri, come pure il principio della neutralità rispetto alla normativa sul regime di proprietà esistente negli Stati membri sancito nell'articolo 295 del trattato»⁷⁴. La direttiva prevede, inoltre, che gli Stati membri garantiscano l'indipendenza delle autorità di regolazione assicurandone la separazione giuridica e l'autonomia

⁷¹ L. Torchia, *La regolazione indipendente nell'ordinamento europeo: i nuovi organismi di settore*, in P. Bilancia (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, Giuffrè, 2012, 258-259.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Cfr. S. Battini, G. Vesperini, *L'indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale*, cit., 68.

⁷⁴ Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), considerando n. 11. È inoltre previsto che «[l]e autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero essere dotate di tutte le risorse necessarie, sul piano del personale, delle competenze e dei mezzi finanziari, per l'assolvimento dei compiti loro assegnati».

funzionale rispetto a tutti gli organismi fornitori di reti o servizi di comunicazione elettronica, mentre «[g]li Stati membri che mantengono la proprietà o il controllo di imprese che forniscono reti e/o servizi di comunicazione elettronica provvedono alla piena ed effettiva separazione strutturale delle funzioni di regolamentazione dalle attività inerenti alla proprietà o al controllo»⁷⁵.

In materia di energia elettrica, invece, è previsto che gli Stati designino «uno o più organismi competenti con la funzione di autorità di regolamentazione. Tali autorità sono pienamente indipendenti dagli interessi dell'industria elettrica. Esse hanno quantomeno il compito, mediante l'applicazione del presente articolo, di assicurare la non discriminazione, l'effettiva concorrenza e l'efficace funzionamento del mercato (...)»⁷⁶. Anche nel settore degli strumenti finanziari il diritto europeo afferma che «[g]li Stati membri dovrebbero avere la facoltà di designare diverse autorità competenti per assicurare l'osservanza degli ampi obblighi previsti dalla presente direttiva. Tali autorità dovrebbero essere di natura pubblica per garantire la loro indipendenza dagli operatori economici ed evitare i conflitti di interesse»⁷⁷.

È un concetto di indipendenza che assume una portata nettamente più ampia di quello fatto proprio dal diritto globale, al di là della minor capacità di quest'ultimo di condizionare gli ordinamenti nazionali. Ciò che risulta centrale, infatti, non è solo assicurare una regolazione imparziale rispetto a tutti gli interessi economici privati (come, ad esempio, per la nozione di indipendenza accolta dal *Reference Paper* WTO sulle telecomunicazioni). È imprescindibile, piuttosto, realizzare le condizioni affinché la predisposizione delle “regole del gioco” possa realmente essere neutrale: garantire che il regolatore sia posto al riparo dal potere di indirizzo dell'esecutivo e dal suo controllo, escluso dal circuito politico-rappresentativo, distinto dalla pubblica amministrazione ministeriale e dal Governo. Solo in questo modo, infatti, sarà possibile assicurare una effettiva parità di trattamento tra le imprese private e quelle ancora in mano pubblica⁷⁸.

⁷⁵ Direttiva 2002/21/CE, art. 3, parr. 2 e 3.

⁷⁶ Direttiva 2003/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, art. 23.

⁷⁷ Direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari, considerando n. 58.

⁷⁸ S. Battini, G. Vesperini, *L'indipendenza del regolatore*, cit., 68.

1.3. Brevi cenni al recente sviluppo di un livello di regolazione indipendente realmente europeo.

Il diritto europeo, come visto, ha imposto l'adozione di modelli di regolazione indipendente agli Stati membri, al fine di tutelare i valori fondamentali della concorrenza e costruire intorno a essa un mercato interno fortemente integrato. Negli ultimi anni, tuttavia, il processo di integrazione amministrativa europea ha effettuato un vero e proprio salto di qualità.

In un primo momento, l'indipendenza istituzionale e operativa del regolatore ha rappresentato un obiettivo da perseguire esclusivamente a livello nazionale, attraverso regolamenti o tramite l'obbligo di recepimento di direttive adottate in numerosi settori. A partire dal 2009 si è invece assistito alla creazione di agenzie e autorità europee la cui indipendenza rispetto alle altre istituzioni comunitarie, ai governi degli Stati membri e ai soggetti regolati, viene per la prima volta sancita direttamente dai rispettivi regolamenti istitutivi.

Tali agenzie, attive nei settori della vigilanza finanziaria (EBA, ESMA, EIOPA), dell'energia elettrica e del gas (ACER) e delle telecomunicazioni (BEREC), nonostante il carattere dell'indipendenza che le connota, non possono però identificarsi completamente con il modello delle autorità amministrative indipendenti affermatosi a livello statale. Al tempo stesso, tuttavia, i rilevanti poteri decisionali e di "quasi-regolazione" di cui sono dotate, nonché le peculiari caratteristiche della loro *governance* (che per la prima volta prevede il coinvolgimento diretto a livello europeo delle autorità indipendenti nazionali con compiti di regolazione e vigilanza), non permettono neanche di assimilarle completamente alle agenzie europee istituite decenni precedenti.

Queste ultime, infatti, sono state equipaggiate con compiti prevalentemente tecnici, da esercitare in funzione "servente" rispetto alla Commissione europea. La nuova "ondata" di agenzie, "ibride" quanto al loro assetto istituzionale e innovative in relazione agli incisivi poteri di cui sono dotate, piuttosto, sembra segnare la creazione di un'embrionale livello di regolazione per la prima volta dichiaratamente indipendente e comunitario⁷⁹.

Questa forte accelerazione al processo di riforma della regolazione dei mercati di settore a livello europeo, attraverso l'istituzione di nuovi e originali regolatori dotati di un particolare *status* di indipendenza e autonomia funzionale, ha come obiettivo una maggiore

⁷⁹ Sulle innovative caratteristiche, sui poteri e sul ruolo dei nuovi organismi europei si rinvia al Cap. II, par. 2.2 ss.

integrazione comunitaria in comparti economici e produttivi considerati strategici⁸⁰. Ma perché, dopo aver sollecitato incisivamente gli Stati membri ad abbracciare il modello dell'autorità amministrativa indipendente, l'Unione europea sceglie di imprimere una netta accelerazione al percorso di "integrazione verticale" e di accentramento delle funzioni di regolazione e vigilanza a livello europeo?

Non si può negare che un ruolo non secondario in questi processi sia stato giocato dalla crisi finanziaria scoppiata nel 2008 negli Stati Uniti a causa del dissesto dei mutui *sub prime* e successivamente divenuta globale, evolvendosi in crisi dell'economia reale prima e dei debiti sovrani, poi. La crisi, infatti, ha indotto a riflettere sul ruolo dello Stato, del mercato e delle stesse autorità indipendenti, soprattutto in Europa. Essa ha rappresentato il frutto di un doppio fallimento: del mercato, che non è stato in grado di autoregolarsi, e della regolazione, incapace di prevenire e in seguito adottare misure di *crisis management* volte a evitare l'assunzione di sempre maggiori rischi sistemici (si pensi alla valutazione del rischio sugli strumenti derivati)⁸¹.

Il rinnovato, seppur temporaneo, interventismo pubblico in economia, attraverso imponenti misure e politiche adottate direttamente dai governi per garantire il salvataggio dei settori bancario, finanziario e assicurativo ed evitare il collasso dei propri sistemi economico-produttivi attraverso interventi diretti sull'economia reale⁸², ha indebolito la

⁸⁰ L. Torchia, *La regolazione indipendente dell'ordinamento europeo: i nuovi organismi di settore*, in P. Bilancia (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, cit., 260, secondo cui l'istituzione dei nuovi regolatori europei rappresenta «un passaggio importante da una regolazione di natura solo funzionale ad una regolazione che comincia a valersi di strutture proprie e autonome». M. S. Righettini, G. Nesti, *Indipendenza e credibilità. Istituzioni, imprese, e consumatori nella regolazione*, Roma, Carocci editore, 2015, 24, sottolinea come l'istituzionalizzazione di questi organismi sovranazionali non sia sempre stata accolta con favore (spesso, anzi, l'atteggiamento è stato di espressa opposizione) dalle autorità statali, preoccupate di perdere la propria discrezionalità regolativa e di mostrarsi deboli nei confronti degli operatori *incumbent nazionali*.

⁸¹ L. Torchia (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, Il Mulino, 2012, 268. I molteplici fattori scatenanti della crisi coinvolgono «una combinazione di errori di politica monetaria e distorsioni regolatorie». Così, R. A. Posner, *La crisi della democrazia capitalista*, Milano, Università Bocconi Editore, 2010. Questi ricomprendono sicuramente la politica monetaria espansiva e incentivante l'acquisto di immobili adottata soprattutto dagli Stati Uniti; il cattivo operato delle agenzie di *rating*; le carenze della teoria economica; l'eccessivo squilibrio tra paesi con elevato disavanzo, con debito eccessivo, e paesi in avanzo di bilancio che hanno immesso sui mercati troppa liquidità; le asimmetrie informative che hanno determinato arbitraggi in favore di alcuni ordinamenti statuali. Cfr. anche J. E. Stiglitz, *Freefall: America, Free Markets, and the Sinking of the World Economy*, New York, W.W. Norton & Company, 2010, in relazione al fallimento della c.d. "autoregolazione" del mercato.

⁸² Tale atteggiamento, ovviamente, non ha riguardato solo i governi europei. Negli Stati Uniti, per esempio, l'*Emergency Economic Stabilization Act* approvato dal Congresso nel 2008 (non senza difficoltà) attribuiva al Segretario del Tesoro il potere di acquistare direttamente titoli "problematici" (o meglio, tossici) legati al rilascio di mutui immobiliari da parte di società finanziarie e istituti bancari (oppure altri strumenti finanziari specificamente indicati dal Segretario del Tesoro, previa autorizzazione del Congresso) aventi sede sul territorio americano, attraverso un imponente stanziamento di fondi da parte del governo federale. In Europa, ai programmi di salvataggio dei sistemi bancari e finanziari (si pensi al *Fonds Stratégique d'Investissement* francese o al *Banking Bill* approvato nel Regno Unito che, con alcune differenze dovute al

fiducia nella concorrenza, quale fattore indispensabile per favorire la crescita della produttività e dell'occupazione, aumentando invece la richiesta di interventi pubblici diretti per sostenere le imprese in crisi.

Lo spazio per la regolazione indipendente sembrava allora essersi ridotto: nel momento in cui svanisce ogni fiducia nelle capacità allocative del mercato, l'unico soggetto in grado di "salvare"⁸³ il sistema viene individuato nel potere politico tradizionale e nella sua ampia discrezionalità di intervento⁸⁴. Se i regolatori indipendenti nascono proprio per risolvere i fallimenti del mercato riducendo lo spazio della politica, naturalmente soggetta ai condizionamenti dei cicli elettorali, «rimettendo i processi di determinazione delle regole a burocrazie pubbliche caratterizzate da indipendenza e competenza tecnica, capaci altresì d'assicurare una funzione para-giurisdizionale nell'applicazione delle regole medesime»⁸⁵, allora gli interrogativi sollevati dalla crisi sul ruolo, la legittimazione teorica, ma anche l'utilità effettiva delle autorità indipendenti, si presentano come del tutto legittimi.

La crisi, dunque, mettendo in discussione l'assetto della regolazione così come si era strutturato nel tempo, rende nuovamente attuale la necessità di riformarne i paradigmi, aggiornandolo in modo da seguire l'evoluzione dei mercati e prevenirne i fallimenti. La creazione di nuovi regolatori dotati di poteri innovativi nel panorama europeo e la diversa distribuzione delle competenze e delle attribuzioni tra questi ultimi i regolatori nazionali, si iscrive in questo complesso quadro⁸⁶.

diverso sistema bancario, ripercorreva le orme dei provvedimenti statunitensi di risanamento del settore creditizio) si sono accompagnati a incentivi della produzione industriale e a programmi di aiuti "a pioggia" sia alle famiglie (tipici i c.d. "bonus bebè"), sia alle imprese (soprattutto in determinati settori produttivi, come quello automobilistico, e attraverso adeguate politiche di detrazione o riduzione fiscale generalmente a breve termine).

⁸³ Per utilizzare le parole di G. Napolitano, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 11, 2008, 1083 ss. Si veda anche *Id.*, *L'assistenza finanziaria europea e lo Stato «co-assicuratore»*, in *Giorn. dir. amm.*, 10, 2010, 1085 ss.

⁸⁴ Cfr. G. Napolitano, A. Zoppini, *Le autorità al tempo della crisi*, Bologna, Il Mulino, 2009, 26.

⁸⁵ *Ibidem*, 20.

⁸⁶ Cfr. L. Torchia, *I poteri di regolazione e di controllo delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari nella nuova disciplina europea*, Relazione svolta al Convegno per i 60 anni della Rivista delle società su "Regole del mercato e mercato delle regole: Il diritto societario e il ruolo del legislatore", Venezia, 13-14 novembre 2015, 2, che evidenzia come «[u]n effetto comune alle crisi economiche (...) è la ridefinizione dell'ampiezza e della profondità della regolazione e, conseguentemente, del ruolo dei regolatori. Questo effetto comune si declina, però, con caratteristiche diverse per ogni crisi e per ogni periodo storico e deve essere quindi indagato distinguendo fra le misure estemporanee, destinate a scomparire una volta che la crisi si ritenga superata e le misure destinate, invece, a ridefinire l'assetto regolatorio e istituzionale sul medio-lungo periodo: almeno fino alla crisi successiva (...)». Si veda sul punto la comunicazione della Commissione europea del 3 marzo 2010, COM(2010)2020, "Europe 2020. A Strategy for Smart, Sustainable and Inclusive Growth" in cui viene espresso la convinzione che «Economic realities are moving faster than political realities, as we have seen with the global impact of the financial crisis. (...) If we act together, then

Al tempo stesso è anche la dimensione domestica e statale dell'attività di regolazione e supervisione a essere messa in discussione da fenomeni economici e da criticità che presentano carattere globale e che necessitano, dunque, di risposte coordinate a livello sovranazionale. Negli ultimi anni, infatti, è cresciuta la consapevolezza che la regolazione abbia tra i propri compiti maggiori proprio quello di coordinare e integrare (potenzialmente a livello globale) politiche che, se condotte esclusivamente a livello nazionale, non sono in grado di garantire la stabilità e l'efficacia di cui invece necessiterebbero⁸⁷.

Un processo di cambiamento e di accentramento che ha interessato naturalmente la regolazione finanziaria e bancaria europea (considerata la prima colpevole della crisi o quanto meno della sua diffusione sistemica)⁸⁸, nonché quei settori in cui il calo degli investimenti pubblici e privati, i tagli ai posti di lavoro, le numerose cessazioni d'azienda, l'aumento delle possibilità per il crearsi di situazioni oligopolistiche o di monopolio, e l'esigenza di garantire una gestione quanto più neutrale delle reti infrastrutturali, si presentavano come tematiche attuali e pressanti. Tale evoluzione rappresenta, insomma, la risposta al bisogno di garantire una regolazione maggiormente integrata e centralizzata a livello europeo, in grado di dare risposte rapide a criticità di carattere sistemico, favorendo altresì il rafforzamento del mercato unico.

we can fight back and come out of the crisis stronger. We have the new tools and the new ambition». La crisi economico-finanziaria, inoltre, ha stimolato l'adozione di misure definibili di «regolazione *ex post*», intese quali strumenti che intervengono al fine di limitare gli effetti negativi quando la regolazione (*ex ante*, di per sé non in grado di prevedere ed evitare ogni rischio) non abbia prodotto gli effetti sperati. Sul concetto di «regolazione *ex post*» si veda A. Police, *Regolazione ex ante, Public Enforcement ed ordine del mercato "in tempi difficili"*, in G. Colombini, M. Passalacqua (a cura di), *Mercati e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di stato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 29 ss. Una recente misura inquadrabile nella suddetta categoria può essere identificata nel c.d. *bail in*, introdotto dalla Direttiva del Parlamento e del Consiglio n. 2014/59/UE del 15 maggio 2014 che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento. Il meccanismo è volto a garantire che le perdite degli istituti di credito siano sopportate principalmente dal settore privato e non dai contribuenti: il risanamento delle passività e la successiva ricapitalizzazione della banca coinvolta, infatti, devono essere realizzate in prima battuta attraverso risorse interne all'ente stesso, incidendo sul valore dei crediti di alcune categorie di soci, azionisti e creditori.

⁸⁷ N. Longobardi, *Le autorità di regolazione dei mercati nel "tempo della crisi"*, in *Amministrazione in cammino*, disponibile all'indirizzo web: www.amministrazioneincammino.it, 8, afferma che «gli insegnamenti che si traggono dalla crisi globale non si limitano a confermare la necessità di una regolazione pubblica indipendente, inducono a rafforzarla per accrescerne la funzionalità secondo gli indicati criteri di adeguatezza: capacità di seguire l'evoluzione dei mercati e l'innovazione che avviene in essi, in continuo dialogo/confronto con gli operatori economici [...]; capacità di inserirsi autorevolmente in una prospettiva regolatoria sovranazionale, così da attuare le potenzialità di *governance* globale già rivelate dalle autorità indipendenti».

⁸⁸ I regolamenti istitutivi delle tre autorità di vigilanza finanziaria individuano nella gravità della crisi economico-finanziaria e nella frammentarietà del sistema di vigilanza che aveva impedito l'adozione di risposte comuni e uniformi, le ragioni principali a sostegno della nuova disciplina. Si veda per esempio il considerando n. 1 del regolamento n. 1095/2010/UE istitutivo dell'ESMA: «La crisi ha evidenziato gravi lacune in materia di cooperazione, coordinamento, applicazione uniforme del diritto dell'Unione e fiducia fra le autorità nazionali di vigilanza».

1.4. I tentativi di *regulatory cooperation* tra Stati Uniti e Unione europea

La “international regulatory cooperation” ha come obiettivo principale il coordinamento e il raggiungimento di un certo grado di omogeneità tra sistemi giuridici ed economici diversi, attraverso la riduzione o l’eliminazione delle differenze regolatorie inefficienti o comunque non necessarie esistenti tra gli stessi. Il fine ultimo è abbattere le barriere commerciali derivanti, in gran parte, dall’obbligo per gli operatori economici di conformarsi a regole e *standard* differenti a seconda dello Stato in cui un prodotto viene commercializzato.

In questo modo è possibile evitare, o fortemente disincentivare, il fenomeno dell’“arbitraggio regolamentare” e la tendenza degli ordinamenti ad allargare eccessivamente le maglie dei propri sistemi di regole (fiscali *in primis*, ma anche nel campo della regolazione del rischio alimentare o ambientale può esserci la possibilità di una “race to the bottom”) al fine di attrarre investimenti stranieri⁸⁹. Le origini di tali “non-tariff barriers” possono essere molteplici e dipendere da un diverso approccio nella gestione e nella tolleranza dei rischi o, più semplicemente, dall’influenza che considerazioni di ordine politico possono avere sull’attività di regolazione⁹⁰.

Le tecniche attraverso cui si è cercato di ridurre le distanze tra sistemi diversi si sono tradizionalmente fondate sulla ricerca dell’armonizzazione normativa o su meccanismi di mutuo riconoscimento. In base alla prima, regole diverse vengono ricondotte a *best practices* sulle quali gli Stati decidono di comune accordo di convergere, pur senza adottare norme identiche, visto che l’obiettivo primario di questa tecnica risiede nella creazione di tecniche transnazionali di predisposizione di regole e *standard*. Con il mutuo riconoscimento, invece, le norme che disciplinano la produzione di un prodotto in uno Stato sono volontariamente riconosciute come valide da un altro Paese in cui il medesimo bene viene commercializzato, evitando la duplicazione dei processi di certificazione che il produttore deve sostenere.

Quest’attività di cooperazione ha trovato il proprio naturale luogo di realizzazione nelle numerose organizzazioni internazionali che affollano l’arena giuridica globale, in

⁸⁹ O “inter-jurisdictional spillover”. Vedi *supra*, Cap. I, par. 1., nota n. 15.

⁹⁰ Cfr. R. T. Bull, *Developing a Domestic Framework for International Regulatory Cooperation*, in *Law & Contemp. Probs.*, 2015, 55-56. A. Alemanno, J. B. Wiener, *The Future of International Regulatory Cooperation: TTIP as a Learning Process Toward a Global Policy Laboratory*, in *Law & Contemp. Probs.*, 103, 2015, sottolineano come la cooperazione regolatoria possa avere anche effetti negativi sia dal punto di vista dei costi che evidentemente essa comporta, sia perché non è certo che la regola che alla fine verrà adottata sia la migliore possibile. Infatti, «societies face the risk that any regulatory error from his approach would be magnified more than in a world of diverse regulatory approaches».

grado sia di dettare principi regolatori comuni per tutti gli Stati membri, sia di promuovere negoziazioni bilaterali o multilaterali tra i Paesi membri. I risultati cui la *regulatory cooperation* mira possono infatti essere raggiunti anche attraverso la stipulazione di trattati di libero scambio che coinvolgono non singoli Stati, ma intere “regioni” economiche (c.d. “mega-regional agreements”)⁹¹.

Per quanto riguarda i rapporti tra Unione europea e Stati Uniti, la Commissione e le agenzie statunitensi competenti per materia già da lungo tempo hanno intrapreso un percorso di cooperazione e continua consultazione fondato sull’impegno politico, espresso al più alto livello da entrambe le parti, di collaborare attraverso diversi canali per risolvere problemi di interesse comune⁹². Negli ultimi decenni, infatti, l’Unione europea ha saputo affermarsi come «the clearest candidate for partnership with the U.S. in a collaborative rulemaking process»⁹³.

Le istituzioni politiche europee, e i nuovi regolatori creati negli ultimi anni, sono sostanzialmente responsabili della regolazione all’interno di un mercato che presenta le stesse dimensioni economiche e la medesima importanza di quello statunitense, del quale rappresenta il *partner* commerciale più importante⁹⁴. Un’attività di *rulemaking* e di *standard setting*, la loro, che finisce per presentare caratteristiche simili a quella condotta dalle agenzie, amministrative e indipendenti statunitensi, quanto meno dal punto di vista delle questioni affrontate e degli obiettivi perseguiti.

Il *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP) si inserisce all’interno di questo “rapporto privilegiato”. Il TTIP è un progetto di accordo tra Stati Uniti e Unione europea le cui negoziazioni sono iniziate nel 2013. Il trattato ha l’obiettivo principale di eliminare o ridurre per quanto possibile le barriere commerciali alle esportazioni e

⁹¹ Sul punto si veda, J. L. Dunoff, *Mapping a Hidden World of International Regulatory Cooperation*, in *Law & Contemp. Probs.*, 78, 4, 2015.

⁹² Si veda la *Transatlantic Declaration* del 22 novembre 1990, in cui si afferma che gli Stati Uniti e l’Unione europea, compresi gli Stati membri, «will inform and consult each other on important matters of common interest, both political and economic, with a view to bringing their positions as close as possible, without prejudice to their respective independence». La dichiarazione prevedeva: consultazioni biennali tra il Presidente degli Stati Uniti e quelli della Commissione e del Consiglio; consultazioni biennali tra il Segretario di Stato USA e l’Alto rappresentante per la politica estera dell’UE; consultazioni biennali tra la Commissione e il governo statunitense; ulteriori incontri *ad hoc*.

⁹³ G. A. Bermann, *Regulatory Cooperation Between the European Commission and U.S. Administrative Agencies*, in *Admin. L. J. Am. U.*, 9, 1995-1996, 935.

⁹⁴ *Ibidem*. L’A. aggiunge che «[b]ecause European industry is at the same time American industry’s single most important business competitor, regulatory policy in the U.S. and E.C. is a major determinant of those industries’ basic competitiveness».

importazioni tra le due sponde dell'Atlantico⁹⁵. Ulteriore fine del patto sarebbe quello di allineare gli *standard* regolatori europei e statunitensi attraverso l'implementazione degli strumenti di *regulatory cooperation*: dunque, abbattere le c.d. “non-tariff barriers” (NTBs) che rallentano gli scambi economici tra le parti, soprattutto in relazione agli elevati costi che le imprese europee e statunitensi devono sopportare per entrare in un mercato straniero, dovendosi adeguare a regole differenti rispetto a quelle vigenti nel proprio Paese d'origine⁹⁶.

L'accordo dovrebbe contenere a tal fine un “Horizontal Chapter on Regulatory Coherence” che fungerebbe da quadro generale contenente principi e procedure di consultazione, trasparenza e *impact assessment* sulle quali fondare le attività di cooperazione in tutti i settori che abbiano o possano avere un significativo impatto sul commercio e sugli investimenti tra le parti⁹⁷. Per la prima volta, dunque, verrebbe istituito un meccanismo istituzionale, incorporato in un accordo di libero scambio, che avrebbe come obiettivo la creazione di un nuovo modello di integrazione economico-giuridica basata su un'attività di collaborazione e dialogo costanti⁹⁸.

La creazione di un “Regulatory Cooperation Body” (RCB) permanente rappresenterebbe la maggiore innovazione da questo punto di vista⁹⁹. Tale struttura dovrebbe esercitare poteri di monitoraggio sull'attuazione del trattato e dovrebbe autonomamente identificare le aree in cui promuovere una cooperazione normativa e regolatoria ulteriore. Cooperazione che potrebbe essere condotta attraverso diversi strumenti tra i quali armonizzazione e mutuo riconoscimento. Tale organismo, composto da rappresentanti esperti di ambo le parti (sarebbero presenti anche soggetti provenienti

⁹⁵ Per i potenziali effetti economici del TTIP si veda J. Francois, M. Manchin, H. Norberg, O. Pindyuk, P. Tomberger, *Reducing Transatlantic Barriers to Trade and Investment: an Economic Assessment*, Centre for Economic Policy Research, 2013.

⁹⁶ Cfr. R. T. Bull, N. A. Mahboubi, R. B. Stewart, J. B. Wiener, *New Approaches to International Regulatory Cooperation: the Challenge of TTIP and Mega-Regional Trade Agreements*, in *Law & Contemp. Probs.* 78, 2015, 9.

⁹⁷ EU Commission, *EU – US Transatlantic Trade and Investment Partnership. Trade Cross-cutting Disciplines and Institutional Provisions*, Initial Position Paper, 20 June 2013, che definisce l'*Horizontal Chapter* come “a gateway for handling sectorial regulatory issues between the EU and the USA”.

⁹⁸ A. Alemanno, *The Regulatory Cooperation Chapter of the Transatlantic Trade and Investment Partnership: Institutional Structures and Democratic Consequences*, in *Journ. Int. Econ. Law*, 18, 2015, 629.

⁹⁹ Cfr. K. De Gucht, *Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) - Solving the Regulatory Puzzle*, Aspen Institute, Prague Annual Conference (Oct. 10, 2013).

dalle autorità di regolazione), avrebbe inoltre il potere di modificare il TTIP stesso senza la necessità di riaprire i negoziati¹⁰⁰.

Il TTIP potrebbe rappresentare, quindi, un fondamentale laboratorio in cui condividere pratiche di regolazione, promuovere un dialogo bilaterale ed effettuare scelte di armonizzazione e mutuo riconoscimento in relazione a molte regole che abbiano un impatto rilevante tra gli scambi transfrontalieri. Il patto potrebbe rappresentare, in conclusione, un'enorme opportunità per creare una cultura regolatoria comune tra Unione europea e Stati Uniti. Per quanto qui interessa, potrebbe costituire un potenziale fattore di avvicinamento anche tra gli schemi organizzativi e funzionali da adottare nel settore della regolazione indipendente, derivante dalla creazione di un nuovo e originale ordinamento giuridico globale in cui il percorso intrapreso dall'UE con le autorità e agenzie istituite dopo il 2009, verso la creazione di stabili organismi europei di regolazione, potrebbe trovare un canale di sviluppo privilegiato.

A oggi, sebbene i negoziati siano ancora in corso, sembra essere venuta meno la volontà politica¹⁰¹ di sottoscrivere tale accordo. Al netto delle critiche al trattato (mancanza di trasparenza e soprattutto timore, sul versante europeo, di un appiattimento sugli *standard* regolatori statunitensi considerati generalmente meno affidabili e rigorosi), la mancata conclusione del patto rappresenterebbe indubbiamente un'occasione perduta per avvicinare le due maggiori economie mondiali, affermare a livello globale la centralità della *partnership* transatlantica quale alternativa e risposta alle nuove realtà economiche emergenti (in primo luogo Cina e India) ed eliminare molte delle discrepanze regolatorie

¹⁰⁰ Da questo punto di vista il RCB potrebbe seguire l'esempio del *Regulatory Cooperation Council* istituito nel 2011 da Stati Uniti e Canada, in cui operano l'*Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) statunitense e il *Privy Council Office* (che svolge compiti simili in Canada) e che sta tentando di istituzionalizzare un percorso di cooperazione regolatoria tra i due Paesi, avendo già raggiunto discreti risultati.

¹⁰¹ Alcune circostanze hanno indubbiamente influito negativamente sulle concrete possibilità di addivenire, almeno per il momento, alla sottoscrizione dell'accordo. In primo luogo, nel 2016 l'associazione ambientalista Greenpeace Netherlands ha pubblicato 248 pagine dei testi del TTIP allora in fase di negoziazione e che fino a quel momento erano invece rimasti secretati. Dopo questo avvenimento, si è rapidamente diffusa nell'opinione pubblica – soprattutto europea – una generale diffidenza verso le negoziazioni, viste come eccessivamente opache. Cfr. A. Alemanno, *What the TTIP Leaks Mean for the On-going Negotiations and Future Agreement?*, in *Eur. J. Risk Reg.*, 7, 2016, 2. Due ulteriori eventi hanno, infine, inciso sulla sopravvivenza del TTIP: da un lato, l'esito del *referendum* sull'uscita del Regno Unito nell'Unione europea (la c.d. "Brexit"), che ha sollevato dubbi circa il reale interesse politico degli Stati Uniti di stipulare un accordo con l'UE, che non vincolasse tuttavia lo storico *partner* commerciale e politico americano nel Vecchio Continente; dall'altro l'elezione negli U.S. del Presidente Trump, convinto avversario degli accordi transnazionali di libero scambio (nel gennaio 2017, infatti, gli Stati Uniti hanno ritirato la propria adesione al Partnerariato Trans-Pacifico o "TPP", il progetto di trattato di regolamentazione e investimenti che avrebbe dovuto legare 14 Stati dell'area pacifica e asiatica).

che ancora oggi limitano fortemente la possibilità che gli scambi commerciali tra UE e Stati Uniti producano – e distribuiscano – ricchezza.

CAPITOLO II

I CARATTERI DELLA REGOLAZIONE INDIPENDENTE NEGLI STATI UNITI E NELL'UNIONE EUROPEA

1. Le origini delle *Independent Regulatory Commissions*: l'esperienza delle commissioni statali. – 1.1. L'istituzione della *Interstate Commerce Commission*. – 1.2. Dal *New Deal* all'*Administrative Procedure Act* del 1946. – 1.3. Problemi di inquadramento costituzionale: *a headless fourth branch*? – 1.4. La *non delegation doctrine*. – 1.5. L'attività di regolazione delle IRC: le caratteristiche fondamentali dei *rulemaking processes*. – 1.6. L'indipendenza e i rapporti con gli altri poteri: il *Congressional oversight* e l'influenza presidenziale.

2. Il fenomeno delle agenzie europee: origine, sviluppo e affermazione. – 2.1. Dall'amministrazione decentrata ai *networks* di regolatori nazionali. – 2.2. Una nuova fase per la regolazione europea: dalla rete all'"agenzia-rete". Il modello ibrido della *network agency*. – 2.3. La governance multilivello. – 2.4. Il requisito dell'indipendenza. – 2.5. I poteri dei nuovi organismi di settore. Le innovative funzioni di "regolazione". – 2.6. La rilettura della "dottrina Meroni" operata dalla Corte di giustizia: verso la creazione di autorità indipendenti "federali" europee?

1. Le origini delle *Independent Regulatory Commissions*: l'esperienza delle commissioni statali

L'istituzione delle autorità indipendenti di regolazione rappresenta indubbiamente uno dei fenomeni giuridici più interessanti e rilevanti per l'ordinamento degli Stati Uniti d'America. Le *Independent Regulatory Commissions* (o *independent agencies*), infatti, vengono comunemente indicate come primo esempio di autorità amministrative indipendenti e principale archetipo di riferimento per gli organismi indipendenti successivamente affermatasi in altri sistemi giuridici, soprattutto europei.

Esse occupano un posto speciale e per certi versi "ambiguo" all'interno del sistema giuridico e costituzionale americano, senza che alla locuzione "commissioni indipendenti" possa poi riconoscersi un solo significato. Le *commissions*, che generalmente vengono identificate con quelle agenzie che fanno parte dell'apparato amministrativo federale e alle quali sono affidati poteri amministrativi in una posizione di indipendenza rispetto al Presidente e di neutralità rispetto all'oggetto della loro azione regolatrice¹⁰², sono tra loro molto diverse per poteri, ruolo e funzioni. Sono inoltre composte da soggetti che veicolano all'interno di un organo collegiale visioni, conoscenze e *expertise* variegata e, a volte, antitetiche. Le *independent commissions*, nel corso degli ultimi centotrenta anni hanno acquisito una posizione e un peso centrali all'interno della vita pubblica americana, tanto da far parlare di "quarto potere" accanto al legislativo, all'esecutivo e al giudiziario¹⁰³.

Da un punto di vista storico, lo sviluppo della regolazione indipendente negli Stati Uniti fu tuttavia il frutto di esigenze diverse rispetto a quelle che spingeranno anni più tardi gli Stati europei a istituire soggetti tecnici e terzi cui affidare funzioni di regolazione economica e di garanzia nel campo dei servizi pubblici e sociali. Per questo motivo si rende necessaria un'indagine, per quanto necessariamente non esaustiva, circa le radici delle *independent authorities*.

L'istituzione nel 1887 della prima autorità indipendente a livello federale, la *Interstate Commerce Commission*, non rappresenta un evento isolato, né fu il vero primo

¹⁰² La Corte Suprema statunitense, nel caso *Humphrey's Ex'r v. United States*, 295 U.S. 602, 624 (1935), così descriveva le caratteristiche fondamentali di una *Independent Regulatory Commission*: «The commission is to be non-partisan; and it must, from the very nature of its duties, act with entire impartiality. It is charged with the enforcement of no policy except the policy of the law. Its duties are neither political nor executive, but predominantly quasi-judicial and quasi-legislative. (...) Its members are called upon to exercise the trained judgment of a body of experts appointed by law and informed by experience».

¹⁰³ Così, P. Tesaro, *Le Independent Regulatory Commissions*, Napoli, Jovene, 1966, 15.

passo della regolazione nordamericana¹⁰⁴: essa fu, piuttosto, il naturale prodotto di un più ampio movimento sviluppatosi a livello statale circa dalla seconda metà del XIX secolo (in un periodo definito come “Progressive Era”, caratterizzato da una generalizzata richiesta di riforme sociali ed economiche), volto a riconoscere un ruolo più centrale ai pubblici poteri nella disciplina, nella guida e nella promozione delle attività economiche¹⁰⁵. Ciò in opposizione alla dottrina allora dominante del *laissez faire*, che limitava il ruolo del potere pubblico in economia alla protezione della vita dei cittadini, della loro proprietà privata e nel mantenimento di un certo livello minimo dei servizi pubblici¹⁰⁶.

La creazione di autorità indipendenti, dunque, fu un fenomeno inizialmente statale, in seguito preso a modello dall’organizzazione federale nel momento in cui il governo centrale iniziò ad aumentare i propri poteri¹⁰⁷. Il settore maggiormente interessato da questo fenomeno fu quello ferroviario¹⁰⁸, in cui operavano, praticamente in regime di oligopolio, poche compagnie private del tutto libere di praticare le tariffe che ritenessero più opportune e profittevoli. Dopo la guerra civile, l’economia americana, infatti, conobbe

¹⁰⁴ «The independent commission as an organizational form did not emerge full-blown with the passage of the Interstate Commerce Act. Rather, it evolve over the course of several decades, coming to maturity late in the Progressive Era». Così, M. A. Eisner, *Regulatory Politics in Transit*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1993, 48.

¹⁰⁵ Sulla nascita e sull’evoluzione storica delle *Independent Regulatory Commissions* negli Stati Uniti si vedano, tra gli altri, W. K. Doyle, *Independent Commissions in the Federal Government*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1939; R. E. Cushman, *The Independent Regulatory Commissions*, New York, Oxford University Press, 1941; M. H. Bernstein, *Business by Independent Commissions*, Princeton, Princeton University Press, 1955; T. K. McCraw, *Prophets of Regulation*, Cambridge, Harvard University Press, 1984. M. J. Breger, G. J. Edles, *Independent Agencies in the United States*, New York, Oxford University Press, 2015, 19, sottolineano come lo stesso concetto di “federal-level independence” non nasca con la prima *authority*, né con le commissioni statali, ma risalga a una fase storica precedente. Già nel 1789, quando il Congresso istituì il Dipartimento del Tesoro, questo si poneva in una posizione di indipendenza dall’esecutivo. Infatti, il *Secretary of the Treasury* rispondeva direttamente al Congresso della sua attività (anche se il Presidente poteva comunque rimuoverlo dall’incarico) e, inoltre, il suo ruolo era interpretato come «an indispensable, direct arm of the House in regard to its responsibilities for revenues and appropriations». Così, G. Casper, *Separating Power: Essays on the Founding Period*, Cambridge, Harvard University Press, 1997, 44.

¹⁰⁶ M. D’Alberti, *Autorità indipendenti (dir. amm.)* (voce), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1995, fa riferimento al concetto di Stato come “guardiano notturno” degli interessi dei cittadini. Sulla dottrina economica del *laissez faire* come interpretata e attuata negli Stati Uniti si veda H. G. Moulton, *Controlling Factors in Economic Development*, Washington, The Brookings Institution, 1949.

¹⁰⁷ Cfr. R. E. Cushman, *op. cit.*, 19, che afferma come «the extension in 1887 of federal regulatory power to the nation’s railroads was indeed an important exercise of economic control; but it was much more than that: it was a shift in the center of control in the federal system».

¹⁰⁸ Sul ruolo centrale delle ferrovie nella crescita economica degli Stati Uniti e su come lo sviluppo di una efficiente e ampia rete ferroviaria abbia influenzato la cultura americana nel XIX secolo, si veda A. D. Chandler, Jr., *The Railroads: the Nation’s First Big Business*, New York, Harcourt, Brace and World, 1965. Sullo sviluppo delle *independent commissions* in questo settore, J. C. Nelson, *Railroad Transportation and Public Policy*, Washington, The Brookings Institution, 1959.

un periodo di grande espansione industriale, a cui faceva però da contraltare un comparto agricolo ancora depresso.

Questa situazione comportò l'insorgere di un conflitto tra gli agricoltori e i piccoli imprenditori da un lato, per i quali le strade ferrate rappresentavano l'unico mezzo utilizzabile per trasportare e vendere le proprie merci nelle città, e le imprese che gestivano il servizio ferroviario dall'altro¹⁰⁹. Le singole amministrazioni statali coinvolte, dunque, furono chiamate a proteggere il proprio tessuto produttivo al fine di mettere fine ai comportamenti predatori da parte delle *railways companies*, tutelare la concorrenza e contrastare gli oligopoli.

I primi provvedimenti statali volti a porre limiti alle tariffe applicate dalle compagnie e a imporre loro degli obblighi sia per il trasporto merci che per quello passeggeri non furono particolarmente efficaci. Il potere e l'influenza delle imprese ferroviarie, unito alla scarsa conoscenza da parte delle amministrazioni statali circa le problematiche relative a un settore caratterizzato da una rapida evoluzione, comportarono l'adozione di atti normativi da un lato necessariamente generali e difficilmente emendabili (mentre la continua espansione dell'industria ferroviaria avrebbe imposto un continuo aggiornamento dei regolamenti), dall'altro incapaci di cogliere le naturali differenze esistenti tra le varie situazioni locali.

Fu chiaro fin da subito, dunque, che «the job of railroad regulation could not be effectively handled by the legislature itself»¹¹⁰. Furono così introdotte le prime, provvisorie, *commissions*, il cui compito principale era fondamentalmente quello di garantire adeguata applicazione ai predetti atti legislativi.

La nascita e la proliferazione della regolazione indipendente negli U.S.A., a livello statale e poi federale¹¹¹, dunque, non furono il prodotto di alcun lungimirante disegno

¹⁰⁹ Cfr. P. Tesauro, *op. cit.*, 25-26, che sottolinea come il suddetto conflitto avesse condotto alla nascita di una vera e propria corrente politica, il "Granger movement", che ebbe particolarmente successo negli Stati del *Mid-West*. Movimento nato per contrastare i monopoli, ottenere dagli Stati agevolazioni finanziarie per i produttori agricoli e cui deve essere riconosciuto un ruolo propulsivo rispetto ai primi atti legislativi volti a regolamentare il comparto ferroviario. Secondo S. J. Buck, *The Granger Movement*, Cambridge, Harvard University Press, 1913, 205, «it is not too much to say that the fundamental principles upon which American regulation of railroads by legislation has developed were first worked out in the Granger states of the Northwest». R. E. Cushman, *op. cit.*, 23, evidenzia come le prime commissioni statali vennero create appositamente per gestire situazioni e problemi specifici. Si trattava, insomma, di *agents of the legislature* (con compiti di *fact-finding*) non nel senso che fossero parte dell'esecutivo, ma in quanto poste in scopo "servente" rispetto all'esecuzione dei provvedimenti legislativi adottati dagli Stati.

¹¹⁰ Così, R. E. Cushman, *op. cit.*, 22.

¹¹¹ Nel processo di sviluppo di organismi indipendenti con compiti di regolazione negli Stati Uniti, non può essere taciuta l'influenza dell'esperienza britannica. Un'esperienza, a dire il vero, non particolarmente felice almeno all'inizio, negli stessi anni in cui si affermavano in Nord America le *State commissions*. Nel Regno Unito, infatti, già dal 1840 operava il *British Board of Trade*, che aveva alcuni

politico né il portato applicativo di specifiche teorie economico-politiche: semplicemente furono dettate dalla necessità contingente di risolvere problemi concreti e spesso di portata geograficamente ridotta¹¹².

I primi organi collegiali furono istituiti in Connecticut (1832), in New Hampshire (1844), in Rhode Island (1844), e nello Stato di New York (1850), con funzioni

limitati poteri relativi al settore ferroviario e che rispondeva alla necessità di porre fine a una legislazione intermittente, tutelando e implementando la concorrenza nel settore dei trasporti su ferro, al fine di proteggere gli utenti da comportamenti predatori delle compagnie ferroviarie. Tuttavia, i limitati e non estesi poteri attribuiti al *Board*, consistenti nella facoltà di presentare *advisory opinions* al Parlamento e nella possibilità di pretendere dalle compagnie il rispetto dell'obbligo di informare il *Board* prima di iniziare la costruzione di una nuova linea ferroviaria (senza che però quest'ultimo potesse in qualche modo prevenire eventuali violazioni), ne decretarono il fallimento. Nel 1846, con il nuovo Governo a guida *Whigs*, fu creata un'apposita commissione composta da cinque membri, il cui compito era quello di sottoporre a esame le proposte di fusione tra società operanti nel comparto e incoraggiare la concorrenza. Tale *commission*, tuttavia, ebbe vita breve e venne abolita nel 1851. Nel 1873, poi, il Parlamento approvò il *Regulation of Railways Act*, che istituì un nuovo *board* composto da commissari dotati di poteri ancora troppo limitati. Solo nel 1888, un anno dopo la creazione della *Interstate Commerce Commission* americana, venne istituita oltremania una stabile ed efficace *Railway and Canal Commission*. Secondo R. E. Cushman, *op. cit.*, 36, non ci sono però prove che dimostrino che il movimento che condusse alla creazione delle prime commissioni statali - e, in seguito, a quelle federali - fosse stato influenzato dai precedenti britannici, piuttosto che dall'esigenza di rispondere a problematiche ed esigenze di natura prettamente locale e interna (anche se è vero che l'esperienza inglese dovette esercitare un qualche peso, anche indiretto, sui membri del Congresso che si confrontarono con il problema della regolazione delle ferrovie). T. K. McCraw, *op. cit.*, 13-15, sottolinea, però, come gli scritti di un autore fondamentale, e certamente conosciuto dal Congresso di Washington, come Charles Francis Adams, membro e poi presidente del *Massachusetts Board of railroad Commissioners*, fossero senza dubbio influenzati da ciò che accadeva nel Regno Unito (compresa la difficoltà che questo Paese incontrava nella creazione di commissioni dotate di effettivo potere e peso politico). Per esempio, a proposito di due misure che tale *commission* adottò (l'imposizione di un limite massimo alle tariffe praticabili dalle compagnie e il divieto delle stesse di porre in essere la pratica dello *stock watering*), Adams ne individuava l'origine in una legge inglese del 1844 originariamente proposta dal *Board of trade* il cui presidente era allora William Gladstone. L'opera di Adams, infatti, rappresentò uno stimolo eccezionale a favore di un maggior controllo del governo sui fenomeni economici. Sul tema si rinvia a C. F. Adams, H. Adams, *Chapters of Eire, and Other Essays*, Boston, J. R. Osgood and Company, 1871, in cui si sosteneva che un settore ferroviario non sottoposto a regolazione pubblica sarebbe diventato un monopolio naturale. Tuttavia egli riteneva che tale compito non spettasse al legislatore statale, il quale prendeva decisioni politiche dettate solo dalla necessità di tranquillizzare l'elettorato di riferimento e, inoltre, non possedeva le adeguate conoscenze tecniche. Adams propose la creazione di quella che lui stesso denominò "sunshine commission": un organo imparziale composto da esperti che avrebbe dovuto investigare ed esaminare le problematiche connesse all'attività ferroviaria, pur senza essere dotata di poteri esecutivi in senso stretto. Sul tema si veda, cfr. C. F. Adams, Jr., *Railroads: Their Origin and Problems*, New York, G. P. Putnam's Sons, 1878. Sulla questione relativa alla primogenitura americana o britannica delle autorità indipendenti, si veda M. D'Alberti, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia, cit.*, 75, il quale afferma che al pari degli *administrative tribunals* britannici anche le prime commissioni americane svolsero un ruolo centrale nell'adottare regole (c.d. *collective legislation*) volte a produrre ampie fasce di popolazione anche a costo di limitare la libertà di iniziativa economica privata. Tuttavia, mentre le *agencies* fecero prevalentemente uso di poteri di *rulemaking*, i *tribunals* britannici posero l'accento sul potere di adottare decisioni individuali e sulle funzioni di *dispute resolution*. Inoltre, le IRC si occuparono di regolazione economica, mentre i *tribunals* prevalentemente di *social welfare*. In tema di regolazione in Gran Bretagna e sui suoi rapporti con quella americana, si vedano H. Parris, *Government and the Railways in Nineteenth-century Britain*, London, Routledge and Kegan Paul, 1965; C. D. Foster, *Privatization, Public Ownership and the Regulation of Natural Monopoly*, London, Coopers & Lybrand, 1992.

¹¹² Cfr. M. Fainsod, L. Gordon, *Government and the American Economy*, W. W. Norton and Co. Inc., New York, 1948, 225 ss. Nello stesso senso, R. L. Rabin, *Federal Regulation in Historical Perspective*, in *Stan. Law. Rev.*, 38, 1986.

essenzialmente consultive rispetto all'attività degli organi legislativi statali in materia di tariffe. Dopo la guerra civile e soprattutto nel decennio 1870-1880 le commissioni cominciarono ad assumere un carattere stabile, ma comunque la loro attività, in generale, consistette nello svolgimento di indagini sulle condizioni tecniche e finanziarie delle compagnie ferroviarie e sulla conseguente redazione di pareri e rapporti informativi a supporto dell'azione legislativa (*weak o advisory commissions*)¹¹³.

Altre commissioni istituite durante questo periodo in maggior parte nel *Mid-West* (in primo luogo in Illinois) dove le dimensioni del comparto ferroviario avevano raggiunto livelli superiori al resto della nazione, invece, avevano poteri più ampi e incisivi accanto a quelli puramente consultivi e di controllo, consistenti nella possibilità di fissare tariffe eque e uniformi a seguito di un procedimento pubblico (*public hearing*) e di emanare regolamenti in materia (*strong commissions*)¹¹⁴. Queste ultime avevano anche il potere di ottenere l'applicazione vincolante delle tariffe in caso di violazioni, grazie a un meccanismo legale che legittimava il *General Attorney* (o più raramente la commissione stessa) a citare in giudizio l'autore della violazione¹¹⁵.

Quanto al carattere dell'indipendenza, la maggior parte delle *State commissions* presentava un elevato livello di autonomia operativa e funzionale rispetto al potere esecutivo, di fronte al quale non era responsabile¹¹⁶. Più stretto invece era il rapporto con gli organi legislativi statali. Per quanto riguarda le funzioni di carattere consultivo, si trattava di una vera e propria subordinazione gerarchica, che vedeva le commissioni

¹¹³ P. Tesauro, *op. cit.*, 27. Commissioni di questo tipo (*advisory type*) vennero istituite ad esempio nel New England, come in Massachusetts. Sulle *advisory commissions* si veda W. S. Ellis, *State Railroad Commissions*, in *The American Law Register and Review*, vol. 41, Issue 8, 1893, 720, per il quale lo scopo di queste ultime «should be the means of concentrating public opinion and bringing it to bear intelligently and persistently upon abuses which it is desirable to reform, without resorting to the power of the legislature (...)». L'A. riporta anche l'opinione di C. F. Adams, secondo cui le *weak commissions* erano «simply a medium, a species of lens by means of which the otherwise scattered and powerless rays of public opinion are concentrated to a focus, and brought to bear upon any corporation».

¹¹⁴ P. Tesauro, *op. cit.*, 28-29, 30, 33. L'A. afferma che mentre le *weak* e le *strong commissions* non presentavano particolari differenze da un punto di vista organizzativo e strutturale, la distanza era maggiore ed evidente in termini di funzioni. Queste «costituivano infatti due distinti tentativi di soluzione di due problemi diversi. Le *strong commissions*, sorte in un'atmosfera di grave conflitto d'interesse, rappresentavano una netta opposizione agli abusi ed agli arbitri delle grandi società finanziarie, pur essendo formalmente i loro compiti limitati alla vigilanza ed al controllo». Le funzioni delle *weak commissions*, invece, «erano molto più facili e semplici, in quanto avevano solo compiti consultivi ed investigativi, e quindi i loro rapporti con le compagnie ferroviarie erano improntati ad uno spirito conciliativo e di collaborazione».

¹¹⁵ Cfr. R. E. Cushman, *cit.*, 27. In questo modo, quindi, le tariffe stabilite dalle *strong commissions* venivano assoggettate a una sorta di *review* da parte delle corti. Cfr. anche W. S. Ellis, *State railroad commissions*, *cit.* 717.

¹¹⁶ Cfr. P. Tesauro, *op. cit.*, 34, evidenza come in alcuni Stati il Governatore esercitasse poteri di nomina dei commissari, ma molto limitata era la possibilità per lo stesso di rimuoverli.

svolgere un ruolo meramente informativo rispetto a decisioni poi prese dalle assemblee elettive statali.

Le *strong commissions*, che esercitavano sia *quasi-judicial powers* (consistenti nell'applicazione a situazioni conflittuali concrete di *standard* fissati dal legislatore), sia poteri regolamentari veri e propri (come la fissazione delle tariffe sulla base di studi dettagliati che le stesse commissioni elaboravano) invece, godevano di una maggiore libertà di azione¹¹⁷. Nel 1886 la presenza di questi organi collegiali con compiti *latu sensu* di regolazione del settore ferroviario era molto diffusa¹¹⁸. Tuttavia, i loro poteri erano, di fatto, molto limitati: il trasporto ferroviario interstatale, che era in crescita esponenziale e intorno al quale gli interessi economici erano maggiori, ricadeva infatti nelle competenze del Governo centrale.

Ciò, unito alle insistenti richieste provenienti dal mondo degli agrari e dei commercianti (che utilizzavano le ferrovie per muovere le loro merci in tutto il Paese) di una regolamentazione pubblica che rendesse il sistema tariffario equo e impedisse il verificarsi di abusi monopolistici da parte delle *railway corporations* (imponendo loro, per esempio, di garantire il servizio anche sulle tratte meno remunerative), rese non più rinviabile un approccio organico e unitario a livello federale.

1.1. L'istituzione della *Interstate Commerce Commission*

Le prime *Independent Commissions* nascono da un lato, con il fine di ampliare lo spettro d'azione di una ormai indispensabile regolazione pubblica in quelle aree economiche precedentemente lasciate all'arbitrio dei privati e nelle quali erano emersi conflitti che un approccio fondato sui principi liberali dello "Stato minimo"¹¹⁹ non era stato in grado di comporre. Dall'altro, promuovere e tutelare comunque la libertà di iniziativa economica privata e la concorrenza nel mercato¹²⁰.

Tali obiettivi furono perseguiti negli Stati Uniti rifiutando fin dall'inizio un'impostazione di carattere dirigistico, privilegiando invece una regolazione amministrativa basata sull'esaltazione della neutralità e dell'*expertise* tecnica del

¹¹⁷ Cfr. R. E. Cushman, *op. cit.*, 31; M. H. Bernstein, *op. cit.*, 19.

¹¹⁸ Sui 38 Stati allora facenti parte degli U.S.A., 30 avevano introdotto una qualche forma di regolazione delle ferrovie. Cfr. M. J. Breger, G. J. Edles, *op.cit.*, 28, i quali citano i dati riportati all'interno di un Rapporto del Senato del 1886 (*S. Rep.* n. 49-46, pt. 1, 65).

¹¹⁹ R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974.

¹²⁰ Così, G. Tiberi, *Le Independent Commissions nell'ordinamento statunitense*, in *Amministrare*, 1-2, 2000, 169.

regolatore, il quale, lontano dalle dinamiche legate alle maggioranze politiche, dovrebbe essere maggiormente in grado di «lottare in maniera imparziale contro i rischi dell'insorgere di posizioni monopolistiche nei settori di intervento, garantendo così il rispetto della concorrenza e dei soggetti meno forti e, in ultima istanza, il perseguimento dell'interesse pubblico»¹²¹.

Durante il XIX secolo, dunque, l'*economic regulation* negli Stati Uniti modificò gradualmente i propri connotati: inizialmente si trattava di una regolazione esclusivamente legislativa, basata su atti normativi generali o speciali che definivano obblighi e diritti, per la cui applicazione sia l'amministrazione che i privati facevano affidamento sul procedimento giudiziario. La transizione verso un controllo amministrativo delle attività economiche - anche a discapito dell'autonomia privata - fu caratterizzata dalla ricerca di originali tecniche di regolazione che fossero in grado di rispondere ad altrettanto nuovi problemi, molto spesso caratterizzati da elevata tecnicità e difficoltà, di fronte ai quali gli *executive departments* apparivano inadeguati. La volontà politica di condurre un'efficace azione riformatrice, in effetti, era presente a livello parlamentare: tuttavia, le maggioranze non erano in grado di tradurre tale domanda di cambiamento in una concreta *regulatory policy*, compito che si preferì allora affidare a un soggetto terzo e indipendente.

La prima *Independent Regulatory Commission* federale venne creata nel 1887, quando il Congresso approvò l'*Interstate Commerce Act*¹²², istitutivo della *Interstate Commerce Commission* (ICC)¹²³. Composta da cinque membri nominati dal Presidente su suggerimento e dopo la conferma del Congresso, dei quali non più di tre potevano essere espressione dello stesso partito politico, i suoi membri non potevano essere lavoratori del settore ferroviario regolato dalla stessa ICC né potevano avere in tale settore interessi

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Pub. L. 49-104, 24 Stat. 379, 4 febbraio 1887. Bisogna ricordare che nel 1886, un anno prima dell'istituzione della ICC, la Corte Suprema aveva stabilito l'impossibilità per le singole amministrazioni statali di regolare le transazioni commerciali che riguardassero più Stati. La disciplina del commercio interstatale, al contrario, doveva promanare dal governo federale. Ciò rappresentò indubbiamente un importante fattore di accelerazione del processo di istituzione della prima *commission* con compiti di regolazione del settore ferroviario. Cfr. *Wabash, St. Luis & Pacific Rwy. Co. v. Illinois*, 118 U.S. 557, 574-75 (1886). Il commercio e la regolazione del settore ferroviario all'interno dei propri confini rimaneva, invece, competenza dei singoli Stati. In questo senso si veda *Munn v. Illinois*, 94 U.S. (4 Otto) 113, 135-136 (1887).

¹²³ L'art. 1, sez. 8, c. 3 della Costituzione americana riserva al Congresso il compito di regolare sia il commercio con gli Stati stranieri che quello tra più Stati membri (c.d. "Commerce Clause"). Nonostante l'inserimento del termine "commerce" nel nome di questa autorità, la sua competenza, almeno all'inizio, fu limitata al solo comparto del trasporto ferroviario, il primo che all'epoca era già dotato di una propria legislazione. La ICC rimarrà attiva fino al 1995, anno in cui l'amministrazione Clinton deciderà di abolirla attraverso l'*Interstate Commerce Commission Termination Act*, Pub. L. No. 104-88, 109 Stat. 803 (1995). Paradossalmente, il Congresso finirà con lo strutturare la Commissione erede delle funzioni della ICC (la *Surface Transportation Board*) all'interno di un dipartimento governativo, quello dei trasporti.

economici. Quanto al carattere dell'indipendenza, i commissari, i quali «were not supposed to serve at the pleasure of the President»¹²⁴, rimanevano in carica per sei anni e potevano essere rimossi dallo stesso Presidente solo per «inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office»¹²⁵.

Tuttavia, almeno inizialmente, l'ICC fu collocata all'interno del *Departement of Interior*, giacché la sua indipendenza non era intesa nel senso di attribuire ai commissari autorità e poteri al di fuori delle competenze e del controllo dell'esecutivo¹²⁶. Nella forma, se non anche nella sostanza, si trattava ancora di una tradizionale agenzia facente parte dell'*executive branch*¹²⁷. Solo nel 1889¹²⁸ il Congresso la trasformerà in un'autorità amministrativa completamente autonoma¹²⁹.

L'indipendenza, comunque, fu intesa dal Congresso non tanto come distanza dall'esecutivo e dal Presidente, quanto come volontà di isolare la ICC dai partiti politici e

¹²⁴ Così, A. Sajò, *Independent Regulatory Authorities as Constitutional Actors: a Comparative Perspective*, in *Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae - Sectio Iuridica*, 1, 2007, 9.

¹²⁵ Cfr. K. Datla, R. L. Revesz, *Deconstructing Independent Agencies (and Executive Agencies)*, in *Cornell L. Rev.*, 98, Issue 4, 2013, 776.

¹²⁶ L'*Interstate Commerce Act* aveva garantito al *Secretary of the Interior* un potere di supervisione generale sulle attività di gestione della Commissione, sul suo bilancio, sulla nomina e sugli stipendi dei suoi impiegati. Inoltre, il *report* annuale che la ICC doveva inviare al Congresso era trasmesso all'assemblea parlamentare direttamente dal Segretario. Cfr. M. H. Bernstein, *op. cit.*, 22-23. Inoltre, oltre al fatto che i commissari venivano comunque nominati dal capo dell'esecutivo, lo staff della ICC era composto da membri del "general federal civil service" e le norme amministrative applicabili a tutti i dipartimenti governativi erano valide anche per la neonata commissione.

¹²⁷ M. J. Breger, G. J. Edles, *Established by Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies*, in *Admin. L. Rev.*, 52, 2000, 1128-36; C. A. Miller, *The Legislative Evolution of the Interstate Commerce Act*, Washington D.C., J. Byrne & company, 1930, 219-220, 278-79.

¹²⁸ *Act of Mar. 2, 1889, ch. 382, §§ 7-8, 25Stat. 855, 861-62.*

¹²⁹ R. Cushman, *op. cit.*, 45-61, riassume gli argomenti che condussero il Congresso all'istituzione di un organo indipendente di regolazione ("Legislative versus administrative regulation"). Una commissione, in primo luogo, avrebbe garantito una regolamentazione flessibile e caratterizzata da maggiore conoscenza del settore ferroviario. Inoltre, proprio in virtù di tale *expertise* tecnica, avrebbe potuto coadiuvare il Congresso nella determinazione di una più efficace *regulatory policy*. Una *commission*, infine, avrebbe svolto anche il ruolo di *tribunal (arbitral body)* di fronte al quale risolvere i conflitti sorti intorno alla costruzione e all'utilizzo delle ferrovie, sollevando da molti compiti le corti giudiziarie, che avrebbero deciso solo le questioni di maggiore rilevanza. Gli argomenti contrari, ovviamente, non mancavano. Secondo alcuni membri del Congresso, una commissione con compiti di regolazione amministrativa avrebbe utilizzato la propria discrezionalità per "ammorbidire" i contenuti, altrimenti rigidi, della legge. Inoltre, la regolazione del comparto era un lavoro troppo complesso per essere affidato a un'unica agenzia, come l'esperienza delle *state commissions* aveva dimostrato. Tale organismo, poi, avrebbe finito per essere "catturato" dalle potenti compagnie ferroviarie finendo per rappresentarne di fatto gli interessi; infine, sarebbe comunque diventata "the football of politics", secondo l'espressione del *Congressman* Campbell dell'Ohio, secondo cui il requisito della rappresentanza bipartisan all'interno della ICC non avrebbe comunque impedito ai partiti di controllare, secondo la regola dell'alternanza, l'azione della stessa commissione. Per un'analisi delle posizioni contrarie all'istituzione della ICC, alcune delle quali mantengono tutt'oggi una certa attualità, si veda D. J. Brewer, *The Movement of Coercition*, in A. T. Mason, *Free Governemnt in Making*, New York, Oxford University Press, 1949, 615 ss.

dai loro tentativi di trarre benefici elettorali attraverso lo strumento della regolazione economica. Ciò che rendeva la ICC veramente indipendente, infatti, non era tanto l'essere posta al di fuori del sistema dei *cabinet departments*, quanto le caratteristiche del mandato dei suoi membri, i quali rimanevano comunque in carica per un periodo di tempo più lungo del Presidente e avevano termini di scadenza degli incarichi sfalsati tra di loro.

In tal modo, era possibile assicurare, almeno tendenzialmente, un bilanciamento tra i commissari espressione del Partito Democratico e quelli del *Grand Old Party*¹³⁰. La collegialità della *commission*, in cui le decisioni erano prese a maggioranza, avrebbe inoltre significativamente ridotto le possibilità che si verificassero fenomeni corruttivi, rispetto alle tradizionali *agencies* governative, in cui le maggiori scelte erano riconducibili a una persona sola, posto a capo di un *governing board*.

La creazione di questa nuova autorità mirava inizialmente all'istituzione di un soggetto che, difendendo i soggetti più deboli nell'ambito dei contrasti insorti sullo sviluppo della rete ferroviaria, fungesse da "poor man's court"¹³¹. Un organo che garantisse, nello svolgimento di un ruolo "giustiziale", il mantenimento di un sistema tariffario ragionevole ed equo, un servizio che rispettasse determinati *standard* minimi di sicurezza e che fosse attivo anche sulle tratte meno convenienti per le società private.

La ICC, all'inizio, sommava poteri di tipo diverso, ma, nel complesso, non particolarmente incisivi¹³²: poteri di regolazione, di *decision-making*, ma anche quasi-giudiziari. La *Commission*, inoltre, esercitava anche poteri di indagine sull'attività delle compagnie ferroviarie, atti a verificare il rispetto degli *statutes* vigenti in materia. In caso

¹³⁰ Cfr. M. Shapiro, *A Comparison of US and European Independent Agencies*, in S. Rose Ackerman, P. L. Lindseth (a cura di), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2010, 293 ss. L'A. evidenzia come la nascita della prima *independent commission* vada collocata all'interno del più ampio dibattito sulla pubblica amministrazione che, dalla fondazione degli Stati Uniti, aveva visto contrapporsi fondamentalmente due teorie. Da un lato, "the Hamiltonian theory", promotrice di un governo composto da tecnici, esperti e isolati dalla politica. Dall'altro, "the Jacksonian theory", portatrice di una visione secondo cui il cittadino medio «should take a short time away from his plow to perform public service and then return to his fields». Di fatto, una visione, quest'ultima, fondata sullo *spoils system* e, dunque, sulla possibilità, in un sistema bipartitico, per il partito vincitore delle elezioni di affidare cariche pubbliche a soggetti dallo stesso indicati, sostituendo i precedenti funzionari. La visione Jacksoniana e lo *spoils system* furono predominanti nella vita pubblica statunitense per quasi tutto il XIX secolo, ma non furono in grado di garantire un'amministrazione efficiente. Le commissioni indipendenti, composte da tecnici esperti della materia oggetto di regolazione rappresentano, allora, (insieme ad altre novità, come la sostituzione dei sindaci con *city managers* o la creazione di un ceto di impiegati pubblici reclutato tramite esame attraverso il *Pendleton Act* del 1883) il risultato pratico e applicato della visione Hamiltoniana prevalente nella c.d. "Progressive Era", a cavallo tra il 1890 e il 1920.

¹³¹ Rep. Hermann, Ore., 18 Cong. Rec., Appendix, 35; cfr. M. D'Alberti, *Autorità indipendenti*, cit., 1.

¹³² «The Interstate Commerce Commission created by that statute was something new in the American system of government: a strange amalgam of executive, legislative, and judicial powers, combining functions of all three branches yet the creature of none». Così, G. P. Miller, *Independent Agencies*, in *The Supreme Court Rev.*, 1986, 41.

di violazioni, tuttavia, questa aveva solo la possibilità di “richiamare all’ordine” la società, potendo eventualmente, in caso di ulteriore inerzia di quest’ultima, rivolgersi al potere giudiziario per ottenere una sentenza che la obbligasse a conformarsi al dettato normativo¹³³. Quanto alla fissazione delle tariffe, la nuova *authority* non aveva il potere di determinarle o modificarle direttamente. A seguito di reclami debitamente presentati di fronte a essa circa l’irragionevolezza e l’ingiustizia di una tariffa, poteva esprimersi sulla applicabilità della stessa, condizionando indirettamente e solo *pro futuro* la formazione legislativa.

Tra il 1906 e l’inizio degli anni venti, la *independent regulation* conobbe un nuovo e vigoroso sviluppo, in concomitanza con l’affermarsi sulla scena politica americana del c.d. “Progressive movement”, composto prevalentemente da esponenti della *middle-class* cittadina, le cui principali istanze (eliminazione della corruzione e lotta ai monopoli) condizionarono pesantemente la legislazione del tempo¹³⁴, garantendo grande impulso allo strumento delle *independent commissions*, considerate, per esperienza e imparzialità, le uniche in grado di adottare decisioni al tempo stesso razionali e estranee alle logiche partitiche¹³⁵.

Se si escludono gli anni del primo conflitto mondiale, in cui le *independent commissions* attraversarono un periodo di scarsa rilevanza politica in quasi tutti i settori in cui erano state istituite (poiché il governo di Washington, per sostenere l’enorme sforzo bellico, avocò a sé il controllo di tutte le attività economiche), in questo periodo la fiducia dell’opinione pubblica nella regolazione indipendente era molto ampia e ne beneficiò anche la stessa ICC. Nel 1906, infatti, con l’emanazione dell’*Hepburn Act*¹³⁶, verrà conferito alla *Commission* il potere di determinare e modificare discrezionalmente le tariffe massime praticabili, sempre però in seguito a *complaints* riguardanti il loro carattere eccessivo o comunque iniquo.

¹³³ Cfr. P. Tesauro, *op. cit.*, 36.

¹³⁴ Provvedimenti il cui obiettivo finale era comunque quello di eliminare o prevenire «those forms of industrial organization and corporate behavior which threatened to undermine market mechanism (...). The new regulatory regime was, in essence, market-corrective». Così, M.A. Eisner, *Regulatory Politics in Transition*, *cit.*, 27-28

¹³⁵ Cfr. M. H. Bernstein, *op. cit.*, 36, il quale sottolinea come il più grande errore e limite del “Progressive movement” fosse stato proprio quello di considerare possibile eliminare la corruzione solo esautorando la politica («Escape from politics became a panacea to purify and uplift the political process») da ogni compito di regolazione della vita economica del Paese. In tema si vedano, S. J. Diner, *A Very Different Age: Americans of the Progressive Era*, New York, Hill and Wang, 1998; M. Sarfatti Larson, *The Rise of Professionalism*, Berkeley, University of California Press, 1977, sostiene che la ricerca dell’*expertise* da parte movimento riformatore riflettesse, in realtà, la conquista e l’affermazione del proprio *status* ad opera di una nuova ed emergente classe sociale, composta da professionisti, *self-made men* auto-definitesi esperti.

¹³⁶ 34 STAT. 584 (1906). Il numero dei commissari venne inoltre aumentato, da cinque a sette.

Con la stessa legge, poi, gli obiettivi e i poteri dell'*Interstate Commerce Act* vennero estesi anche ad altri settori, come il trasporto passeggeri, quello per via d'acqua o su strada, la regolazione degli oleodotti per il trasporto del petrolio. Ciò in risposta alla necessità di adeguare le competenze della ICC al mutato contesto economico e produttivo del Paese, che non ruotava più esclusivamente intorno alle strade ferrate¹³⁷.

Nel 1910 il *Mann-Helkins Act* estese il "rate power" della ICC a tutte le tariffe commerciali, non solo quelle ferroviarie, garantendole anche la possibilità di sospendere le nuove tariffe annunciate dalle compagnie ferroviarie. Queste ultime, qualora avessero voluto impugnare tale decisione, avrebbero inoltre dovuto sopportare l'onere della prova circa la loro ragionevolezza¹³⁸. Nel 1920, infine, con il *Transportation Act*¹³⁹ venne affidato alla ICC l'ambizioso compito di adottare una proposta per l'adozione di un programma nazionale di riforma del settore dei trasporti, che ne individuasse le criticità e cercasse soluzioni tenendo conto non solo, come in precedenza, dell'esclusivo interesse dei consumatori, ma anche delle necessità delle imprese¹⁴⁰. In questi anni, dunque, si assistette a una fondamentale trasformazione della ICC: da semplice regolatore del trasporto ferroviario con compiti di controllo sulla equità delle tariffe, a soggetto centrale del coordinamento di tutte le principali forme di comunicazione commerciale e non¹⁴¹.

Contemporaneamente, vennero istituite numerose altre commissioni indipendenti che trovarono nella ICC un prototipo di riferimento quanto a poteri e caratteristiche¹⁴². Tra queste, particolare rilevanza assunse la *Federal Trade Commission* (FTC) istituita nel 1914, con compiti di prevenzione (attraverso poteri di investigazione e segnalazione al Presidente o al Congresso) rispetto agli "unfair methods of competition" e, in generale, di tutela della concorrenza, lotta ai monopoli e ai cartelli (*trust*) tra imprese nel settore della produzione industriale e in quello del commercio interstatale¹⁴³.

¹³⁷ Cfr. C. S. Morgan, *A Critique of The Marasmus of The I.C.C. The Commission, the Railroads and the Public Interest*, in *The Yale Law Journal*, Vol. 62, 2, 1953, 171 ss.

¹³⁸ Con lo stesso provvedimento legislativo fu creata una speciale "Commerce Court", competente a decidere su tutti gli appelli presentati rispetto alle decisioni della *Commission*.

¹³⁹ Pub. L. No. 66-152, 41 Stat. 456.

¹⁴⁰ Cfr. R. E. Cushman, *op. cit.*, 115 ss.

¹⁴¹ Cfr. P. Tesauro, *op. cit.*, 143.

¹⁴² Per esempio la *Federal Reserve Board* venne istituita nel 1913. In seguito saranno create anche la *Federal Radio Commission* (1927) e la *Federal Power Commission* (1930).

¹⁴³ *Federal Trade Commission Act*, 26 settembre 1914, 38 Stat. At L. 717. Già nel 1890 gli Stati Uniti si erano dotati di una legge antitrust, lo *Sherman Antitrust Act*. Questa legge vietava in maniera molto restrittiva «every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations». A partire dall'approvazione dello *Sherman Act*, dunque, «the antitrust laws represent the norm for American business in general». Così C. H. Fulda,

1.2. Dal *New Deal* all'*Administrative Procedure Act* del 1946

Gli anni trenta rappresentarono un decennio cruciale per lo sviluppo e la stabilità delle *Independent Regulatory Commissions*, caratterizzato da un lato dalla grande depressione economica che a seguito del *Black Thursday* del 1929 aveva colpito prima il mondo finanziario e quindi l'economia reale; dall'altro, dall'imponente programma di riforme sociali ed economiche intraprese dall'amministrazione guidata dal Presidente democratico Franklin Delano Roosevelt, eletto per la prima volta nel 1932¹⁴⁴.

Il *New Deal* fu un complesso di politiche riformiste volte a raggiungere obiettivi di risanamento dell'economia americana e di redistribuzione del reddito, attraverso l'attribuzione di un ruolo centrale al governo federale, sotto il cui controllo vennero a trovarsi quasi tutte le attività produttive. La necessità di un maggiore interventismo statale in economia e, quindi, di una maggiore regolazione pubblica fu avvertita soprattutto perché una delle cause maggiori della Grande Depressione veniva individuata in un generale malfunzionamento del sistema economico americano (accompagnato da una diffusa sfiducia verso il modello del *laissez faire*), in cui i prezzi dei beni di consumo erano in grado di adeguarsi automaticamente alla diminuzione della domanda, ma non anche i costi di produzione degli stessi.

Le misure fin da subito adottate dall'esecutivo, dunque, miravano all'aumento dei prezzi, allo stimolo della domanda interna grazie a un aumento dei redditi dei lavoratori e dei datori di lavoro e, quindi, ad una crescita del prodotto interno e dell'occupazione¹⁴⁵.

Competition in the Regulated Industries, Boston, Mass., Little Brown and Co., 1961, 4. Tuttavia, questa legge non aveva impedito che in molti settori produttivi, in mano a poche e potenti *companies*, il mercato e la concorrenza praticamente non esistessero, con un connesso e indiscriminato aumento dei prezzi al consumo. Il problema maggiore riguardava, infatti, l'effettiva attuazione che lo *Sherman Act* ricevette, soprattutto a causa del suo linguaggio ambiguo circa gli strumenti da utilizzare per contrastare le condotte anticoncorrenziali. La Corte Suprema, inoltre, dimostrò particolare ostilità nell'applicare la nuova legge, stabilendo, nel caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States* del 1911, che restrizioni al commercio avrebbero potuto essere applicate esclusivamente da un giudice a seguito di una specifica indagine e sempre sulla base di un ragionamento "case by case". Così, M. J. Breger, G. J. Edles, *op. cit.*, 37.

¹⁴⁴ Sulle cause e sulle conseguenze della crisi del 1929 si vedano, *ex multis*, L. M. Graves, *The Great Depression and Beyond*, New York, The Brookmire Economic Service Inc., 1932; D. Wector, *The Age of Depression*, New York, The MacMillan Co., 1948; M. Klein, *Rainbow's End: The Crash of 1929*, New York, Oxford University Press, 2001; E. Rauchway, *The Great Depression and The New Deal: a Very Short Introduction*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2008.

¹⁴⁵ Cfr. D. J. Gifford, *The New Deal Regulatory Model: a History of Criticism and Refinements*, in *Minnesota Law Rev.*, 68, 1983, 299 ss., in cui si legge che: «Pessimism about free enterprise and optimism about government regulation reached their peak during the New Deal era. The Great Depression seemed to many to reveal the bankruptcy of the market as an economic regulator, and the scope of regulation was once more broadened». Sul *New Deal* si vedano anche D. Perkins, *The New Age Franklin Roosevelt*, Chicago, Chicago University Press, 1957; D. R. Fusfeld, *The Economic Thought of Franklin D. Roosevelt and the Origins of the New Deal*, New York, Columbia University Press, 1956.

Questi obiettivi furono perseguiti dall'amministrazione Roosevelt attraverso un'ingerenza inedita del potere federale in quasi tutti i comparti produttivi dell'economia nazionale. Un ruolo di primo piano nella realizzazione del programma venne affidato a preesistenti o neoistituite *administrative agencies* con funzioni di regolazione non solo economica, ma anche *latu sensu* sociale, al fine di dare applicazione pratica alle norme legislative e specificare gli obiettivi spesso di carattere generale che esse si ponevano¹⁴⁶.

Può sembrare paradossale e contraddittorio che in un momento in cui, facendo leva sulla situazione di emergenza in cui si trova il Paese, l'esecutivo ampliava come mai prima la propria influenza e i propri poteri si facesse ricorso a soggetti indipendenti e tecnici posti al di fuori del sistema dei *cabinets*. In realtà, la creazione di nuove commissioni indipendenti e la concezione tecnocratica della pubblica amministrazione erano funzionali al raggiungimento di un determinato obiettivo politico-istituzionale: il consolidamento e la prevalenza dei poteri presidenziali all'interno del sistema costituzionale statunitense, soprattutto in un momento di particolari frizioni con il Congresso (le cui posizioni erano maggiormente conservatrici).

Infatti, se è vero che le *commissions* vennero "usate" dal Presidente come strumento per ristrutturare con successo diversi settori economici, è altrettanto vero che egli cercò in ogni modo di influenzarne pesantemente l'azione, soprattutto facendo leva sui suoi poteri di nomina e rimozione dei commissari, nonché sull'utilizzo costante di direttive e circolari a loro indirizzate¹⁴⁷. In altri casi, furono creati *ex novo* degli organismi amministrativi inseriti nella branca esecutiva, volti a dare risposte a problemi contingenti - le c.d.

¹⁴⁶ M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994, 56, afferma che «*regulation*, nel linguaggio nordamericano, non indica necessariamente una disciplina di attività economiche che sia finalizzata alla correzione di meccanismi distruttivi del mercato, ma allude molto più comprensivamente a qualsiasi forma di intervento amministrativo caratterizzato dal potere dell'organo agente di integrare con proprie disposizioni, formali o informali, la disciplina legislativa (esso) può dunque essere destinato anche alla realizzazione di finalità sociali, come avvenne durante il *New Deal*». Da segnalare, comunque, che il modello della *regulatory agency* era già in piena ascesa. Sul punto, S. Skowronek, *Building a New American State: the Expansion of National Administrative Capacities, 1877-1920*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982. G. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1982, 45, in relazione alla proliferazione di autorità amministrative indipendenti che caratterizzò il *New Deal* sottolinea che «[a]long with the growth of the independent agencies came a whole body of theory to explain their role, function, and significance. (...) Nevertheless, an unmistakable function of both the dependent and independent agencies, as conceived in the *New Deal*, was to give specificity to broad legislative mandates. Thus a not infrequent assumption during the *New Deal* was the generalized agreement on the appropriate ends of legislation usually existent. The problem was with finding the facts to define the means by which these ends could be achieved. Neither courts nor legislatures were good at findings the facts, at living the specificity, which would permit achievement of the agreed ends. Agencies instead could do just that job».

¹⁴⁷ Così, G. Tiberi, *op. cit.*, 193-194. Sul punto si vedano anche M. H. Bernstein, *op. cit.*, 64; P. Tesauero, *op. cit.*, 57.

emergency agencies - che però presentavano un livello di connessione e dipendenza dal Presidente maggiore rispetto alle *independent commissions*.

Tra le misure più rilevanti adottate durante questo delicato periodo si devono senza dubbio ricordare il *National Industrial Recovery Act*¹⁴⁸, in cui affonda le proprie radici la *National Recovery Administration* (N.R.A.) e l'*Agriculture Adjustment Act*¹⁴⁹, con cui venne creata la *Agricultural Adjustment Administration* (A.A.A.). Entrambi i provvedimenti istitutivi delle *emergency agencies* suddette furono votati dal Congresso nel 1933. La N.R.A. aveva l'ambizioso compito di convogliare e armonizzare le istanze provenienti dal mondo dei lavoratori e da quello datoriale, al fine di creare codici di buone pratiche che eliminassero la c.d. "destructive competition" tra le imprese e conducessero alla riduzione delle ore lavorative e dei prezzi al dettaglio¹⁵⁰. La A.A.A., invece, operava in uno dei settori maggiormente colpiti dalla crisi economica e aveva come finalità principale la lotta alla sovrapproduzione agricola.

Altrettanto importante, soprattutto perché operante nel settore dalle cui fragilità la crisi aveva avuto origine, fu la *Security Exchange Commission* (S.E.C.): creata con il *Federal Securities and Exchange Act* del 1934¹⁵¹, tale commissione svolgeva infatti compiti di vigilanza sul mercato finanziario e bancario. Nel 1938, infine, vennero create due commissioni indipendenti con poteri di regolazione nel settore dell'aviazione civile (*Civil Aeronautic Authority*) e in quello delle relazioni lavorative nel settore industriale (*National Labor Relations Board*)¹⁵².

Con il *New Deal*, dunque, si assistette a una delega generalizzata di competenze alle commissioni indipendenti, cui poteva essere fatta risalire interamente la disciplina di interi

¹⁴⁸ Atto del 16 giugno 1933, 48 Stat. at L. 195.

¹⁴⁹ Atto del 12 maggio 1933, 31 Stat., Ch. 24, title I, I-21-48.

¹⁵⁰ Cfr. J. E. Taylor, *Cartel Code Attributes and Cartel Performance: An Industry-Level Analysis of the National Industrial Recovery Act*, in *Journal of Law and Economics*, 50 (3), 2007.

¹⁵¹ Atto del 6 giugno 1934, 48 Stat. at L. 881.

¹⁵² Nel 1933 era stato istituito il *National Labor Board*, che avrebbe dovuto occuparsi di dare attuazione al N.R.A. specificamente attraverso la contrattazione collettiva. In seguito al parziale fallimento del *National Labor Board*, nel 1935 il Congresso approvò una risoluzione con la quale istituiva il *National Labor Relations Board*. Quest'ultimo godeva di maggiore indipendenza rispetto al suo predecessore, dal momento che era composto da soggetti nominati dal Presidente, imparziali (perché non provenienti dal mondo dell'industria), stipendiati e a tempo pieno. Nel 1935 il Congresso approvò il c.d. *Wagner Act* (*National Labor Relations Act*, Pub. L. No. 74-198, 49 Stat. 449 (1935)), con il quale il N.L.R.B. venne trasformato in un *board* permanente, non solo con funzione mediatrice nelle dispute giuslavoristiche, ma anche dotato di poter di controllo relativamente alle pratiche lavorative scorrette e ai licenziamenti.

settori economici e l'effettuazione di vere e proprie scelte "politiche"¹⁵³. Spesso anche gli obiettivi da perseguire risultavano particolarmente vaghi o troppo ampi¹⁵⁴.

Tuttavia, le problematiche giuridiche che fin da subito si palesarono furono di due diversi ordini, anche se interconnessi: da un lato, alle *commissions* vennero attribuite, sulla base di deleghe legislative spesso indeterminate, funzioni di *regulation* che ricomprendevano poteri di carattere normativo, esecutivo e para-giurisdizionale, contravvenendo alla classica separazione dei poteri di montesqueiana memoria. Dall'altro, la Costituzione americana attribuiva solamente al Congresso il potere di legiferare, senza apparentemente permettere alcuna delega a soggetti diversi¹⁵⁵. Queste criticità esplosero in un contrasto tra l'amministrazione Roosevelt e la Corte Suprema, che intervenne pesantemente nel 1935 dichiarando incostituzionale il *National Industrial Recovery Act*¹⁵⁶, e nel 1936 l'*Agricultural Adjustment Administration*¹⁵⁷.

Il Congresso non era stato in grado di individuare dei parametri e dei principi determinati cui i membri delle I.R.C. (e dell'esecutivo¹⁵⁸) avrebbero dovuto fare riferimento nell'esercizio dei poteri normativi di secondo grado loro delegati. Non avendo limitato il potere che aveva attribuito a un soggetto diverso, il Congresso avrebbe così violato le proprie responsabilità legislative ai sensi dell'art. I della Costituzione. L'attribuzione di poteri normativi, attuativi di norme generali e semi-giurisdizionali a soggetti terzi, infatti, si poneva in contrasto con il sistema dei *checks and balances* costituzionali e poneva una seria questione riguardante l'*accountability* delle commissioni

¹⁵³ Bisogna, tuttavia, evitare ogni generalizzazione, sovrastimando la relazione tra il *New Deal* e la fiducia nell'*expertise* tecnica dei "poteri neutrali", oppure pensando che il modello di amministrazione prevalente in questo periodo sia riconducibile a un monolite. Come ricorda C. R. Sunstein, *Constitutionalism After the New Deal*, in *Harvard Law Rev.*, 101, 1987, 441: «(...) the numerous agencies created in the New Deal period differed substantially. Some of these agencies, for example, faced relatively clear legislative instructions. It would therefore be misleading to suggest that a unitary model of administration covers all regulatory entities associated with the New Deal period, but none that were created before that time. Nonetheless, the enduring legacy of the period is the insulated administrator, immersed in a particular area of expertise, equipped with broad discretion, and expected to carry out a set of traditionally separated functions».

¹⁵⁴ Il Titolo I, sezione I del N.R.A., per esempio, conteneva una dichiarazione di principio con cui si individuavano tra obiettivi da perseguire, l'eliminazione delle pratiche commerciali scorrette e la riduzione della disoccupazione. Principi che avrebbero dovuto orientare la redazione dei codici di buona condotta.

¹⁵⁵ Cfr. G. Tiberi, *op. cit.*, 177. Sulla "non delegation doctrine" e sulla posizione della Corte Suprema in materia si tornerà approfonditamente nel Par. 1.4.

¹⁵⁶ *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495, 542 (1935).

¹⁵⁷ *United States v. Butler*, 297 U.S. 1, 68-78 (1936).

¹⁵⁸ Il N.I.R.A., per esempio, attribuiva al Presidente il potere discrezionale di approvare i codici di buona condotta nonché quello di sostituirsi alle componenti della N.R.A. qualora queste non fossero riuscite a trovare un accordo su un testo comune.

indipendenti, dal momento che queste ultime si posizionavano al di fuori del circuito politico-rappresentativo e non rispondevano del loro agire di fronte all'elettorato¹⁵⁹.

L'approvazione nel 1946 dell'*Administrative Procedure Act* (APA)¹⁶⁰, la prima legge generale sul procedimento amministrativo e sui processi regolamentari condotti dalle *administrative agencies* e dalle autorità indipendenti, rappresentò una parziale risposta ai problemi che l'azione delle I.R.C. aveva sollevato. Si tentò, in primo luogo, di risolvere la questione legata alle funzioni para-giurisdizionali. All'interno di alcune *commissions*, infatti, i medesimi funzionari svolgevano sia le funzioni investigative e di indagine, sia quelle giudicanti¹⁶¹. Inoltre, anche qualora vi fosse stata una formale divisione dei ruoli, le decisioni adottate dai funzionari potevano sempre essere modificate o superate dai loro superiori senza alcuna motivazione.

Con l'APA, venne introdotto il principio della obbligatoria separazione delle due funzioni¹⁶²: la fase istruttoria venne affidata a *hearing examiners*, che pur operando all'interno della *commission* o dell'agenzia esecutiva, godevano di particolari garanzie di indipendenza e autonomia, agendo come veri e propri "administrative law judges"¹⁶³. Ad essi spettava il compito di svolgere le indagini necessarie, raccogliere le prove, ascoltare le parti coinvolte (nei c.d. *formal hearings*), assicurare il rispetto delle norme procedurali e, soprattutto, suggerire una possibile decisione finale ai membri della *commission*.

¹⁵⁹ C. R. Sunstein, *op. cit.*, 447, evidenzia come la concezione di p.a. celebrata dai riformatori del *New Deal* fosse proprio incentrata sul rifiuto delle preoccupazioni tradizionali di carattere costituzionale. Attraverso l'istituzione di un corpo di "autonomous administrative actors", si intendeva oltrepassare sia le corti (che applicavano il *common law*), sia lo stesso procedimento legislativo ordinario, quando possibile. Tuttavia, «(...) by evading the traditional safeguards, the New Deal reformers heightened the potential for abuses that the traditional system was designed to check». Sul tema si veda R.A. Maidment, *The Judicial Response to the New Deal*, Manchester and New York, Manchester University Press, 1991.

¹⁶⁰ Atto dell'11 giugno 1946, Pub. L. 79-404, 60 Stat. 237.

¹⁶¹ Cfr. R. L. Weaver, *Management of ALJ offices in Executive Departemens and Agencies*, in *Administrative Law Rev.*, 47, 1995, 303, il quale ricorda come fosse stato soprattutto l'*American Bar Association* (ABA) *Special Committee on Administrative Law* con il suo *Report* 59 del 1934 a sostenere l'esigenza di una divisione tra le due funzioni.

¹⁶² La 5 U.S.C. § 554(d) (1988) dell'A.P.A. impone che i soggetti coinvolti nella fase di indagine non possano sovrintendere o dirigere l'attività di valutazione delle prove raccolte, né partecipare ai "decision-making processes". Tuttavia, sono previste dal testo alcune eccezioni. Infatti «[t]his subsection does not apply - (A) in determining applications for initial licenses; (B) to proceedings involving the validity or application of rates, facilities, or practices of public utilities or carriers; or (C) to the agency or a member or members of the body comprising the agency». 5 U.S.C. § 554(d) (1988). As a result, "a member or members of the body comprising the agency" could be involved in prosecutorial, investigatory, and adjudicatory functions».

¹⁶³ Il titolo di "administrative law judge" prenderà formalmente il posto di "hearing examiner" soltanto nel 1972. Si trattava di un corpo di funzionari amministrativi di carriera, stipendiati (non in base alle proprie performance ma all'anzianità) dall'*Office of Personnel Management*, i quali potevano essere rimossi dal proprio incarico solo per giusta causa.

1.3. Problemi di inquadramento costituzionale: a *headless fourth branch*?

Per comprendere al meglio il ruolo, le funzioni e il peso della regolazione indipendente negli Stati Uniti è necessario analizzare preliminarmente quale posizione occupano le *independent commissions* all'interno della cornice costituzionale e come si strutturano i rapporti con gli altri poteri dello Stato. Le autorità indipendenti, infatti, esercitano poteri e competenze così ampie e variegate, che risulta complicato inquadrarle univocamente all'interno di uno dei di essi¹⁶⁴. Come si concilia, allora, l'attribuzione di funzioni di *rulemaking*, esecutive e quasi giurisdizionali a soggetti posti in una condizione di indipendenza rispetto all'esecutivo, con la classica tripartizione dei poteri risalente a Montesquieu¹⁶⁵, che rappresenta uno dei fondamenti del sistema costituzionale americano¹⁶⁶?

Nella Costituzione statunitense manca una definizione oggettiva di pubblica amministrazione, né viene delineata la struttura e l'organizzazione funzionale del potere esecutivo: questo è preso in considerazione esclusivamente dal punto di vista della titolarità, che spetta al solo Presidente. I costituenti, infatti, lasciarono che fosse il potere legislativo a colmare questa lacuna seguendo i due principi fondamentali incorporati nella Costituzione: che l'azione della burocrazia rimanesse sempre e comunque sotto il controllo di un unico soggetto politicamente responsabile posto a capo dell'esecutivo; e che la struttura scelta permettesse (o addirittura incoraggiasse) una continua tensione tra i poteri dello Stato, al fine di non permettere che nessuno dei tre prevalesse sull'altro¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Cfr. G. Warp, *Independent Regulatory Commissions and the Separation of Powers Doctrine*, in *Notre Dame Law*, 1940-1941, 183. Afferma Warp che «[w]hen judges are faced with the contention that an administrative commission is really performing legislative and judicial functions, they maintain that, though such functions may be "quasi-legislative" and "quasi-judicial," they are not legislative and judicial in the constitutional sense».

¹⁶⁵ Montesquieu, *De l'esprit de des lois*, 1748. Il problema si era posto già nel 1887 all'indomani dell'approvazione dell'*Interstate Commerce Act*, tanto che un rappresentante dell'opposizione congressuale aveva sottolineato come la legge fosse «absolutely unconstitutional and void, because (...) it is a blending of the legislative, the judicial, and perhaps the executive powers of the government in the same law». Cfr. 18 Cong. Rec. 848 (1887) (Rep. Oates). Nonostante le IRC siano oggi pienamente integrate all'interno del sistema giuridico statunitense, il problema della loro costituzionalità rimane per certi versi ancora attuale. D'altronde, anche da parte della dottrina maggiormente favorevole alla regolazione indipendente si è evidenziato come l'istituzione delle *commissions* sia avvenuta «without too much political theory». In questi termini J. M. Landis, *The Administrative Process*, New Haven, Yale University Press, 1938.

¹⁶⁶ Anche se manca nella carta un vero e proprio articolo che enunci esplicitamente tale separazione. Cfr. J. F. Manning, *Separation of Powers as Ordinary Interpretation*, in *Harvard L. Rev.*, 124, 2011, 1944.

¹⁶⁷ Cfr. P. L. Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, in *Colum. L. Rev.*, 1984, 667.

La pubblica amministrazione, dunque, non trova un suo autonomo e formale spazio a livello costituzionale, ma si pone comunque al centro di una tensione tra il Congresso e il Presidente. È responsabilità e dovere del primo, infatti, istituire e attribuire specifiche funzioni pubbliche all'apparato amministrativo, comprese, dunque, anche le *Independent Commissions*¹⁶⁸; il secondo esercita poteri di coordinamento e indirizzo dell'azione condotta dalla pubblica amministrazione¹⁶⁹.

La p.a. americana è strutturata intorno al concetto di *agency*. Non essendo definita a livello costituzionale, essa si identifica in un'autorità a composizione variabile, distinta dagli altri poteri dello Stato, in grado di incidere nella sfera giuridica dei privati mediante atti di carattere generale o individuale¹⁷⁰. Le agenzie federali possono schematicamente suddividersi in due tipologie¹⁷¹.

- *Executive Agencies*, i cui vertici dirigenziali sono nominati dal Presidente ma che agiscono al di fuori del governo propriamente inteso (formato dai *Cabinets Departments*), pur dovendo rispettare e dare attuazione agli indirizzi presidenziali;
- *Independent Commissions* che, tuttavia, non sono inquadrabili in un modello unico¹⁷².

¹⁶⁸ U.S. Const. Art. 1, sec. 8, cl. 18: «To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof». (c.d. “necessary and proper clause”).

¹⁶⁹ Così, G. Tiberi, *op. cit.*, 172-173.

¹⁷⁰ L'*Administrative Procedure Act* definisce in maniera negativa cosa debba intendersi per *agency*: «“agency” means each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include (A) the Congress; (B) the courts of the United States; (C) the governments of the territories or possessions of the United States; (D) the government of the District of Columbia; (E) agencies composed of representatives of the parties or of representatives of organizations of the parties to the disputes determined by them; (F) courts martial and military commissions; (G) military authority exercised in the field in time of war or in occupied territory” (5 US Code § - 551). In poche parole, «all of the authorities and operating units of the government, except for the constitutionally established entities». Così, P. L. Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, *cit.*, 551. Si veda anche R. J. Pierce, *Administrative Law Treatise*, Vol. I, New York, Aspen Publisher, 2010, 3.

¹⁷¹ Sul punto si veda L. S. Bressman, R. B. Thompson, *The Future of Agency Independence*, in *Vand. L. Rev.*, 63, 2010, 600. Altra importante categoria è quella dei *Cabinets Departments*, organi che svolgono funzioni di governo e che sono legati al Presidente da un rapporto di fiducia politica. *Contra*, K. Datla, R. L. Revesz, *Deconstructing Independent Agencies*, in *Cornell L. Rev.*, 98, 2012-2013, 769 ss. Ad avviso degli Autori la distinzione avrebbe soltanto un valore nominalistico e formale. Infatti, le due categorie avrebbero molte più caratteristiche in comune che differenze («both independent and executive agencies for a broad set of indicia of independence: removal protection, specified tenure, multimember structure, partisan balance requirements, litigation authority, budget and congressional communication authority, and adjudication authority»). Le IRC, dunque, altro non sarebbero che un tipo di *executive agency*, caratterizzato solo da un più elevato grado di autonomia dal Presidente, secondo un approccio denominato “continuum view”.

¹⁷² Cfr. G. P. Miller, *Independent Agencies*, in *Sup. CT. Rev.* 41, 1986, 51, secondo cui «it is not entirely clear exactly what features of the independent regulatory commissions are essential and what are merely incidental».

La distinzione tra queste ultime e le *Executive Agencies* non si fonda tanto sul tipo di funzioni esercitate, alcune delle quali sono proprie di entrambe le categorie¹⁷³. Tutte le *agencies*, inoltre, intrattengono relazioni con il Presidente, che ha poteri di direzione e indirizzo su alcuni significativi aspetti della loro attività ma non su altri, in relazione ai quali esse sono maggiormente in grado di resistere a pressioni di vario tipo. Su tutte le agenzie federali, infine, il Congresso e il potere giudiziario esercitano una funzione di vigilanza che generalmente non varia a seconda del tipo di *agency*¹⁷⁴.

Tutte le *agencies* federali, insomma, comprese le tradizionali *executive branch agencies*, godono di un più o meno ampio livello di autonomia dal controllo diretto del Presidente e, contrariamente a quanto si possa pensare, anche le IRC, pur avendo una formazione sostanzialmente tecnica, sono sottoposte a un certo grado di influenza presidenziale. Si può dunque concludere che l'originaria distinzione funzionale tra le IRC (simboleggianti l'ideale di una regolazione terza e neutrale volta al perseguimento del pubblico interesse anche a discapito dei principi di *common law*) e le *executive agencies* (cui teoricamente spetterebbero compiti meramente attuativi delle leggi varate dal Congresso) appare oggi meno netta rispetto al passato.

In primo luogo, perché anche le agenzie interne al Governo espletano, ovviamente, funzioni di regolazione; secondariamente perché, come vedremo, parte dell'attività delle IRC consiste nell'esercizio di attività diverse dalla predisposizione di regole¹⁷⁵. La differenza, più che nei poteri, sembra risiedere piuttosto nella peculiare posizione delle IRC all'interno dell'architettura amministrativa statunitense (da cui derivano anche i dubbi sulla loro conformità costituzionale) e nel tipo di *leadership* e assetto organizzativo che le caratterizza, peculiarità che le pongono al di fuori di quello che è stato definito il "presidential realm"¹⁷⁶.

Le IRC hanno composizione collegiale e sono dirette da un *board* di commissari (di solito da cinque a sette), contrariamente alle *executive agencies*, dirette solitamente da un

¹⁷³ Cfr. P. L. Strauss, *An Introduction to Administrative Justice in the United States*, Durham, Carolina Academic Press, 1989, 92. Per esempio, sia la *Federal Trade Commission* sia il Dipartimento della Giustizia sono responsabili dell'attuazione delle norme a tutela della concorrenza; sia la *Federal Reserve Board* che il Dipartimento del Tesoro esercitano poteri di regolazione in materia bancaria.

¹⁷⁴ Cfr. P. L. Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, cit., 583. Secondo Strauss, inoltre, «the characteristics of the oversight relations of President and Congress with "executive" and "independent" agencies owe as much (or more) to politics as to law».

¹⁷⁵ Così, D. Custos, *The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies*, in *Am. J. Comp. L.*, 54, 2006, 617.

¹⁷⁶ *Ibidem*, 616. Sulla *governance* delle IRC si veda, in particolare, D. M. Welborn, *Governance of Federal Regulatory Agencies*, Knoxville, University of Tennessee Press, 1977.

unico soggetto. Il fine è quello di garantire l'adozione di decisioni condivise, pluralistiche e che sottendano una riflessione collettiva in cui tutti i commissari abbiano fornito il proprio apporto, presentando e discutendo i relativi argomenti¹⁷⁷.

Da questo punto di vista, dunque, la collegialità cerca di garantire una maggiore accuratezza nell'adozione delle scelte, derivante dalla natura dialettica del processo decisionale più che dall'efficienza e dalla rapidità dello stesso. Sotto il profilo empirico, infatti, la collegialità spingerà i singoli a ricercare soluzioni di compromesso anche in situazioni diverse, garantendo una maggiore omogeneità negli orientamenti, a differenza di quanto accadrebbe con un decisore singolo, maggiormente esposto a condizionamenti di vario tipo e, quindi, a una variabilità di giudizio più marcata¹⁷⁸.

La nomina dei commissari è sottoposta a regole tali da garantire loro un'ampia indipendenza e neutralità nell'esercizio dei propri poteri. Essi sono scelti dal Presidente ma con la necessaria conferma (*consent*) del Senato¹⁷⁹. Quanto alla composizione del collegio¹⁸⁰, essa risponde a un criterio di rappresentanza *bipartisan*, in modo che l'azione della commissione risulti il più possibile terza rispetto agli interessi politici. Il partito di maggioranza e quello di opposizione¹⁸¹, infatti, devono essere analogamente rappresentati

¹⁷⁷ Sul tema del *collegial decision making* si veda H. W. Jones, *Multitude of Counselors: Appellate Adjudication as Group Decision Making*, in *Tul. L. Rev.*, 54, 1979, 541.

¹⁷⁸ Cfr. P. L. Verkuil, *The Purposes and Limits of Independent Agencies*, in *Duke L. J.*, 1988, 262. Quando alla collegialità si aggiungono le altre caratteristiche tipiche delle IRC (nomina, composizione *bipartisan*, rimozione per causa, durata del mandato) è evidente, sottolinea Verkuil, come il modello perseguito dalle commissioni indipendenti sia quello delle corti giurisdizionali, in particolare le *courts of appeal*. Sul punto, si vedano J. Mashaw, W. Schwarz, C. Goetz, P. Verkuil, F. Goodman, M. Carrow, *Social Security Hearings and Appeals*, Lexington – Mass., Lexington Books, 1978; M. Shapiro, *Courts, a Comparative and Political Analysis*, Chicago, University of Chicago Press, 1981, 111-115.

¹⁷⁹ Cfr. *Buckley v. Valeo*, 1. 242 U.S. 1 (1976). In questa importante decisione la Corte Suprema ha confermato l'esclusiva competenza costituzionale del Presidente sulla nomina dei membri delle agenzie federali e, in generale, di tutti gli "Officers of the United States". Sebbene il Congresso possa garantire ad alcune agenzie un maggior grado di indipendenza dal controllo presidenziale, questa non si può mai spingere fino alla completa esclusione del capo dell'esecutivo dal processo di selezione dei suoi membri. Cfr. B. Schwartz, *Administrative Law*, New York, Little, Brown and Company, 1991, 7.

¹⁸⁰ In relazione ai criteri di nomina, molti sono i gli elementi che possono influenzare la scelta presidenziale: in primo luogo fattori geografici e politici. Nonostante le IRC si configurino come soggetti tecnici in grado di affrontare con atteggiamento neutrale e con particolare *expertise* questioni complesse, le commissioni di più recente istituzione non prevedono particolari requisiti di professionalità per la nomina dei propri membri. Normalmente, tra l'altro, alcune commissioni indipendenti sono composte da soggetti scelti tra le fila del personale delle *executive agencies* o, meno sorprendentemente, da soggetti molto vicini ai settori produttivi regolati. Ovviamente, ci sono leggi istitutive che tuttora prevedono specifiche qualifiche necessarie per diventare membro di una IRC. È il caso della *Surface Transportation Board* (STB), che ha preso il posto della ICC. La legge (49 U.S.C. § 701 (b) (2), infatti, richiede che almeno due membri del *board* su tre abbiano esperienza professionale nel settore dei trasporti, mentre un membro deve avere un *background* a livello commerciale o professionale nel settore privato. Sul punto si veda M. J. Breger, G. J. Edles, *Independent Agencies in the United States*, cit., 97-98.

¹⁸¹ È tuttavia possibile la nomina di membri indipendenti, essendo normalmente il numero dei commissari dispari. J. Kershner, *Political Party Restrictions and the Appointments Clause: the Federal*

in seno al *board*, condizionando pesantemente la altrimenti illimitata possibilità di nomina da parte del capo dell'esecutivo. Si vuole evitare, cioè, una perfetta “political consonance” tra il Presidente e un'agenzia indipendente¹⁸².

Altra caratteristica fondamentale delle IRC risiede inoltre, nella elevata durata del mandato dei commissari che, pur variando da commissione a commissione¹⁸³, è più lunga di quella dei quattro (e potenzialmente otto) anni del capo dell'esecutivo, in modo che nessun Presidente da solo sia mai in grado di nominare tutti i membri di una IRC. Infine, ed è questo il tratto forse più caratteristico dello “statuto di indipendenza” delle autorità indipendenti statunitensi, risiede nelle norme relative alla rimozione dei commissari. Il Presidente, infatti, non ha il potere di rimuovere discrezionalmente un membro, se non “for cause”¹⁸⁴.

La rimozione “per giusta causa” può essere motivata, tra le altre, da inefficienza, mancato rispetto dei doveri inerenti il proprio ufficio o da una condotta illecita perpetrata nello svolgimento dello stesso (*inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office*). Ciò rende, almeno in principio, impossibile per il Presidente censurare o sanzionare l'azione di un commissario solo per motivi di ordine politico¹⁸⁵. I commissari rimangono in carica per

Election Commission's Appointments Process is Constitutional, in *Cardozo L. Rev.*, 32, 2010, 619, sottolinea come parte della dottrina statunitense ritenga incostituzionali le restrizioni al potere di nomina presidenziale relative all'appartenenza politica, per violazione dei poteri presidenziali relativi alla nomina di tutti gli *officers* pubblici. Nessuna corte, tuttavia, ha mai abbracciato quest'orientamento.

¹⁸² Il criterio dell'appartenenza politica può tuttavia essere aggirato senza troppe difficoltà. Per esempio, nel 2001 la *United States Commission on Civil Rights* (USCCR) ha visto un proprio membro abbandonare il Partito Repubblicano e dichiararsi indipendente al fine di essere nominato vice presidente; per poi tornare nel GOP al termine del mandato e ottenere nel 2007 il rinnovo della carica da parte del Presidente Bush. Sul punto, B. Drogin, *Rights Panel Backs Florida Voting Report Amid Dissent*, in *L.A. Times*, June 9, 2001, disponibile all'indirizzo internet <http://articles.latimes.com/2001/jun/09/news/mn-8314>.

¹⁸³ I membri della *Federal Reserve Board* restano in carica dieci anni; quelli della *Federal Trade Commission* e della *Security and Exchange Commission* rimangono in carica sette anni; i componenti della *Federal Energy Regulatory Commission* e della *nuclear Regulatory Commission* cinque anni.

¹⁸⁴ Principio affermato nella sentenza *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602, 629-632 (1935) e confermato nel caso *Wiener v. United States*, 357 U.S. 349, 356 (1958). In merito alla prima delle due pronunce della Corte Suprema si veda W. E. Leuchtenburg, *The Case of the Contentious Commissioner: Humphrey's Ex'r v. U.S.*, in H. M. Hyman, L. W. Levy (ed.), *Freedom and Reform: Essays in Honor of Henry Steele Commager*, Hardcover, Import, 1967, 276. Già nel 1789, tuttavia, il Presidente Jefferson venne considerato “unqualified” per aver rimosso un commissario nominato dal suo predecessore Adams nel celebre caso *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). In relazione al citato fondamentale caso giudiziario si veda B. Barbisan, *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803 Marbury v Madison e le origini della giustizia costituzionalista negli Stati Uniti*, Bologna, Il Mulino, 2008. Sul potere di rimozione e, in generale sui rapporti istituzionali tra il Presidente e le IRC si tornerà con maggiore approfondimento nel Par. 1.6.

¹⁸⁵ A differenza di quanto accade, invece, per tutti gli altri “officers of the U.S.”, come i segretari dei *Cabinets*, che possono essere rimossi dal loro incarico in ogni momento senza alcuna ragione o spiegazione. Cfr. *Myers v. United States*, 272 U.S. 52, 134 (1926). Nel già citato caso *Buckley v. Valeo* del 1976 la Corte Suprema ha definito “officer” (anche ai fini della nomina e non solo della rimozione degli stessi) come “any appointee exercising significant authority pursuant to the laws of the United States». In maniera più specifica

un mandato fisso e non possono essere sostituiti se non per una giustificazione formale, in maniera tale che «they are more remote from presidential influence and control than the more usual executive agency»¹⁸⁶.

L'aspetto più interessante riguarda tuttavia le funzioni che le IRC esercitano che, se da un lato le pongono al di fuori della tradizionale tripartizione tipica delle democrazie liberali, dall'altro ne rappresentano la stessa ragion d'essere. Le IRC, infatti, non svolgono solo compiti di natura amministrativa (attraverso l'adozione di provvedimenti particolari atti a incidere su soggetti determinati, come la comminazione di sanzioni conseguenti alla violazione di una disposizione legislativa o il rilascio di un'autorizzazione) e di *enforcement* delle leggi varate dal Congresso. Esse esercitano anche funzioni di "dispute-resolution", volte cioè a risolvere controversie insorte tra operatori privati e determinare, quindi, il diritto applicabile al caso concreto (si tratta della competenza originaria della prima *commission*, la ICC). Attività *latu sensu* assimilabile a quella propria del potere giurisdizionale, tant'è che si parla di "quasi-judicial function", in grado di dare maggiori garanzie in termini di rapidità rispetto agli ordinari ricorsi di fronte alle corti statali e federali che, però, di norma non sono mai preclusi in seconda battuta. Entrambe le predette funzioni possono essere ricomprese nel generale concetto di *adjudication*¹⁸⁷.

Le IRC sono inoltre titolari di fondamentali funzioni di regolazione economica e sociale (*rule-making*) loro delegate dallo stesso organo legislativo ed esercitate mediante veri e propri poteri normativi di secondo grado da cui originano doveri in capo ai cittadini¹⁸⁸. Il modello è quello della "combined-function agency"¹⁸⁹ che stabilisce le

la Corte ha ricondotto a tale definizione la posizione di coloro che sono titolari di un impiego pubblico conferito dal governo "embracing the ideas of tenure, duration, emolument, and duties". Mentre rientrano nella categoria dei "non-officers" gli impiegati che svolgono funzioni subordinate rispetto agli *officers*. Su milioni di impiegati statali negli U.S.A., solo poche migliaia hanno la qualifica e lo *status* di "government officer".

¹⁸⁶ P. L. Strauss, *An Introduction*, cit., 15. Cfr. anche K. C. Davis, R. Pierce, *Administrative Law Treatise*, San Diego, KC Davis Publishing Co, 1994, 46, in cui si afferma che le IRC "are insulated from presidential control in one or more ways".

¹⁸⁷ L'*Administrative Procedure Act*, § 5516-7, definisce cosa debba intendersi per *adjudication* in questi termini: «Adjudication means agency process for the formulation of an order (...). An order means the whole or a part of a final disposition (...) of an agency in a matter other than rule making but including licensing». Una categoria residuale che, dunque, copre tutto ciò che non costituisce attività di regolazione tramite la predisposizione di una norma di secondo grado contenente una regola di applicabilità generale. Si veda a tal proposito M. Asimow (Ed.), *Federal Agency Adjudication*, Chicago, American Bar Association, 2003, 5.

¹⁸⁸ *Infra*, Par. 1.5. Come sottolinea P. Verkuil, *op. cit.*, 263, «[n]one of these functions is unique to independent agencies; executive agencies and departments employ them as well. What is unique about independent agencies is that they perform the executive functions of policymaking and prosecution through an organizational scheme that was designed with the adjudicatory function in mind».

regole, investiga sulla loro applicazione, persegue eventuali violazioni e risolve controversie. Poteri che si concretizzano nella fissazione di prezzi e tariffe, nella determinazione delle condizioni di accesso a un determinato mercato, dei requisiti minimi da rispettare per tutelare la sicurezza dei luoghi di lavoro o degli *standard* di affidabilità di determinati prodotti ai fini della loro commercializzazione¹⁹⁰.

Le IRC sono state efficacemente, anche se molto enfaticamente, definite come un «headless fourth branch of government»¹⁹¹, un quarto potere “senza testa”, a rimarcare da un lato il loro essere poste al di fuori del diretto potere di controllo del Presidente, dall’altro la titolarità simultanea di competenze e funzioni semi-legislative, esecutive e quasi-giurisdizionali appartenenti agli altri organi costituzionali.

Al fine di rendere questo quarto potere conforme alla Costituzione è necessario vedere nelle IRC dei soggetti in grado di rompere con la tradizionale tripartizione dei poteri intesa in senso formale, secondo una lettura alternativa (o “funzionale”) che si basa invece sulla “permeability between the branches”¹⁹². In conformità a tale approccio, il Congresso avrebbe la possibilità anche di modificare la struttura dei poteri federali, purché non vada a indebolire la funzione centrale o il sistema di responsabilità di uno di essi, alterando l’equilibrio tra le autorità dello Stato¹⁹³.

¹⁸⁹ M. Asimow, *The Administrative Judiciary: ALJs in Historical Perspective*, in *J. Nat’l A. Admin. L. Judges*, 20, 2000, 157.

¹⁹⁰ G. Tiberi, *op. cit.*, 175.

¹⁹¹ Tale espressione fu usata per la prima volta nel 1937 da Luis Brownlow, allora Presidente della *Commission on Administrative Management*. Cfr. *Report of the Committee with studies of administrative management in the federal Government*, Washington, 1937. P. L. Strauss, *An Introduction*, *cit.*, 578, nota 15, sottolinea come in realtà «they are, of course, not “headless”; all accounts of their functioning recognize that at least the courts and Congress remain superior-if not dominating-entities in their appropriate spheres». Sulla definizione e sull’approccio in questione si veda, inoltre, P. L. Strauss, *Formal and Functional Approaches to Separation of Powers Questions: a Foolish Inconsistency?*, in *Cornell L. R.*, 72, 1986-1987, 495, che ne evidenzia la eccessiva portata. Definire le IRC come un «headless fourth branch», infatti, significherebbe abbandonare ogni possibilità di ricondurre ad unità il potere esecutivo «if there are agencies responsible for carrying out public laws to which the President may not speak in his office-characteristic ways». Con un aumento, non raccomandabile secondo l’A., di influenza del Congresso sull’attività delle stesse commissioni. («Any workable theory must not only avoid placing excessive power in the President’s hands, but also maintain his claim to a central and unifying governmental role-that is, to a relationship with *all* agencies that permits the exercise of his characteristic functions»).

¹⁹² Cfr. G. Calabresi, K. H. Rhodes, *The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary*, in *Harv. L. Rev.*, 105, 1992.

¹⁹³ Cfr. *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 711-712 (1974). P. L. Strauss, *The Place of Agencies in Government*, *cit.*, 667, afferma che il dogma della tripartizione dei poteri non deve essere interpretato in maniera formale e restrittiva, ma come semplice chiave di lettura dei rapporti intercorrenti tra i soggetti che compongono l’ordinamento e, soprattutto, delle forme di controllo (*check and balances*) che ognuno può esercitare nei confronti dell’altro. Ciò vale anche per le *agencies*, in cui i poteri, di fatto, non sono separati e che non rispondono del loro operato di fronte a nessun organo in particolare se non al Congresso. Da questo punto di vista, infatti, «although agencies certainly might be assigned to one or another of the executive, legislative, or judicial branches (but not more than one, if we are rigorously to pursue the separation idea), that signifies little for the functions they perform. No compelling textual or interpretive mandate requires

Le commissioni indipendenti rappresentano un modello ormai strutturale all'interno dell'ordinamento statunitense, essendo presenti in quasi tutti i settori della vita economica e sociale del paese. Si va dalla tutela dell'ambiente (*Environmental Protection Agency*) al settore finanziario e borsistico (*Securities and Exchange Commission*); dal comparto energetico (*Federal Energy Regulatory Commission*) alla tutela della concorrenza (*Federal Trade Commission*); dalle comunicazioni elettroniche (*Federal Communication Commission*) alla protezione dei consumatori (*Consumer Product Safety Commission*); dai trasporti (*Surface Transportation Board*) alla politica monetaria (*Federal Reserve Board of Governors*).

Il fine generale del modello americano di intervento pubblico economico è chiaro: individuare modalità di regolazione della vita economica e sociale del Paese ispirate ai canoni della neutralità, della competenza tecnica, dell'*expertise* professionale e della rapidità d'intervento rispetto ai cambiamenti e alle esigenze della società, tali da giustificare il particolare statuto d'indipendenza che connota le *Independent Regulatory Commissions*¹⁹⁴. La volontà di perseguire l'interesse pubblico in numerosi e variegati

such a formal placement to be effected». Nello stesso senso, T. R. McCarth, R. W. Roberts Jr., *American Trucking Association v. Environmental Protection Agency: in search of support of a strong nondelegation doctrine*, in *Whittier L. Rev.*, 23, 2001, 137. All'approccio funzionale si contrappone la c.d. *theory of the unitary executive*, che contesta la costituzionalità delle agenzie indipendenti e che si basa su un'interpretazione restrittiva e formalistica dell'art II della Costituzione americana, contenente le *vesting* e *take care clauses*. Secondo questa scuola, le predette clausole, relative all'attribuzione del potere esecutivo al Presidente, andrebbero interpretate nel senso che di tale potere solo il Presidente sarebbe titolare. Il Congresso, dunque, non potrebbe conferire funzioni esecutive ad altri soggetti posti al di fuori dell'*executive branch*. Le agenzie federali possono essere considerate legittime esclusivamente se esercitano funzioni puramente esecutive e, soprattutto, se sono politicamente responsabili di fronte al Presidente. Sul punto si vedano, tra gli altri, R. G. Natelson, *The Original Meaning of the Constitution's "Executive Vesting Clause": Evidence from Eighteen Century Drafting Practice*, in *Whittier L. Rev.* 31, I, 2009, 4; R. J. Reinstein, *The Limits of Executive Powers*, in *Am. U. L. Rev.*, 59, 2009, 259.

¹⁹⁴ I principi affermati nel già citato caso *Humphrey v. Executor* del 1935 rappresentano ancora oggi la base legale per giustificare l'indipendenza delle IRC. In questa fondamentale pronuncia venne affermato che i poteri della *Federal Trade Commission*, di cui Humphrey faceva parte prima che venisse rimosso dal Presidente Roosevelt, non erano «neither political nor executive». La particolare imparzialità ed *expertise* caratterizzanti la Commissione, inoltre, ne giustificavano l'indipendenza dallo stesso Presidente, il cui potere di rimozione, stabilito nella precedente controversia *Myers* dalla stessa Corte Suprema, si applicava esclusivamente ai «purely executive officers». P. P. Swire, *Incorporation of Independent Agencies into the Executive Branch*, in *Yale L. J.*, 94, 1984-1985, 1770, sosteneva la fine della spinta propulsiva del modello delle IRC e ne suggeriva l'incorporazione all'interno dell'esecutivo sulla base di diverse critiche relative alla struttura e al ruolo delle commissioni stesse. Non ci sarebbe più, secondo l'A., la necessità di garantire una speciale protezione alle commissioni indipendenti, dal momento che queste, dal punto di vista operativo e funzionale, non presenterebbero più alcuna rilevante differenza con le *executive agencies*. Afferma Wire come «the ideal that agency impartiality requires independence from political pressures has experienced a similar decline. The criticisms of expertise, such as agency "capture," also suggest that agencies are not impartial. The increased and widely accepted use of rulemaking, with its balancing of political considerations, has deliberately reduced agency insulation from external political debate. The widespread statutory employment of the legislative veto indicates that Congress values accountability more highly than independence from political concerns. In addition, within each agency, the level of impartiality required of individual decisionmakers has been substantially reduced».

settori caratterizzati da una elevata tecnicità e da un altrettanto alto rischio di obsolescenza ha, come vedremo, imposto al legislatore di garantire alle IRC ampie deleghe di poteri, molto spesso in bianco, permettendo loro di condurre *policies* sostanzialmente autonome e prive di particolari condizionamenti esterni.

1.4. La *non delegation doctrine*

I dubbi di costituzionalità sulla natura e sui poteri delle IRC derivano soprattutto dalle c.d. *distributing clauses* presenti nella Costituzione, che affidano il potere legislativo al Congresso¹⁹⁵, il potere esecutivo al Presidente¹⁹⁶ e quello giudiziario alla Corte Suprema e alle altre corti inferiori¹⁹⁷.

Queste disposizioni normative hanno come conseguenza che nessuno dei tre poteri possa mai essere delegato a organi, agenzie, uffici diversi da quelli espressamente contemplati dalla carta costituzionale? Come è possibile conciliare il principio della separazione dei poteri con l'attribuzione alle agenzie indipendenti di funzioni diversificate in cui non sussiste una netta separazione tra il momento normativo-esecutivo e quello quasi-giurisdizionale? La Corte Suprema ha avuto più volte occasione di affrontare queste tematiche.

Inizialmente, la Corte si oppose fermamente a ogni ipotesi di delega di poteri normativi, fondando il proprio ragionamento sul principio secondo cui, in astratto, la Costituzione americana vieta espressamente una delega di poteri legislativi a soggetti diversi dal Congresso¹⁹⁸. Tuttavia tale atteggiamento inflessibile mutò nel corso del XX

¹⁹⁵ U.S. Const., Art. I, § 1, cl. 1.

¹⁹⁶ U.S. Const., Art. II, § 1, cl. 1.

¹⁹⁷ U.S. Const., Art. III, § 1, cl. 1.

¹⁹⁸ Cfr. *Field v. Clark*, 143 US 649, 962 (1892), in cui il giudice Harlan sostenne che «that Congress cannot delegate legislative power (...) is a principle universally recognized as vital to the integrity and maintenance of the system of government ordained by the Constitution». Il principio generale secondo cui *delegatas potestas non potest delegari* era stato fatto proprio dalla Corte Suprema già nel 1831 nel caso *Shankland v. Wahington*, 5 Pet. 390, 395 (U.S. 1831) in cui aveva affermato che «the general rule of law is that a delegated authority cannot be delegated». Sull'interpretazione del brocardo e sulla sua applicazione nel mondo anglosassone si vedano T. M. Cooley, *A treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union*, Boston, Little, Brown and Company, 1927; A. Ross, *Delegation of Powers*, in *Am. J. Comp. L.*, 7, 1958, 1 ss. Cfr. anche R. Cushman, *The Constitutional Status of Independent Regulatory Commissions*, in *Cornell L. Quarterly*, 1938, 32, che ricollega la *non-delegation doctrine* e, in generale, l'imposizione di limiti alla possibilità di delegare un potere costituzionalmente attribuito, alla necessità di tutelare il «due process of law» altrimenti messo a rischio da un'eccessiva discrezionalità in capo alle agenzie federali. C. R. Farina, *Deconstructing Nondelegation*, in *Harv. L. J. & Pub. Pol'y*, 33, 2010, 90, sottolinea come le sentenze in cui la teoria della non-delegazione venne fatta propria dalla Corte Suprema sembrano frutto dell'applicazione dei principi generali di *common law* più che momenti di alta esegesi costituzionale.

secolo, in relazione alla necessità di adeguarsi rispetto all'espansione dello Stato amministrativo. Ciò condusse i giudici di Washington a non escludere la possibilità che potessero essere sviluppati principi giuridici e teorie volti a giustificare l'attività (soprattutto di *rule-making*) delle commissioni indipendenti. In questo senso si parla di superamento della “non-delegation doctrine”, ossia quell'approccio dottrinale contrario a ogni tipo di delega di poteri a soggetti diversi dagli organi costituzionali. La *Supreme Court*, al fine di ricondurre a legalità le agenzie e le commissioni indipendenti e i poteri a esse delegati, cercò, tuttavia, di non scardinare i pilastri dell'ordinamento giuridico americano, in primo luogo il bilanciamento, la distinzione e il reciproco controllo tra i poteri costituiti¹⁹⁹.

I primi casi affrontati dai giudici della Corte Suprema riguardavano, ovviamente, la delega dei poteri da parte del Parlamento al Presidente; i principi affermati, tuttavia, rimangono validi anche per la delega di poteri alle *agencies* e alle IRC affermatasi in un secondo momento²⁰⁰. Già nel 1813, nel caso *The Big Aurora v. United States*²⁰¹, la Corte Suprema ebbe modo di confrontarsi con il tema, a proposito di una legge che autorizzava il Presidente a imporre un embargo economico nei confronti della Francia napoleonica e del Regno Unito nel caso in cui questi due Paesi avessero violato la neutralità commerciale americana²⁰². In questo caso lo *statute*, la cui legalità era contestata da un'impresa accusata di aver violato l'embargo, fu invece considerato legittimo dalla Corte. Infatti, il potere esecutivo incarnato dal Presidente si era limitato, in quell'occasione, all'adozione di uno specifico e prescritto atto autorizzato dal Parlamento, la cui adozione, necessaria ad applicare la legge, era obbligatoriamente vincolata al verificarsi di una determinata eventualità prestabilita dal legislatore (“named contingency”).

Lo stesso approccio, detto appunto *named contingency test*, fu ribadito nella successiva causa *Field v. Clark*²⁰³. Anche in questa occasione, il massimo giudice

¹⁹⁹ Cfr. A. Forgàcs, *The Regulatory Powers of Agencies in the United States and the European Union*, in *Eur. Networks L. & Reg. Q.*, 3, 2015, 13.

²⁰⁰ Per l'analisi dei diversi approcci succedutisi nel tempo si vedano, tra i molti, A. Barber, *The Constitution and the Delegation of Congressional Power*, New York, Oxford University Press, 1975; F. Heffron, N. McFeeley, *The Administrative Regulatory Process*, New York, Longman, 1983, 30 ss.; R. J. Pierce, S. A. Shapiro, P. R. Verkuil, *Administrative Law and Process*, II Ed., New York, The Foundation Press, 1992, 47 ss.

²⁰¹ *The Big Aurora v. United States*, 7 Cranch 382 (1813).

²⁰² Si trattava del *Non-Intercourse Act* del 1809.

²⁰³ *Field v. Clark*, 143 US 649, 692 (1892). In quest'occasione, il *Tariff Act* del 1890 concedeva al Presidente il potere di sospendere l'applicazione di alcune sue disposizioni relative a esenzioni fiscali «whenever and so often as [...] the government of any country producing and exporting imposes duties or

statunitense affermò che se è vero che il Congresso non può delegare il potere di legiferare, tuttavia la delega non è incostituzionale se il Presidente viene a operare non come legislatore, ma come un mero agente del Parlamento, semplicemente riconoscendo il verificarsi concreto dell'evento cui la legge ricollega la sua applicazione. Sebbene la delega basata sul *named contingency test* sia sotto molti aspetti la più restrittiva possibile, negli ultimi anni il Congresso ha cercato di limitare comunque il suo utilizzo, scegliendo invece la strada di imporre precise e stringenti condizioni relative alle modalità con cui un certo potere viene ad essere esercitato (non limitando il proprio ruolo, dunque, alla sola determinazione delle condizioni necessarie affinché lo stesso possa essere fattivamente attuato). Il fine è chiaramente quello di poter esercitare il proprio potere di veto su quegli atti esecutivi che non rispettino le predette condizioni²⁰⁴.

In un altro celebre caso del 1911, *United States v. Grimaud*²⁰⁵, la Corte modificò il proprio orientamento. In questa sede venne affermato che sussiste una sottile linea di demarcazione tra ciò che costituisce l'essenza del potere legislativo e l'attività di regolazione di un'autorità amministrativa. Una delega di poteri non legislativi e subordinati sarebbe legittima, dunque, quando l'amministrazione si limitasse ad adottare le necessarie disposizioni di dettaglio in applicazione delle leggi generali e astratte varate dal Congresso («filling in the details»)²⁰⁶.

Con l'aumento delle deleghe parlamentari nei confronti dell'esecutivo e delle IRC dovute alle predette aperture giurisprudenziali, la Corte Suprema si vide in un certo senso costretta ad aggiornare il proprio approccio in senso maggiormente “pragmatico”. Nel caso *J. W. Hampton Jr. & Co. v. United States* del 1928²⁰⁷, la Corte introdusse il c.d.

other exactions upon the agricultural or other products of the United States, which [...] he may deem to be reciprocally unequal and unreasonable».

²⁰⁴ Così, F. Heffron, N. McFeeley, *op. cit.*, 32, in riferimento, tra gli altri atti legislativi adottati con lo stesso proposito, al *National Emergencies Act* del 1976. Se storicamente al Presidente era permesso proclamare lo stato di emergenza nazionale in maniera quasi indiscriminata, con la possibilità di esercitare ampie e non prestabilite funzioni volte a regolare l'economia, controllare le comunicazioni o i trasporti, dopo questa legge la situazione cambiò. Essa individua i possibili presupposti che legittimano l'esercizio del potere e, soprattutto, prevede che qualora il Presidente dichiari lo stato di emergenza, il Congresso possa stabilirne la fine sulla base di una propria risoluzione.

²⁰⁵ *United States v. Grimaud*, 220 US 506 (1911).

²⁰⁶ La Corte fece riferimento a un precedente, *Wayman v. Southard*, 10 Wheat. 1 (1825), in cui il Justice Marshall affermò il potere del Congresso di adottare norme dal contenuto generale che autorizzino “those who are to act under such general provisions to fill up the details”.

²⁰⁷ *J. W. Hampton Jr. & Co. v. United States*, 276 US 394 (1928). In questo caso si trattava della costituzionalità di una legge, il *Tariff Act* del 1922, che dava al Presidente il potere di applicare delle “moving tariffs” basate sui costi di produzione. In realtà il principio affermato in questa sede era già contenuto nella precedente sentenza *Butterfield v. Stranahan*, 192 US 470, 496 (1903) dove, con altra terminologia, veniva affermato che «delegation is permitted where the legislature sets ‘standards’ to delimit the scope of agency discretion».

“intelligible principle test”, tuttora valido: qualora il Congresso adotti un provvedimento legislativo contenente un principio chiaro, volto a orientare l’azione (e a limitare la discrezionalità) di una agenzia esecutiva o di una IRC obbligata a conformarvisi nella propria attività di regolazione, questa delega è conforme ai principi costituzionali²⁰⁸.

I tre *government branches*, infatti, non costituiscono entità ontologicamente separate ma, al contrario, ognuna di esse ha la possibilità di invocare l’azione dell’altra al fine di conformarsi ai propri doveri costituzionali. È opportuno tuttavia rilevare che anche di fronte a provvedimenti legislativi di delega contenenti criteri di indirizzo vaghi o imprecisi, la Corte solo due volte ha considerato tali principi non in grado di fornire un’adeguata guida per l’esecutivo²⁰⁹.

Il giudice delle leggi ha finito, dunque, con l’accettare e legittimare, tutto sommato passivamente, l’emergere di un sistema amministrativo e sociale caratterizzato da ampie deleghe - contenenti soprattutto poteri di *rulemaking* - in capo alle commissioni indipendenti, nonostante i principi in precedenza affermati.

²⁰⁸ Anche al fine di permettere allo stesso potere giudiziario di sindacare se una agenzia abbia rispettato o meno le intenzioni del Congresso. In proposito si veda, tra gli altri, T. W. Merrill, *Delegation and Judicial Review*, in *Harv. J. L. & Pub. Pol’y*, 33, 2010, 73.

²⁰⁹ Cfr. F. Heffron, N. McFeeley, *op. cit.*, 34. In alcuni casi la Corte ha considerato legittime, per esempio, deleghe che imponevano “limiti” consistenti nel proibire la concorrenza sleale o nel regolare il sistema delle onde radio secondo l’interesse pubblico. Le due eccezioni sono invece rappresentate, *in primis*, dal caso *Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 US 388, 55 S. Ct. 241. In questa pronuncia la Corte, in concomitanza con l’espansione del potere delle agenzie federali susseguente all’approvazione del *National Industrial Recovery Act* (NIRA) del 1935, non considerò legittima, quale reale limite al potere del Presidente di impedire il commercio inter-statale di partite di petrolio prodotto in violazione delle leggi statali, la condizione che lo stesso venisse trasportato “in an unfair competitive practice”. In questa occasione la Corte stabilì che tale disposizione non rispettava l’*intelligible principle test* perché «it [did] not state whether or in what circumstances or under what conditions, the President is to prohibit the transportation of (...) petroleum (...) in excess of the State’s permission». La legge avrebbe, cioè, concesso nel caso di specie un’autorità illimitata al capo dell’esecutivo nel determinare una specifica *policy*. Come la Corte ebbe ad affermare, «Congress cannot delegate legislative power to the President to exercise unfettered discretion to make whatever laws he thinks may be needed». Il secondo caso, verificatosi sempre durante il *New Deal*, fu il caso *Schechter Poultry Corp. V. United States*, 295 US 495 (1935), detto anche “sick chicken case”. In quest’occasione la parte più importante del NIRA venne dichiarata incostituzionale. La legge, infatti, autorizzava gruppi di imprese a sottoscrivere privatamente codici di “fair competition”, al fine di eliminare i fenomeni di concorrenza sleale che avevano quale maggiore effetto il mantenimento di prezzi - e dunque dei salari - troppo bassi. Il Presidente era autorizzato ad approvare e imporre a tutte le imprese di un certo settore economico l’adozione di un codice di buona condotta qualora il gruppo che ne avesse proposto l’adozione fosse rappresentativo delle *companies* operanti nello stesso comparto industriale; il codice non creasse situazioni di monopolio; e sempre che fosse funzionale a raggiungere gli scopi previsti nella prima sezione del NIRA. La Corte stabilì che gli obiettivi promossi dal Congresso non fossero sufficienti a costituire un adeguato *standard* di indirizzo per l’esecutivo. Nella sua *concurring opinion* il giudice Cardozo affermò: «Anything that Congress may do within the limits of the commerce clause for the betterment of business may be done by the President (...). This is delegation running riot. No such plenitude of power is susceptible of transfert». Sul punto e sulla *non-delegation doctrine* in generale, cfr. D. L. Feldman, *Administrative Law: the Sources and Limits of Governmental Agency Power*, Thousand Oaks, CQ Press, 2016, 4 ss.; J. Pierce, S. A. Shapiro, P. R. Verkuil, *op. cit.*, 48. Si veda, inoltre, P. Irons, *The New Deal Lawyers*, Princeton, Princeton University Press, 1982, 58 ss.

Le questioni concernenti la delega di funzioni “miste” alle IRC e la possibilità che esse dispongano di una più o meno ampia discrezionalità nel loro esercizio, sono originate principalmente dalla loro dubbia legittimazione e dall’assenza di *accountability* delle stesse commissioni, poste al di fuori del circuito politico-elettivo. Problemi che si sono posti e tuttora vengono sollevati ovunque le autorità indipendenti vengono istituite. Da questo punto di vista, infatti, attribuire loro il potere di determinare le priorità dell’intervento pubblico e di incidere direttamente con poteri di *policy-making* nella sfera giuridica dei singoli attraverso la scelta arbitraria di uno tra più interessi contrastanti, potrebbe essere interpretato come una significativa invasione delle libertà dei privati, nel senso che «it obliges them to adhere to a rule of conduct which may not propome their interests and with which they may disagree»²¹⁰.

Proprio al fine di evitare questo rischio e di correggere le ampie deleghe a favore delle IRC, queste ultime e tutte le altre agenzie esecutive sono obbligate al rispetto delle norme contenute nell’*Administrative Procedure Act*²¹¹. La loro azione deve, dunque, essere condotta nel rispetto del principio garantistico del giusto procedimento (*due process*), incentrato soprattutto sull’elemento della partecipazione dei privati sia per quanto riguarda l’adozione di atti di regolazione, sia per quanto riguarda i procedimenti di *adjudication*²¹².

L’adozione di provvedimenti individuali conseguenti all’esercizio di questa funzione “arbitrale”, infatti, deve essere necessariamente preceduta da un’udienza in cui le parti abbiano la possibilità di far sentire la propria voce; deve fondarsi sulle prove acquisite durante l’istruttoria; infine, deve essere motivata. La legittimazione delle IRC, che non può essere ricondotta al circuito politico-rappresentativo, si fonda allora “dal basso”, sulla partecipazione dei privati all’interno di un giusto procedimento in cui viene garantito, secondo diverse declinazioni, il contraddittorio tra i soggetti potenzialmente o direttamente interessati dall’assetto di interessi scelto dalla commissione e quest’ultima.

Ulteriore fattore legittimante, inoltre, viene individuato nella obbligatoria sottoposizione degli atti di regolazione, e in generale degli atti amministrativi delle IRC, al controllo giurisdizionale²¹³. Tuttavia, alcune preoccupazioni possono essere considerate

²¹⁰ Così, E. Carolan, *Democratic Accountability and the Non-Delegation Doctrine*, in *Dublin U. L. J.*, 33, 2011, 225.

²¹¹ Sull’applicabilità dell’APA del 1946 alle *Independent Commissions* si rinvia al Par. 1.5.

²¹² In merito alla partecipazione e in generale sulle peculiarità dei procedimenti di *rule-making*, si tornerà nel Par. 1.6.

²¹³ Come sottolinea G. Tiberi, *op. cit.*, 181, in assenza di un principio generale di ordine costituzionale equiparabile all’art. 113 della Costituzione italiana, tale obbligo è contenuto in tutte le leggi istitutive delle singole IRC.

come peculiari del sistema giuridico statunitense. La crescita dell'apparato amministrativo che ha caratterizzato il *New Deal*, infatti, ha messo in crisi quell'idea di "limited federal government" concepito dai padri costituenti. Il superamento della *non-delegation doctrine*, dunque, si deve all'incapacità del Congresso di affrontare problemi nuovi o legiferare su materie tecniche e soggette a rapida obsolescenza che lo obbligano ad adottare normative caratterizzate da un elevato quanto obbligato grado di astrattezza, lasciando poi alle agenzie il compito di adottare le disposizioni di dettaglio. Un vero e proprio potere normativo di secondo grado, molto spesso neanche condizionato da disposizioni legislative primarie.

Questo, tuttavia, finisce per limitare fortemente lo spazio normativo per gli Stati, con un conseguente squilibrio nella distribuzione verticale dei poteri normativi all'interno della cornice costituzionale federale²¹⁴. Inoltre, permettere al Congresso di evitare l'adozione di normative particolarmente dettagliate e complesse ha comportato un aumento del numero delle leggi approvate, proprio in seguito a una "fuga" del Parlamento dalle proprie responsabilità politiche. L'adozione di disposizioni normative contenenti principi eccessivamente generali, che saranno concretizzati a livello esecutivo in un secondo momento, permette infatti al Parlamento di non effettuare scelte volte a risolvere problemi in materie particolarmente sensibili (ambiente, salute, istruzione *etc.*), lasciando che siano le IRC a farlo²¹⁵.

1.5. L'attività di regolazione delle IRC: le caratteristiche fondamentali dei *rulemaking processes*

L'attività di *rulemaking* può assumere significati diversi: dalla definizione delle tariffe da applicare nei servizi pubblici alla creazione di norme vincolanti atte a regolare la condotta delle imprese private, passando per la pubblicazione di *guidelines* e *standard* non vincolanti al fine di orientare gli operatori economici nella loro attività di conformazione alle norme. In generale, l'esercizio di questi poteri da parte delle commissioni indipendenti non presenta caratteristiche differenti dalla *rulemaking activity* delle agenzie che invece fanno parte dell'esecutivo.

²¹⁴ Così, A. Forgàcs, *op. cit.*, 15, che, citando G. Lawson, *The Rise and Rise of the Administrative Law*, in *Harv. L. Rev.*, 107, 1994, 1231, parla di «bloodless constitutional revolution» a proposito dell'espansione del modello di amministrazione per agenzie e commissioni indipendenti affermatosi durante il *New Deal*.

²¹⁵ C. R. Farina, *op. cit.*, 97.

È la posizione di autonomia e “isolamento” dal Presidente che ne rappresenta, come detto, l’elemento di maggiore distinzione. Si deve rilevare, inoltre, come sia l’assetto federale dell’ordinamento giuridico statunitense sia il sistema dei *checks and balances* costituzionali favoriscano il decentramento e la diffusione del potere regolamentare tra livelli di governo diversi. Nonostante l’attività di *adjudication* sia indubbiamente molto rilevante e rappresenti anzi l’originaria *mission* delle autorità indipendenti americane, le risorse delle IRC vengono oggi impiegate soprattutto nella formulazione di politiche da realizzare tramite l’adozione di regole generali.

Queste appaiono, infatti, maggiormente in grado di controllare e orientare rapidamente il comportamento dei soggetti regolati rispetto al dispendioso approccio basato sulla definizione di regole *case by case*, tipica del ruolo arbitrale che pure le IRC svolgono²¹⁶. D’altronde, fino agli anni Settanta le commissioni facevano sostanzialmente ricorso ai propri poteri di *adjudication* e *decision-making* anche per condurre politiche regolatorie di più ampio respiro.

Solo successivamente, anche grazie al sostegno della dottrina e alla pressione dei giudici, il *rulemaking* si impose come strumento di regolazione privilegiato, sulla base della sua rispondenza a criteri di efficienza, efficacia e giustizia. È indubbio, inoltre, che l’attività di *rulemaking* ponga interessanti questioni relativamente agli aspetti organizzativi e operativi delle IRC stesse che, per utilizzare le parole di Paul Verkuil, possono diventare dei veri e propri “policy knight-errants”²¹⁷, in grado di perseguire obiettivi, attuare programmi e politiche in maniera autonoma e fuori dal controllo dell’*executive branch*²¹⁸. Come si legge nell’*Administrative Procedure Act*, per “rulemaking” si intende l’attività attraverso la quale un’autorità pubblica stabilisce, modifica o abroga una regola o norma al fine di «implement, interpret or prescribe law or policy»²¹⁹.

²¹⁶ P. R. Verkuil, *The Purposes and Limits of Independent Agencies*, cit., 264, fa riferimento alla «more bang for the buck theory» per indicare l’approccio teorico che condusse negli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso alla trasformazione di molte commissioni da “adjudicators” in “policymakers”.

²¹⁷ P. Verkuil, *op. cit.*, 264.

²¹⁸ Dal punto di vista costituzionale, la legittimità dell’attribuzione di poteri di *rulemaking* alle autorità indipendenti è stata riaffermata dalla Corte suprema nella sentenza *Mistretta v. U.S.*, 488 U.S., 361 (1989), sempre che ci sia un atto legislativo contenente «an intelligible principle to which the person or the body authorized to act is directed to conform».

²¹⁹ 5 U.S.C. 551 (4); 5 U.S.C. 551 (6). («[R]ule means the whole or part of an agency statement of general or particular applicability and future effect designed to implement, interpret, or prescribe law or policy»). C. M. Kerwin, S. R. Furlong, *Rulemaking. How Government Agencies Write and Make Policy*, Washington D.C., CQ Press, 2011, 6-7, sottolineano come il riferimento alla applicabilità generale o particolare di una regola non sia un aspetto dirimente circa l’individuazione del concetto di “rule”. Nonostante il numero di persone interessate da una misura possa influenzare lo specifico procedimento intrapreso per giungere a una decisione, infatti, ciò solo non basta a definirne la natura. L’elemento chiave a questo proposito va identificato nel fine perseguito da una misura: una “rule”, al pari di una legge parlamentare, ha come obiettivo la determinazione, la modifica o l’eliminazione di una determinata situazione, con effetti esclusivamente *pro futuro*. La Corte Suprema, nel caso *Bowen v. Georgetown University Hospital*, 488 U.S. 204 (1988), ha infatti stabilito che una *rule* non possa produrre effetti retroattivi a meno che ciò non sia espressamente consentito dalla legge che conferisce il potere di regolazione all’agenzia. Sul punto si rinvia a W. V. Luneburg, *Retroactivity and Administrative Rulemaking*, in *Duke L. J.*, 106, 1991. Questo elemento serve, inoltre, a tracciare una linea di confine tra l’attività di *rulemaking* e le

Un vero e proprio potere normativo di secondo grado che permette alle commissioni indipendenti di adottare regole (chiamate dall'APA "legislative rules") da cui scaturiscono diritti e doveri per i cittadini. Nell'attività di *rulemaking* rientra, tuttavia, anche la predisposizione di regole non legalmente vincolanti e non aventi forza di legge ("non legislative rules"), che si possono far rientrare nell'ampia categoria del *soft law*²²⁰.

Le IRC hanno la possibilità di esercitare la propria funzione di regolazione attraverso l'adozione di diverse categorie di regole. In primo luogo, quelle che vengono definite "supplementary" o appunto "legislative rules"²²¹. Queste, come detto, producono i medesimi effetti vincolanti di una legge nei confronti dei privati, dell'agenzia che la adotta e delle corti giurisdizionali. In questo caso, si può parlare di una vera delega di "autorità legislativa" dal Congresso a un'autorità amministrativa, che perfeziona e riempie di contenuto particolare una legge generale²²².

Attraverso una *supplementary rule*, infatti, è possibile imporre doveri giuridici ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge. Una commissione indipendente federale, ovviamente, sarà legittimata a esercitare poteri di *rulemaking* di questo tipo esclusivamente nei limiti in cui tale funzione sia stata espressamente delegata dal potere legislativo e per il raggiungimento degli obiettivi dallo stesso individuati²²³. Come abbiamo visto, tuttavia, il Congresso ha spesso istituito nuove IRC affidando loro compiti e fini molto generali, da raggiungere attraverso il vago riferimento a "rules" e "regulations", di fatto lasciando spazio alla discrezionalità amministrativa delle commissioni nella determinazione delle politiche atte a regolare interi settori economici.

Da questa categoria vanno tenute distinte le *interpretative rules*, che hanno il fine di chiarire il significato delle leggi, senza creare nuove norme. Possono essere utilizzate da

altre funzioni esercitate da un'agenzia: in primo luogo quella di *adjudication*, in cui un'*agency* è chiamata a determinare le implicazioni giuridiche di un evento passato. Nello stesso senso, K. C. Davis, *Administrative Law Text*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1973, 3; S. G. Breyer, R. B. Steward, *Administrative Law and Regulatory Policy*, Boston, Little, Brown and Company, 1989, 398. W. F. West, *Administrative Rulemaking*, Westport, Connecticut, Greenwood Press, 1985, 37, sottolinea come il riferimento alla "particular applicability" (che non era presente nelle prime stesure dell'articolo) di una regola sia stato inserito dal Congresso al fine di assoggettare tutte le attività di una *agency* fossero assoggettate ai requisiti procedurali dell'APA.

²²⁰ D. Custos, *op. cit.*, 619. L'A. evidenzia come questa doppia valenza del concetto di *rulemaking* negli U.S.A. possa risultare di difficile comprensione per gli *scholars* europei che vi ricomprendono esclusivamente l'attività di predisposizione di regole generali e vincolanti.

²²¹ Cfr. R. J. Pierce, *Administrative Law Treatise*, cit., 432.

²²² Cfr. J. P. Comer, *Legislative Functions of the National Administrative Authorities*, New York, Columbia University Press, 1927, 27.

²²³ In questo senso si vedano le sentenze della Corte Suprema *United States v. Broadcasting Co.*, 531 U.S. 192 (1956); *National Broadcasting Co. v. United States*, 319, U.S. 190 (1943); *National Petroleum Refiners Ass'n v. Federal Trade Commission*, 482F.2d 672 (D.C. Cir. 1973).

una commissione per informare i possibili destinatari di una futura misura di regolazione sul proprio orientamento. Dal momento che queste regole non sono vincolanti né possono essere fatte valere giudizialmente contro le *agencies*²²⁴, si ritiene che le IRC e le *executive agencies* possano adottarle anche in assenza di una esplicita autorizzazione congressuale e senza rispettare, a differenza delle *supplementary rules*, le norme procedurali contenute nell'APA²²⁵.

Un'ulteriore categoria è identificabile nel *contingent rulemaking*: una commissione è autorizzata ad agire nel momento in cui si verifichi una determinata condizione o evento contenuto in una disposizione legislativa. In questo caso, la discrezionalità delle commissioni indipendenti potrà essere esercitata solo nella determinazione circa il verificarsi o meno della condizione, ma non sul contenuto vincolato del provvedimento stesso che ne conseguirà.

Fino al 1946 l'attività di *rulemaking* non era regolata formalmente. L'APA oggi disciplina il procedimento relativo all'adozione degli atti di regolazione da parte di tutte le agenzie federali, indipendenti o esecutive, ferma la possibilità di ogni autorità di integrare le previsioni generali con propri atti interni. La legge sul procedimento amministrativo prevede due diverse procedure: *informal* (o *notice and comment*) *rulemaking*²²⁶ e *formal rulemaking*²²⁷.

L'*informal rulemaking* è la procedura generale che trova applicazione laddove non diversamente previsto²²⁸. Si caratterizza per una relativa velocità ed economicità e, soprattutto, perché può rappresentare un vero e proprio “virtual duplicate of the legislative

²²⁴ Una corte potrebbe anche riconoscere efficacia obbligatoria alla posizione che una *agency* abbia assunto tramite una *interpretative rule* ma, in questo caso, è il giudice che garantisce alla norma forza di legge attraverso un'autonoma attività di interpretazione. Si veda a tal proposito la sentenza della Corte Suprema *Rinaldi v. United States*, 434 U.S. 22 (1977).

²²⁵ Sul c.d. “non legislative rulemaking” si veda M. Asimow, *Nonlegislative Rulemaking and Regulatory Reform*, in *Duke L.J.*, 1985, 381 ss. che si esprime contro la possibilità di applicare gli istituti volti a permettere la partecipazione dei privati anche nei procedimenti di adozione dei provvedimenti contenenti *non legislative rules*.

²²⁶ 5 U.S.C. § 553 (b).

²²⁷ 5 U.S.C. § 553 (c).

²²⁸ Sono però stabilite delle eccezioni. Ai sensi della *section 553 (b) (A), (B)*, il procedimento di *informal rulemaking* non troverà applicazione in relazione all'approvazione di *interpretative rules* o di regole relative all'organizzazione interna dell'agenzia; oppure quando l'agenzia ritenga sussistere una giusta causa (c.d. «good cause exemption») che renda la procedura di consultazione pubblica non praticabile, non necessaria o contraria all'interesse pubblico.

process”²²⁹ in cui viene assicurata trasparenza²³⁰ e la piena partecipazione dei soggetti privati potenzialmente interessati da un intervento di regolazione²³¹.

Si struttura in tre fasi: *notice*, *comment* e *final rule*. L’inizio del procedimento può essere rappresentato da un’istanza privata (“petition for rulemaking”), proveniente da un altro soggetto pubblico oppure da una decisione propria della commissione. Nel momento in cui l’autorità decide di adottare una certa misura, ne dà notizia attraverso la pubblicazione sul *Federal Register* di una *Notice of Proposed Rulemaking* (NPRM), che

²²⁹ Così, K. C. Davis, *Discretionary Justice: a Preliminary Inquiry*, Urbana, University of Illinois Press, 1976, 65, che definisce il *notice and comment* come «one of the greatest inventions of modern government».

²³⁰ Anche se, in verità, ciò che accade prima della pubblicazione della proposta di regolazione (ossia la maggior parte del lavoro) non è oggetto di disciplina amministrativa e rimane nella disponibilità e conoscenza esclusiva della singola IRC. Cfr. D. Custos, *op. cit.*, 624. In questo senso anche C. Coglianese, *E-Rulemaking: Information Technology and the Regulatory Process*, in *Admin. L. Rev.*, 56, 2004, 358, il quale sottolinea come le decisioni da prendere riguardino non solo quale misura adottare, ma anche quale priorità debba essere data alla stessa all’interno dell’agenda della IRC o della *executive agency*. Due volte all’anno, infatti, le agenzie pubblicano nel *Federal Register* una “regulatory flexibility agenda”, che contiene informazioni circa tutte i provvedimenti regolamentari che di cui si sta valutando l’adozione. In alcuni casi può essere pubblicata una *Advance Notice of Proposed Rulemaking*, che contiene informazioni più approfondite rispetto all’agenda predetta e che incoraggia i soggetti interessati a presentare osservazioni in una fase antecedente rispetto all’inizio del *notice and comment* vero e proprio. Come sottolineato in C. M. Kerwin, S. R. Furlong, *Rulemaking. How Government Agencies Write and Make Policy*, *cit.* 53, nonostante le informazioni fornite durante il procedimento siano maggiori e più attendibili rispetto a quelle relative al procedimento legislativo (riconducibili, in fondo e per i più, alle notizie riportate dai media), la discrezionalità delle agenzie nello scegliere quante e quali informazioni rendere pubbliche è comunque ampia.

²³¹ La partecipazione dei soggetti regolati assume molteplici significati: legittimante nei confronti delle regole adottate da organismi pubblici non elettivi; strumento nelle mani delle stesse IRC per ottenere dai privati tutte le informazioni e conoscenze necessarie all’adozione di una misura di regolazione adeguata e a colmare le lacune informative che i membri delle commissioni necessariamente scontano; mezzo per i cittadini per influenzare le scelte del decisore pubblico. I commenti provenienti dai soggetti interessati, inoltre, possono aiutare le commissioni a determinare il grado di accettazione o di resistenza delle comunità riguardate dai provvedimenti in fase di approvazione. L’approccio “minimalista” dell’APA, incentrato sul *notice and comment* (e, più raramente sull’*hearing* orale tipico del *formal rulemaking*) come unica forma di partecipazione nei procedimenti di regolazione delle agenzie indipendenti e non, non deve però essere letto in maniera radicale. Quanto disposto nell’art. 553, infatti, rappresenta solo una cornice generale, minima e residuale che non impedisce a leggi, presenti o future, e ad atti interni alle medesime agenzie di prevedere sistemi di partecipazione peculiari in ragione di particolari esigenze. Il *Governemnt in the Sunshine Act* del 1976 (Pub. L. No. 94-409, 90 Stat. 124), codificato nel 5 U.S.C. § 552b (2000), per esempio, richiedeva che le agenzie composte da più membri tenessero incontri pubblici, introducendo un ulteriore momento di confronto e possibile contributo nei procedimenti di *rulemaking* condotti dalle IRC. D’altro canto, è pur vero che, da un lato, i commissari hanno nel corso degli anni operato nel senso di ridurre al minimo indispensabile questi incontri; dall’altro, l’effetto cumulativo dei vari provvedimenti volti a estendere le garanzie partecipative dei cittadini ha prodotto una inevitabile ossificazione dei procedimenti di regolazione. Sul ruolo e sulle finalità della partecipazione nei procedimenti di regolazione la letteratura è sterminata. A titolo meramente esemplificativo, si vedano J. Mashaw, *Due Process in the Administrative State*, New Haven, Yale University Press, 1985; C. R. Sunstein, *Interests Groups in American Public Law*, in *Stan. L. Rev.*, 38, 1985-1986, 29; C. Coglianese, *Citizen Participation in Rulemaking: Past, Present, and Future*, in *Duke L. J.*, 55, 2005-2006, 343; S. J. Balla, *Between Commenting and Negotiation: the Contours of Public participation in Agency Rulemaking*, in *ISJLP*, 1, 2004-2005, 59; J. T. Harrington, B. A. Frick, *Opportunities for Public Participation in Administrative Rulemaking*, in *Nat. Resources Law*, 15, 1982-1983, 537; S. Overton, *The Participation Interest*, in *Geo. L. J.*, 100, 2011-2012, 1259; C. R. Farina, M. J. Newhart, C. Cardie, D. Cosley, *Rulemaking 2.0*, in *U. Miami L. Rev.*, 65, 2010-2011, 395.

deve contenere il testo della proposta di regolamento e le disposizioni legislative che ne rappresentano il presupposto²³².

Successivamente, deve essere concesso un termine ragionevole (di solito sessanta giorni ma a volte anche meno) a tutti i soggetti interessati per presentare osservazioni scritte alla proposta di regolazione che le IRC hanno il dovere di esaminare e tenere in considerazione. Anche se ogni cittadino ha la possibilità di presentare le proprie osservazioni facendo sorgere il medesimo obbligo in capo al decisore pubblico, normalmente queste provengono da operatori appartenenti al settore economico interessato dalla proposta di regolazione e da altri gruppi d'interesse.

La terza e ultima fase del procedimento coincide con l'adozione della "final rule", che deve essere accompagnata da una dettagliata motivazione circa i suoi obiettivi, i suoi presupposti legali, il ragionamento seguito, le coperture finanziarie e, soprattutto, deve obbligatoriamente rendere conto della posizione della IRC circa le maggiori obiezioni ricevute²³³.

Il *rulemaking in action*, tuttavia, si presenta più complesso del modello di cui sono state astrattamente elencate le caratteristiche, anche perché la legge garantisce comunque alle IRC un sufficiente grado di flessibilità nel disegnare il procedimento stesso (da qui, appunto, il termine "informale"). Nel corso degli anni, inoltre, il Congresso, il Presidente e le corti hanno imposto alle agenzie esecutive e alle IRC il rispetto di ulteriori requisiti rispetto a quelli contenuti nell'APA e che hanno finito per rallentare e "ossificare" i *rulemaking processes*²³⁴.

²³² La giurisprudenza, nell'interpretare la *section 553* dell'APA, ha affermato che nella proposta debbano essere indicati anche i dati e gli studi che ne hanno rappresentato la base. Ciò al fine di permettere ai soggetti interessati, che successivamente effettueranno osservazioni relative alla misura stessa, di essere effettivamente informati. Cfr. L. S. Bressman, E. L. Rubin, K. M. Stack, *The Regulatory State*, New York, Aspen Publishers, 2010, 401, in cui si citano i casi *American Radio Relay League, Inc. v. FCC*, 524 F. 3d 227, 236-238 (D.C. Cir. 2008) e *United States v. Nova Scotia Food Products Corp.*, 568 F. 2d 240, 252 (2d Cir. 1977).

²³³ 5 U.S.C. § 553 (c). («[...] After consideration of the relevant matter presented, the agency shall incorporate in the rules adopted a concise general statement of their basis and purpose»). Anche se il linguaggio utilizzato dall'APA è abbastanza vago e utilizza il termine "conciso", la Corte Suprema ha richiesto alle *agencies* di motivare in maniera esauriente i provvedimenti adottati, soprattutto al fine di rendere maggiormente semplice e rapido il sindacato delle corti sulle sugli stessi. In questo senso, si veda il caso *Motor Vehicle Manufacturers Ass'n v. State Farm Insurance Co.*, 463 U.S. 29, 43-44 (1983). La motivazione è inoltre richiesta anche qualora, al termine della valutazione delle osservazioni pervenute, l'agenzia ritenga che non sia necessaria l'adozione di alcuna *rule*.

²³⁴ C. Coglianese, *E-Rulemaking: Information Technology and the Regulatory Process*, cit., 359. A tal proposito, tuttavia, la Corte suprema ha avuto modo di esprimersi nel caso *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council*, 435 U.S. 519 (1978) affermando che «agencies are free to grant additional procedural rights in the exercise of their discretion, but reviewing courts are generally not free to impose them if the agencies have not chosen to grant them».

Il Presidente, per esempio, ha imposto alle *agencies* di condurre un'analisi economica relativa alle più importanti proposte regolamentari, concernente il rapporto tra i costi e i benefici delle stesse. Analisi successivamente sottoposta alla necessaria approvazione dell'*Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) operante all'interno dell'*Office of Management and Budget* (OMB)²³⁵, che ha assunto di conseguenza un ruolo centrale, consistente nella possibilità di chiedere chiarimenti e, a volte, modifiche delle proposte regolamentari prima che possano essere pubblicate²³⁶.

Il *formal rulemaking*, meno frequente nella pratica, è un procedimento prevalentemente orale che, benché previsto dalla legge sul procedimento amministrativo²³⁷, trova applicazione solo quando vi sia una chiara indicazione congressuale a riguardo (come, per esempio, nel caso della determinazione delle tariffe applicabili in un certo mercato)²³⁸. Si differenzia dalla precedente procedura perché manca

²³⁵ *Ibidem*, 360. Il riferimento è all'*executive order* n. 12 adottato dal Presidente Reagan nel 1981, 291, 46 Fed. Reg. 13, 193, 13, 194 (Feb. 17, 1981). Tale obbligo era però previsto esclusivamente per quelle misure che comportassero un onere annuo almeno pari a cento milioni di dollari. Previsione successivamente codificata dall'*Unfunded Mandates Reform Act* del 1995. Sul tema della diversità tra il procedimento previsto nell'APA e quanto accade in realtà all'interno delle agenzie, indipendenti e non, si veda anche A. J. O'Connell, *Agency Rulemaking and Political Transitions*, in *Nw. U. L. R.*, 105, 478, 2011, che evidenzia anche la non necessaria tripartizione di alcuni procedimenti regolatori. Molte agenzie, infatti, possono adottare regole senza dare la possibilità di presentare preventivamente osservazioni. In questi casi, viene promulgata una "direct final rule" (DFR) che produce effetti giuridici permanenti dopo un certo periodo di tempo seguente alla pubblicazione, a meno che nel frattempo non siano stati presentati commenti contrari. Inoltre, «an agency can also issue an "interim final rule," which can take effect upon publication, and subsequently take comments on the rule if for some important reason it needs to forego prior notice and opportunity for comment». In molti casi, infatti, le agenzie invocano la *good cause exemption* prevista dalla § 553 (b) (B) dell'APA, al fine di evitare il complesso e tortuoso processo di *notice and comment*, adottando direttamente una misura di regolazione che viene ritenuta non controversa o che comunque si pensa non riceverà commenti contrastanti di rilievo (evitando così i problemi di ossificazione dei procedimenti di regolazione che la consultazione pubblica naturalmente pone). Si parla in questi casi di "Direct Final Rulemaking", sulla cui dubbia compatibilità con la legge generale sul procedimento amministrativo si rinvia a M. Kolber, *Rulemaking Without Rules: an Empirical Study on Direct Final Rulemaking*, in *Alb. L. Rev.*, 72, 2009, 79; C. Raso, *Agency Avoidance of Rulemaking Procedures*, in *Admin. L. Rev.*, 67, 2015, 65. In entrambi gli studi si evidenzia come seppur il DFR nasca come snella alternativa al *notice and comment* per l'approvazione in tempi ristretti di quelle che vengono definite "noncontroversial rules", nella pratica le agenzie abbiano finito per utilizzarlo proprio per lo scopo opposto: evitare il confronto pubblico in relazione a quelle misure che presumibilmente avrebbero incontrato un livello di opposizione molto elevato.

²³⁶ Sul tema, R. W. Hahn, C. R. Sunstein, *A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis*, in *U. Pa. L. Rev.* 150, 2002, 1516.

²³⁷ U.S.C. § 553(c).

²³⁸ V. D. Custos, *op. cit.*, 262. La Corte Suprema ha affermato questo principio fondamentale e restrittivo nel caso *United States v. Florida East Coast Railway Co.*, 410 U.S. 224, 237-38 (1973), sicuramente influenzata dalle diverse critiche dottrinali che avevano da tempo colpito il *formal rulemaking*, visto come una procedura che, a causa delle troppo robuste garanzie procedurali per le parti volte a evitare l'arbitrio delle agenzie, si prestava a essere sfruttata per frustrare le incisive riforme attuate per via amministrativa. Sul punto si vedano M. P. Healy, *Florida East Coast Railway and the Structure of Administrative Law*, in *Admin. L. Rev.* 58, 1039, 2006; A. L. Nielson, *In Defense of Formal Rulemaking*, in *Ohio St. L. J.*, 75, 2014, 237, il quale contesta la presunta inefficacia ed eccessiva onerosità del *formal rulemaking* che, seppur effettivamente caratterizzato da una maggiore durata, avrebbe proprio per questo

la fase della presentazione delle osservazioni scritte, che è sostituita dalla possibilità per i soggetti interessati di partecipare a un'audizione (*hearing*) presieduta dai commissari o da *administrative law judges* (ALJ), funzionari la cui carriera è strutturalmente separata da quella degli altri dipendenti della commissione, al fine di salvaguardarne l'indipendenza decisionale. Gli ALJ assumono successivamente una decisione iniziale che, comunque, ha solo il valore di una raccomandazione nei confronti dei commissari, i quali possono sempre discostarsene nell'adozione della *final rule*. Nel corso dell'*hearing* le parti possono, come nei procedimenti di *adjudication*, fare ricorso alla prova testimoniale e all'interrogatorio incrociato al fine di dare forza ai propri argomenti. È ammessa, anche se limitatamente, la prova documentale²³⁹. Delle audizioni viene redatto un processo verbale che, solo, dovrà fornire la base per la proposta di regolazione finale.

Un'ulteriore procedura improntata a una maggiore informalità viene indicata con il termine di *negotiated rulemaking*²⁴⁰. Emersa nella pratica come alternativa alle procedure ordinarie e successivamente codificata dal *Negotiated Rulemaking Act* del 1990²⁴¹, si fonda, in opposizione all'approccio tipico del *command and control*, sulla ricerca del consenso preventivo del settore economico regolato e degli *stakeholders* circa una determinata proposta di regolazione, al fine di accorciare i tempi del processo di *rulemaking*, ridurre la conflittualità con i privati, produrre regole condivise aumentando la partecipazione dei privati nei processi decisionali.

Tuttavia, questo meccanismo, che si basa sulla cooperazione e su una attività di "contrattazione" tra operatori di mercato e agenzia circa il contenuto di una proposta, può rappresentare terreno fertile per il verificarsi di fenomeni di cattura del regolatore. Il consenso venutosi eventualmente a creare su un certo progetto di regolazione, inoltre, non possiede alcun valore legalmente obbligatorio, per acquisire il quale la regola ha bisogno di essere assoggettata alla ordinaria procedura di *notice and comment*. Infine, l'adozione di tale procedimento rappresenta sempre una possibilità per le agenzie, mai un obbligo. Se ne

l'indubbio vantaggio, ad esempio, di aumentare la fiducia dei cittadini nella accuratezza del processo regolatorio.

²³⁹ A differenza dei procedimenti individuali, tuttavia, il *formal rulemaking* non si caratterizza come processo accusatorio e, quindi, si avverte meno l'esigenza di separare le funzioni giudicanti da quelle investigative. Gli ALJ, infatti, hanno la possibilità di consultare i funzionari amministrativi che difendono la IRC nel procedimento che li vedrà assumere una, seppur iniziale, decisione. Cfr. E. Gellhorn, R. Levin, *Administrative Law and Process*, St. Paul-Minnesota, Thomson West, 2006, 317.

²⁴⁰ A volte chiamata *regulatory negotiation* o "reg-neg".

²⁴¹ *Negotiated Rulemaking Act of 1990*, Pub. L. No. 101-648, 104 Stat. 4970, 6697.

deduce che il *negotiated rulemaking* debba essere inserito all'interno della categoria del *soft law*²⁴².

1.6. L'indipendenza e i rapporti con gli altri poteri: il *Congressional oversight* e l'influenza presidenziale

Sia il Congresso che il Presidente esercitano un controllo di natura politica sull'attività delle agenzie indipendenti. Tuttavia, quello legislativo si presenta come particolarmente intenso, tanto che lo stesso concetto di indipendenza nei confronti del Parlamento è stato da alcuni definito come un "empty concept"²⁴³. Le diverse tecniche di controllo parlamentare (che vanno generalmente sotto il nome di *congressional oversight*²⁴⁴), infatti, se da un lato presentano caratteristiche simili a quelle utilizzate per le *executive agencies*, dall'altro riflettono il particolare rapporto esistente tra le IRC e il

²⁴² Nel 1983 la *Federal Aviation Administration* fu la prima agenzia federale a tentare la strada del *negotiated rulemaking*, recependo le raccomandazioni dell'*Administrative Conference of the United States* circa la possibile adozione di tale procedura a livello federale (Recommendation 82-4, in *Procedures for Negotiating Proposed Regulations*, 1 C.F.R. § 305.82-4 (1998). Sul *negotiated rulemaking* in generale si rinvia a M. J. McKinney, *Negotiated Rulemaking: Involving Citizens in Public Decisions*, in *Mont. L. Rev.*, 60, 1999, 499; H. H. Perritt Jr., *Negotiated Rulemaking and Administrative Law*, in *Admin. L. Rev.*, 38, 1986, 471; H. H. Perritt Jr., *Negotiated Rulemaking Before Federal Agencies: Evaluation of Recommendations by the Administrative Conference of the United States*, in *Geo. L. J.*, 74, 1985-1986, 1625; J. Freeman, L. I., Langbein, *Regulatory Negotiation and the Legitimacy Benefit*, in *N.Y.U. Environmental L. J.*, 9, 60, 2000; soprattutto si vedano R. Fisher, W. Ury, B. Patton, *Getting to Yes*, London, Penguin Group, 1981, i quali, occupandosi degli incentivi alla negoziazione, affermano come ogni tipo di contrattazione, comprese quelle con i pubblici poteri, sia guidata e fondata sul concetto di "Best Alternative to Negotiated Agreement" (BATNA), inteso come risultato minimo che ogni soggetto partecipante alla negoziazione avrà interesse a conseguire. In sostanza, se quest'ultimo riterrà che la propria miglior alternativa rispetto all'accordo sia migliore rispetto a qualunque cosa possa ottenere dalla negoziazione, semplicemente si asterrà dal parteciparvi.

²⁴³ Così, G. Tiberi, *op. cit.*, 183, che riporta l'espressione utilizzata da G. O. Robinson, *Independent Agencies: Form and Substance in Executive Prerogative*, in *Duke Law Journal*, 1988, 242.

²⁴⁴ Il *Legislative Reorganization Act* del 1946 definisce il *Congressional Oversight* come il potere di una camera o di un comitato parlamentare di esercitare un «continuous watchfulness of the execution by the administrative agencies concerned of any laws, the subject matter of which is within the jurisdiction of such committee». Il concetto di "oversight" può essere inteso in senso ampio, indicando ogni attività parlamentare, esercitata attraverso numerose strutture e modalità, volta a ottenere informazioni da parte delle agenzie; oppure in senso stretto, può riferirsi a un'attività investigativa condotta da membri del Congresso, comitati o sottocomitati e volta a analizzare l'attività e i programmi di specifiche agenzie (anche relativa a specifici eventi o scandali, si pensi al celebre Watergate Committee degli anni Settanta). Su questa distinzione si veda M.D. McCubbins, T. Schwarz, *Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms*, in *American J. of Pol. Science*, 28, 1984, 165-179. Secondo gli AA. bisognerebbe distinguere due tecniche attraverso cui il controllo del legislativo viene concretamente esercitato. Da un lato, il "police patrol oversight", centralizzato e fondato sulla diretta iniziativa del Congresso, che esamina e ispeziona l'attività delle agenzie al fine di scovare e disincentivare le violazioni rispetto agli obiettivi posti dalla legge. Dall'altro, il «fire-alarm oversight», meno centralizzato e fondato sulla predisposizione legislativa di un sistema di regole, procedure e pratiche informali che permettono ai cittadini o a titolari di interessi organizzati di esaminare le decisioni amministrative e attivare dei rimedi o in seno alle stesse agenzie o da parte del Congresso. In generale sui rapporti tra Congresso e IRC, inoltre, si veda J. R. Bowers, *Regulating the Regulators*, New York, Praeger Publishers, 1990.

Congresso, che può ritenersi equiparabile a quello esistente tra il Presidente e i suoi *cabinet departments*²⁴⁵.

Ciò dipende sicuramente dalla stessa origine delle IRC, che vengono istituite, al pari di tutte le altre agenzie federali, con legge del Congresso, che deve prevederne poteri, obiettivi istituzionali e deve successivamente monitorare la loro attività. L'intensità dei controlli, tuttavia, è legata anche alla volontà di prevedere dei meccanismi in grado di bilanciare gli ampi, e spesso indeterminati, poteri "quasi legislativi" delegati alle agenzie indipendenti (che non rispondono direttamente agli elettori), nonché alla tradizionale ricostruzione delle amministrazioni indipendenti statunitensi come strumento del quale il Congresso si avvale per attuare i propri compiti e riequilibrare i poteri presidenziali²⁴⁶.

Fino agli anni Ottanta l'influenza del Senato e della Camera dei Rappresentanti sull'azione delle IRC era enorme, grazie al potere di veto previsto da molti atti legislativi²⁴⁷, che permetteva alle camere di esaminare e cassare (ma non modificare) molti atti amministrativi e normativi adottati dalle amministrazioni federali, indipendenti e non, prima della loro entrata in vigore. Questo potere "di chiusura" (spesso produttivo di effetti indipendentemente dal suo effettivo utilizzo, dal momento che la sola minaccia di un suo futuro esercizio creava una situazione di controllo indiretto sulle *agencies*) permetteva alle camere di contenere la sempre più ampia autorità delegata al Presidente e alle agenzie federali, limitando la loro discrezionalità attraverso l'imposizione di specifiche azioni cui legare l'approvazione parlamentare²⁴⁸.

²⁴⁵ M. H. Bernstein, *Business by independent commissions*, cit., 151, afferma che «the difference lies not in the tools used by Congress to enforce accountability but in the approach of Congress to the commissions».

²⁴⁶ È questa la c.d. "arm of Congress theory" per la quale si veda M. H. Bernstein, *op. cit.*, 151. Cfr. anche G. Tiberi, *op. cit.*, 184. Si veda inoltre N. Hamilton, *Legislative Oversight of Agency Rulemaking: Recommendations for Minnesota*, in *Hamline J. Pub. & Pol'y*, 7, 1986, 76.

²⁴⁷ Nel 1983, le leggi che attribuivano questo potere al Congresso erano circa duecento. Per un approfondimento sul punto si veda anche *The Supreme Court Decision in INS v. Chadha and Its implications for Congressional Oversight and Agency Rulemaking Hearings Before the Subcomm. on Administrative Law and Governmental Relations of the House Comm. on the Judiciary*, 98th Cong., 1st Sess. 26-102 (1983).

²⁴⁸ Il veto legislativo fu introdotto per la prima volta in risposta alla riorganizzazione espansiva dell'*executive branch* operata nel 1932 dal Presidente Hoover, attraverso il *Legislative Appropriation Act of 1932*, Act of June 30, 1932, ch. 314, § 407, 47 Stat. 382, 414. Nonostante l'elevato numero di provvedimenti legislativi contenenti tale facoltà, il Congresso ha concretamente utilizzato questo strumento con relativa parsimonia. Si pensi che nel corso degli anni, su 1.100 risoluzioni parlamentari contenenti proposte di annullamento di provvedimenti regolatori di origine amministrativa, solo 230 sono poi stati approvati, a testimonianza della preferenza verso modalità di condizionamento informale delle agenzie esecutive e indipendenti. Per una ricostruzione anche storica del *legislative veto*, si vedano J. B. Fellows, *Congressional Oversight Through Legislative Veto After Ins. v. Chadha*, in *Cornell L. Rev.*, 69, 1983-84, 1244 ss.; Watson, *Congress Steps Out: A Look At Congressional Control of the Executive*, in *Calif. L. Rev.* 63, 1974, 983; R. W. Ginnane, *The Control of Federal Administration by Congressional Resolutions & Committees*, in *Harv. L. Rev.*, 66, 1953, 611.

Nel caso *INS v. Chadha* del 1983²⁴⁹, tuttavia, la Corte Suprema dichiarò l'illegittimità del *legislative veto*, interpretato come violazione arbitraria del principio della separazione dei poteri sancito costituzionalmente e di cui la Corte abbracciò una visione formalistica. Seppur rifiutando una visione dei tre poteri a compartimenti stagni, i giudici di Washington sottolinearono come «the powers delegated to the three Branches are functionally identifiable. When any Branch acts, it is presumptively exercising the power the Constitution delegated to it». Dal punto di vista formale la Costituzione non prevede alcun ruolo attivo del Congresso nella supervisione dell'attività delle amministrazioni responsabili dell'esecuzione delle leggi, per le quali si deve riconoscere, dunque, una riserva, censurabile dal Congresso solo attraverso l'approvazione di una legge formale (eventualmente, tra l'altro, soggetta al potere di veto presidenziale)²⁵⁰.

Se questa decisione obbligò il Congresso a rinunciare a un efficace mezzo di condizionamento e pressione rispetto alle politiche condotte dalle agenzie federali, ciò non si tradusse in una diminuzione del suo generale potere di supervisione e monitoraggio preventivo, contestuale e successivo rispetto all'attività di tutte le numerose amministrazioni indipendenti operanti nei diversi settori economici e sociali. Si pensi, tra l'altro, che con il *Congressional Review Act* del 1996²⁵¹ le agenzie federali sono state obbligate a trasmettere tutti i propri atti di regolazione al Congresso e allo *U.S. Government Accountability Office*²⁵² prima della loro entrata in vigore.

Qualora tali provvedimenti rientrino nel concetto di “major rules” (ossia comportino o possano comportare effetti economici superiori ai cento milioni di dollari annui; un aumento dei costi o dei prezzi per i cittadini, le aziende o lo Stato; significativi effetti negativi per la concorrenza, l'occupazione, la produttività e gli investimenti), la loro efficacia può essere “congelata” per almeno sessanta giorni, durante i quali il Congresso può decidere di approvare una risoluzione congiunta di disapprovazione, che successivamente potrà essere soggetta o meno al veto del Presidente. In caso di approvazione di questa “joint resolution of disapproval”, ogni regola da essa interessata

²⁴⁹ *Immigration and naturalization Service v. Chadha*, 462 US 919 (1983).

²⁵⁰ Cfr. M. Rosenberg, *Congress's Prerogative Over Agencies and Agency Decisionmakers: The Rise and Demise of the Reagan Administration's Theory of the Unitary Executive*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 57, 1988-1989, 638. Sul *Chadha* case si vedano anche R. J. Rabin, *An Overview of the Chada Case*, in *Syracuse L. Rev.*, 35, 1984, 703 ss.; L. H. Tribe, *The Legislative Veto Decision: a Law By Any Other Name?*, in *Harv. J. on Legis.*, 21, 1984, 1 ss.

²⁵¹ *The Congressional Review Act*, 5 U.S.C. § 801-808 (1996).

²⁵² Sezione del Congresso specializzata nell'attività di *auditing*, di investigazione e di valutazione a supporto delle camere.

«shall be treated as though such rule had never taken effect» (§ 801 (f)). Siamo di fronte, insomma, a una versione meno drastica e diretta, ma non per questo produttiva di risultati diversi, dell'abrogato veto legislativo.

Al di là di numerosi strumenti di controllo indiretto (si pensi alle molte inchieste parlamentari dalla ampia eco mediatica) e informale (soprattutto a livello di pressione politica esercitata sui singoli membri delle *commissions*²⁵³), i maggiori canali di influenza del Congresso sull'azione delle autorità indipendenti possono ricondursi a tre grandi aree²⁵⁴.

In primo luogo, il Parlamento svolge un ruolo di rilievo nel procedimento di nomina dei commissari da parte del Presidente, attraverso l'esercizio del potere di “advice and consent” da parte del Senato. Questo, infatti, non si limita a verificare la legittimità formale del procedimento, ma effettua delle vere e proprie valutazioni di merito politico circa le nomine presidenziali, obbligando di fatto il capo dell'esecutivo a giungere a un compromesso con la maggioranza presente in Senato se non vuole vedere bocciata la sua proposta. Ciò vale soprattutto nel caso in cui l'organo sia controllato da un partito diverso da quello del Presidente²⁵⁵. Nel corso degli anni, inoltre, il Congresso ha legiferato nel senso di limitare il potere presidenziale di nomina in diverse direzioni, ad esempio imponendo il requisito della rappresentanza *bipartisan* o stabilendo criteri inerenti alla durata del mandato e alle caratteristiche personali e professionali dei commissari²⁵⁶.

²⁵³ Pressione che naturalmente può essere esercitata, al rovescio, anche dagli stessi commissari i quali possono sempre condizionare le scelte dei membri del Congresso attraverso la “minaccia” rappresentata da possibili politiche di regolazione incidenti negativamente sui collegi elettorali dei rappresentanti e dei senatori.

²⁵⁴ Alcuni autori si dimostrano scettici circa la reale capacità del Congresso di influenzare le decisioni delle agenzie. Tra loro E. Kagan, *Presidential Administration*, in *Harv. L. Rev.*, 114, 1994, 2257, secondo cui anche ammettendo l'esistenza di una tale capacità di orientamento, alcune caratteristiche relative al modo in cui essa viene concretamente realizzata solleverebbero rilevanti problemi di “cattura legislativa”. I comitati del Congresso di fronte ai quali normalmente si svolgono le audizioni relative alle politiche delle agenzie vedono al loro interno una presenza sproporzionata di deputati i cui elettori hanno un interesse particolare nella materia all'ordine del giorno, con il rischio che i rappresentanti siano più preoccupati dell'impatto di una certa misura sul proprio collegio elettorale che degli effetti generali della stessa.

²⁵⁵ Cfr. G. Tiberi, *op. cit.* 185, che sottolinea come «le concrete dinamiche politiche hanno indotto il Senato a stabilire un canale diretto con gli stessi candidati alla nomina, dal momento che le commissioni parlamentari competenti, prima del definitivo «consent», sono solite svolgere delle informali audizioni dei singoli candidati, attraverso le quali giungono ad ottenere da costoro delle promesse circa le future pratiche e attività dell'agenzia, riuscendo così ad orientare in via preventiva la successiva linea di azione dell'agenzia indipendente». Cfr. anche J. P. Harris, *The Advice and Consent of the Senate*, Berkeley, University of California Press, 1953.

²⁵⁶ V. par. 1.3. Si veda anche la *dissenting opinion* del giudice Brandeis nel caso *Myers v. U.S.*, 272 U.S. 52, 264-275 (1926), in cui vengono elencati una serie di limiti legislativi imposti al Presidente nella nomina dei membri delle IRC.

Un ulteriore strumento di supervisione è rappresentato dal particolare rapporto che viene a instaurarsi tra le IRC e le specifiche commissioni parlamentari competenti per materia. Nei confronti di queste ultime, infatti, le *Independent Commissions* devono rispettare determinati obblighi che danno origine a un rapporto che potremmo definire di “responsabilità politica”. Numerosi sono gli *hearings* di fronte agli organi parlamentari cui i rappresentanti delle commissioni devono presenziare periodicamente per rendere conto di fatti specifici o del generale andamento dell’agenzia. Le commissioni indipendenti, inoltre, presentano al Congresso un elevato numero di analitiche *reports* periodici, comprendenti la relazione annuale sull’attività svolta e sugli obiettivi conseguiti, richieste di natura economica, presentazione di piani strategici pluriennali, indicazione degli atti di regolazione più significativi adottati in un certo periodo.

Infine, il canale di maggiore influenza parlamentare risiede indubbiamente nel procedimento legislativo di approvazione del bilancio annuale e di determinazione del regime dei crediti fiscali di cui una commissione può usufruire in un singolo anno (c.d. *appropriations*). Attraverso la piena disponibilità dei fondi pubblici da stanziare a favore delle singole commissioni, anche al fine di autorizzare e finanziare specifici programmi, il Parlamento è infatti in grado di tenere costantemente sotto scacco un’agenzia indipendente, attraverso una costante minaccia di “morte” finanziaria²⁵⁷.

Quanto ai rapporti con il Presidente, come visto, l’indipendenza delle agenzie si fonda proprio sul loro essere poste al riparo dall’influenza presidenziale che invece caratterizza le *executive agencies*. Le relazioni istituzionali e informali con il capo dell’esecutivo, tuttavia, sono congeniate in modo tale da non escludere del tutto l’esercizio da parte del Presidente di numerosi poteri volti a influenzare e coordinare le decisioni delle IRC²⁵⁸. Esse corrono lungo due linee parallele: da un lato, è il Presidente che, come visto, nomina i membri e il vertice delle singole commissioni indipendenti, fattore che, seppur contrastato dalla composizione necessariamente *bipartisan* e dalla durata limitata (ma relativamente lunga) del mandato²⁵⁹, rappresenta indubbiamente un’arma di cui può disporre per conformare la loro attività, nominando personalità vicine alla linea e agli obiettivi del governo.

²⁵⁷ Nonostante la maggior parte delle IRC sia finanziata con fondi federali, tre commissioni dispongono di fondi propri: la FED, la *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC) e la *Federal Housing Finance Agency* (FHFA).

²⁵⁸ Cfr. P. L. Strauss, *The Place of Agencies in Government*, cit., 587.

²⁵⁹ Vedi par. 1.3.

Dall'altro, ed è questa la caratteristica distintiva delle IRC rispetto alle altre agenzie federali, queste ultime sono isolate dal controllo del Presidente soprattutto a causa dell'impossibilità per quest'ultimo di rimuovere i commissari semplicemente per divergenze di natura politica, essendo il potere di revoca legato obbligatoriamente all'esistenza di una giusta causa. A seguito di diverse pronunce della Corte suprema che riconobbero nelle IRC delle strutture amministrative indipendenti create dal Congresso per realizzare determinate politiche legislative attraverso l'esercizio di poteri quasi giurisdizionali e quasi legislativi, sancendone l'estraneità rispetto all'esecutivo, sono infatti numerose le leggi che impongono limiti a un potere, quello di rimozione, che il Presidente è invece in grado di esercitare con libertà rispetto a tutti gli altri agenti dell'esecutivo²⁶⁰.

Un aspetto problematico, tuttavia, può essere legato alla possibilità di riconoscere un potere di rimozione ancora illimitato al Presidente con riferimento a quelle commissioni le cui leggi istitutive non prevedano un'espressa protezione in capo ai propri membri. In questi casi, tuttavia, sia il Congresso sia la Corte suprema hanno, nel corso degli anni, adottato un approccio sostanziale volto a superare l'eventuale silenzio legislativo, attraverso un'analisi concreta delle caratteristiche delle commissioni. Concludendo che una certa combinazione di poteri, criteri organizzativi e responsabilità in capo a un'agenzia basti a configurarla come indipendente, è stato possibile riconoscere ai suoi membri una protezione maggiore nei confronti del Presidente, al di là del dato normativo²⁶¹.

Il potere presidenziale di rimozione, tuttavia, presenta contorni tutt'altro che chiari. Il riferimento all'esistenza di una generica causa legittimante la rimozione, infatti, può essere interpretato nel senso di attribuire al Presidente la facoltà di rimuovere un membro di una *independent commission* in un ampio e fondamentalmente indeterminato numero di casi,

²⁶⁰ I *leading cases* relativi ai limiti presidenziali circa la rimozione dei commissari, come già affermato, sono sostanzialmente tre. Il primo è *Myers v. United States*, 272 U.S. 52, 134 (1926), in cui la Corte suprema sancì in generale che il potere del Presidente di nominare porta necessariamente con sé anche quello di rimuovere un soggetto da una certa carica pubblica. Tuttavia, diversi anni dopo la Corte limitò l'impatto della precedente decisione attraverso la sentenza pronunciata nel caso *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602, 624 (1935): il potere di rimozione presidenziale può, in determinate circostanze, essere condizionato e limitato dal Congresso, sempre che si riferisca a quegli "administrative bodies" che svolgono funzioni quasi legislative e quasi giurisdizionali, non potendo, viceversa, il potere di rimozione del Presidente essere condizionato nel caso di quelle agenzie definite come "an arm or an eye of the executive". Mentre un ufficiale che svolge solo funzioni esecutive è sottoposto al potere arbitrario del Presidente, nel momento in cui esso eserciti poteri "misti" tra i tre *branches*, godrà di una indipendenza maggiore. Infine, nel caso *Wiener v. United States*, 357 U.S. 349, 356 (1958), i giudici di Washington censurarono l'esercizio che il Presidente Eisenhower aveva fatto del potere di revoca di un membro della *War Claims Commission*, ritenendo sussistente una limitazione legata alla presenza di una giusta causa, anche in assenza di un esplicito riferimento legislativo. Il Congresso, infatti, aveva inteso attribuire a quella commissione specifici poteri di *adjudication* e non solo potestà esecutive. Al Presidente, quindi, era recluso un esercizio indiscriminato del potere di rimozione.

²⁶¹ Cfr. M. J. Breger, G. J. Edles, *Independent agencies in the United States*, cit. 161.

compreso il frequente o importante fallimento del commissario nel seguire le direttive presidenziali relativi all'implementazione di una determinata politica²⁶². L'isolamento delle commissioni indipendenti dal Presidente, dunque, non deve essere eccessivamente enfatizzato se si pensa che alcuni statuti si limitano a fare riferimento alla semplice "inefficienza" come causa di rimozione di un proprio membro²⁶³.

Il Presidente è in grado di esercitare un controllo sulle IRC soprattutto attraverso uffici ad esso subordinati. È il caso dell'*Office of Management and Budget* (OMB), agenzia esecutiva che rappresenta un fondamentale alfiere del Presidente nel procedimento di approvazione del bilancio delle agenzie federali. Le IRC, infatti, sono obbligate, salvo eccezioni, a ottenere l'autorizzazione preventiva da parte di questo ufficio dei propri progetti di stanziamento (anche con riferimento a singole decisioni o proposte di regolazione) prima di presentarli al Congresso²⁶⁴.

L'OMB gode di ampi poteri di revisione dei progetti di bilancio presentati, potendo approvarli, modificarli, o bocciarli a seconda delle direttive presidenziali del momento²⁶⁵. All'interno dell'OMB è, inoltre, istituito il già citato *Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) competente a effettuare un controllo successivo e di risultato sulle regole emanate da qualunque agenzia per le quali sia obbligatorio informare la pubblica amministrazione centrale. Le agenzie dovranno dimostrare che tutti gli oneri di regolazione imposti ai soggetti regolati siano effettivamente necessari, non siano eccessivamente complicati da assolvere e che non siano state create duplicazioni di oneri documentali imposti da altre leggi federali. Le agenzie restano, però, libere di promulgare i propri atti

²⁶² Così, L. Lessig, C. R. Sunstein, *The President and the Administration*, in *Colum. L. Rev.*, 94, 1994, 110-111.

²⁶³ P. L. Strauss, *The Place of Agencies in Government*, cit., 615 arriva ad affermare che il Congresso potrebbe addirittura perdonare una rimozione presidenziale «for "no reason at all" if the official is "principally an adjudicator"».

²⁶⁴ Requisito introdotto dal *Budget and Accounting Act* del 10 giugno 1921, ch. 18, § 207, 213, 42 Stat. 20, 22-23 (31 U.S.C. § 1108 (1994)). Prima di questa legge (ma in realtà fino al 1939, quando con il *Reorganization Act* fu espressamente allargato anche alle commissioni indipendenti il controllo preventivo dell'OMB), le IRC sottoponevano il proprio progetto di bilancio direttamente al Congresso. Sull'evoluzione dei poteri di controllo preventivo dell'esecutivo sui bilanci delle agenzie federali si vedano R. E. Neustadt, *Presidency and Legislation: The Growth of Central Clearance*, in *Am. Pol. Sci. Rev.*, 48, 1954, 641 ss.; K. A. Watts, *Controlling Presidential Control*, in *Mich. L. Rev.*, 114, 2015-2016, 689.

²⁶⁵ Come sostenuto da A. M. Moreno, *Presidential Coordination of the Independent Regulatory Process*, in *Admin. L. J. Am. U.*, 8, 1994-1995, 501-502, «[T]he President can reduce outlays to regulatory programs he dislikes or increase outlays to regulatory programs he wants to strengthen. [...] Budgetary decisions are used by presidents to "punish" or weaken agencies whose policies do not coincide with the presidential agenda. The cuts in the budgets of the SEC and the FTC by the Reagan administration serve as classic examples of a President using this budgetary authority to weaken IRCs».

normativi anche senza il *placet* dell'OIRA, purché abbiano svolto un'analisi dell'impatto economico della misura stessa²⁶⁶.

Il potere di agire e resistere in giudizio per conto delle autorità indipendenti, infine, non è attribuito a un soggetto terzo e autonomo (o alle stesse IRC), ma è posto in capo al *General Attorney* all'interno del Dipartimento di giustizia, che è un'agenzia esecutiva²⁶⁷. Il potere discrezionale di decidere se e quando agire in giudizio o appellare una sentenza è chiaramente uno strumento in grado di incidere sulle politiche condotte da una commissione, attribuendo al "regulatory litigator" il potere di determinare con quanto rigore implementare determinati programmi o decisioni individuali²⁶⁸.

Come si è visto, dunque, le autorità indipendenti statunitensi possono subire una forte e costante pressione di natura politica da parte della Casa Bianca²⁶⁹. Tutte le presidenze, soprattutto a partire dagli anni Sessanta, hanno tentato di far valere questa influenza cercando di coordinare dall'alto l'attività, soprattutto di *rulemaking*, delle numerose agenzie indipendenti sia per evitare sovrapposizioni nella loro azione tecnicamente competente ma necessariamente settoriale²⁷⁰, sia per garantire che le stesse fossero in linea con gli indirizzi e gli obiettivi presidenziali. L'assetto dei rapporti con il Presidente e l'influenza che quest'ultimo è in grado di esercitare direttamente o indirettamente sull'azione delle IRC rappresenta, in conclusione, uno dei limiti maggiori del modello statunitense.

Diverse sono state le strategie messe in campo per raggiungere questo obiettivo, quasi sempre basate sull'utilizzo degli *executive orders* (le direttive vincolanti per

²⁶⁶ Così, L. Barra Caracciolo, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento U.S.A.*, Torino, Giappichelli, 1997, 42. L'OIRA è stato creato con il *Paperwork Reduction Act*, 44 U.S.C.A., 3501-3520 (1980). In generale sul punto si vedano M. J. Breger, G. J. Edles, *Independent Agencies in the United States*, cit., 176 ss.

²⁶⁷ 28 U.S.C. §§ 516-519 (1994).

²⁶⁸ L. Barra Caracciolo, *op. cit.*, 502. In determinate situazioni il Congresso ha tuttavia autorizzato varie agenzie indipendenti a rappresentarsi in giudizio autonomamente. In generale, N. Devins, *Unitariness and Independence: Solicitor General Control Over Independent Agency Litigation*, in *Cal. L. Rev.*, 82, 1994, 255.

²⁶⁹ Cfr. P. R. Verkuil, *Jawboning Administrative Agencies: Ex Parte Contacts by the White House*, in *Colum. L. Rev.*, 80, 1980, 943 che individua nella "presidential persuasion" un mezzo per influenzare e coordinare le politiche delle IRC.

²⁷⁰ A. M. Moreno, *op. cit.* 464, parla della regolazione indipendente come «a highly uncoordinated stream; agencies work toward the realization of the common good, perceived through their "tunnel vision" (...)». S. Breyer, *Breaking The Vicious Circle. Toward Effective Risk Regulation*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, 80, parla di "balcanizzazione" dell'esecutivo.

l'amministrazione volte a orientarne l'operato) e sul tentativo, controverso e dibattuto, di estenderne l'applicazione anche alle IRC²⁷¹.

2. Il fenomeno delle agenzie europee: origine, sviluppo e affermazione

L'istituzione e lo sviluppo delle agenzie europee rappresenta un fenomeno di assoluta rilevanza all'interno del percorso di integrazione amministrativa europea. In base all'originale disegno costituente comunitario, i rapporti tra amministrazioni nazionali ed europee avrebbero dovuto essere improntati a una rigida separazione. Nell'ottica del consolidamento del nuovo ordinamento sovranazionale, gli Stati membri avrebbero dovuto godere di ampia autonomia nell'esecuzione interna degli atti di diritto europeo (secondo il modello dell'"amministrazione indiretta" o *indirect rule*), mentre solo in alcune limitate aree, come la disciplina della concorrenza o degli aiuti di stato, la Commissione avrebbe provveduto a dare diretta attuazione alle relative politiche²⁷².

²⁷¹ Centrale, ad esempio, l'*executive order* 12.044.2 emanato dal Presidente Carter che istituiva il *Regulatory Council*, organismo composto da esperti del settore cui tutte le agenzie federali dovevano sottoporre le proprie proposte di regolazione dopo aver svolto una dettagliata analisi di impatto. Originariamente applicabile anche alle IRC, nella sua versione definitiva queste furono invece escluse per evitare un contrasto politico con il Congresso. Il Presidente Carter, tuttavia, richiese pubblicamente ai presidenti delle varie agenzie indipendenti un'attività di conformazione volontaria all'*executive order*. L'amministrazione Clinton si è dimostrata particolarmente attiva nel tentativo di imporre alle agenzie federali di conformarsi agli obiettivi dell'esecutivo (si è parlato infatti di "institutional presidency"). Degno di nota è l'*executive order* n. 12.866 del 1993 con il quale si è cercato di ridurre l'enorme potere che l'OIRA aveva nel tempo acquisito, sottoponendone l'attività al coordinamento e alla responsabilità del Vice-presidente. Sul punto si veda E. Kagan, *Presidential Administration*, cit., 114. È chiaro, inoltre, come la tendenza dei Presidenti a "stringere la presa sulla burocrazia" sia direttamente connessa alla necessità di confrontarsi con maggioranze congressuali avverse: l'amministrazione diventa allora il veicolo più importante per raggiungere i propri obiettivi politici. Quando l'amministrazione Bush si trovò a gestire la sconfitta dei repubblicani alle elezioni di *mid-term* del 2006 e la conseguente perdita della maggioranza al Congresso, il Presidente adottò l'ordinanza n. 13.422 con cui impose a tutte le agenzie governative di nominare un rappresentante del governo come responsabile della politica regolatoria e proibì tutte le iniziative che non avessero ottenuto un esplicito assenso da parte sua. L'ordine esecutivo è stato successivamente revocato dal Presidente Obama nel 2009. Cfr. B. Ackerman, *Tutti i poteri del Presidente*, Bologna, Il Mulino, 2012, 57-58, nota 62. Sul tema dell'applicabilità degli *executive orders* alle IRC, che altro non è che un riflesso della più ampia diatriba dottrinale sulla riconducibilità delle IRC all'esecutivo (secondo la teoria dell'*unitary executive*), si vedano C. Yoo, S. Calabresi, A. Colangelo, *The Unitary Executive in the Modern Era, 1945-2004*, in *Iowa L.Rev.*, 90, 2005, 601; N. Devins, *Political Will and the Unitary Executive: What Makes an Independent Agency Independent?*, in *Cardozo L. Rev.*, 15, 1993, 273.

²⁷² Ai sensi dell'art. 155 TCEE. Lasciare nelle mani degli stati il potere esecutivo, infatti, aveva lo scopo di evitare reazioni negative e spinte politiche che avrebbero rallentato il processo costituente comunitario. Come sottolineato da J. Monnet, *Mémoires*, Paris, Fayard, 1976, 546, inoltre, «il suffirait de quelques centaines de fonctionnaires européens pour mettre au travail des milliers d'experts nationaux et faire servir les puissantes machineries [...] des États». Cfr. S. Cassese, *European Administrative Proceedings*, in *L. & Contemp. Probs.*, 68, 2004, 21; S. Cassese, G. Della Cananea, *L'esecuzione del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1991, 901 ss. Tale impostazione era ispirata al celebre principio secondo cui la Comunità europea dovesse configurarsi quale "amministrazione che non esegue, ma fa eseguire". Cfr. C. Franchini, *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione europea*, in *Dir. amm.*, 2008, 16 (1), 89. Confermano il ruolo centrale degli Stati membri nella garanzia sul loro territorio dell'attuazione

Questo quadro, tuttavia, risulta oggi profondamente modificato dalla creazione, attraverso atti di diritto derivato, di numerose «forme di raccordo, coordinamento ed integrazione tra amministrazioni nazionali e tra queste ultime e le autorità comunitarie», per l'attuazione diretta o l'esercizio congiunto di funzioni pubbliche²⁷³. Tra queste vanno ricompresi numerosi organismi decentrati e non tipizzati, dotati di personalità giuridica, a composizione tecnico-professionale, con poteri *latu sensu* esecutivi delle discipline settoriali adottate dal legislatore europeo²⁷⁴.

Soggetti che sono espressione di un'Unione che non si limita più a vigilare sull'esecuzione statale del diritto europeo, ma che, al contrario, assume compiti esecutivi e gestori all'interno di un'«arena pubblica» in cui «la formazione di rapporti triangolari privati-amministrazioni nazionali-Commissione europea, la produzione di dislivelli di regolazione [...], la eccezionale apertura della Commissione, che incoraggia la partecipazione degli interessati, consentono [...] alla Commissione di massimizzare la propria funzione amministrativa [...], sfruttando, in vario modo, le coalizioni di interessi»²⁷⁵. Soprattutto a partire dagli anni Novanta del XX secolo il fenomeno ha assunto dimensioni notevoli sia dal punto di vista numerico che funzionale-operativo.

I limiti dell'amministrazione indiretta, la lentezza del processo di armonizzazione, la scarsa flessibilità del sistema nel suo complesso resero evidente e attuale l'esigenza di garantire maggiore effettività e uniformità nell'attuazione del diritto europeo, senza tuttavia frustrare l'esigenza degli Stati membri di mantenere un certo controllo nelle diverse fasi del processo decisionale comunitario²⁷⁶.

Le agenzie, sotto questo aspetto, rappresentano una valida soluzione istituzionale per la creazione di un sistema amministrativo integrato e fondato sul principio di cooperazione

del diritto comunitario diverse pronunce della Corte di giustizia UE, tra le quali fondamentale è la sentenza del 12 settembre 1983, *Deutsche Milchkontor e a./Germania*, C-205 a 215/82.

²⁷³ Così, E. Chiti, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, Cedam, 2002, 6.

²⁷⁴ Cfr. C. Tovo, *Le agenzie decentrate dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, 3.

²⁷⁵ Così, S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, cit., 97. L'A. evidenzia inoltre che «[l]e amministrazioni pubbliche nazionali, fino a ieri arbitre del gioco degli interessi, divengono, a questo punto, giocatori di una partita di cui è arbitra l'Unione. L'interesse pubblico nazionale, a sua volta, in questo più ampio contesto, viene sminuito e considerato alla stregua degli interessi privati». Si veda anche S. Cassese, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2001.

²⁷⁶ Cfr. E. Chiti, *Le agenzie europee*, cit., 50. L'A. evidenzia come la scarsa flessibilità del sistema nel suo complesso derivasse soprattutto dalla tendenza all'adozione di direttive particolarmente dettagliate, per garantire una maggiore uniformità applicativa da parte degli Stati. Ciò finiva per rendere la legislazione comunitaria «poco adattabile alla varietà delle situazioni da regolamentare». Si veda anche R. Dehousse, C. Joerges, G. Majone, F. Snyder, *Europe After 1992 – New Regulatory Strategies*, European University Institute Working Papers, Law, 31, 1992.

(art. 4, c. 3 TUE), in cui esse svolgono, con diversi gradi di autonomia, il ruolo di “perno”, sia rispetto alle altre amministrazioni europee, sia a quelle nazionali, cercando di dare risposta a esigenze avvertite su entrambi i livelli²⁷⁷. Le agenzie si inseriscono all’interno dello schema regolatorio adottato dal legislatore europeo per realizzare una comunione di funzioni definita “integrazione decentrata”. Essa si fonda sulla previsione di una funzione di regolazione finalistica e condizionale affidata ai pubblici poteri, volta al raggiungimento di obiettivi di carattere economico e sociale. Tale funzione è attribuita a molteplici uffici nazionali, europei e misti. Infine, prevede la creazione di un soggetto sovranazionale ausiliario rispetto all’organo che lo istituisce, cui la normativa comunitaria attribuisce determinati compiti volti a garantire il collegamento tra i governi nazionali e tra questi e le istituzioni europee²⁷⁸.

Le agenzie europee attualmente esistenti e operanti in numerosi ambiti di competenza dell’Unione sono il risultato di quattro distinte “ondate” e hanno seguito uno sviluppo (detto anche di *agencification*²⁷⁹) determinato più da fattori politici contingenti che dall’attuazione di un progetto organico e di lungo periodo²⁸⁰.

²⁷⁷ Cfr. M. P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2011, 312, secondo cui le agenzie rappresentano l’equivalente degli enti pubblici nei sistemi nazionali, con «un alto grado di autonomia nei confronti delle istituzioni comunitarie che, a ben vedere, non consente neanche la loro collocazione nel sistema propriamente comunitario».

²⁷⁸ Cfr. E. Chiti, C. Franchini, *L’integrazione amministrativa europea*, Bologna, Il Mulino, 2003, 97.

²⁷⁹ Si vedano E. Chiti, *The Emergence of a Community Administration: the Case of the European Agencies*, in *Common Market Law Review*, 37(2), 2000, 341; R. Dehousse, *Misfits: EU law and the transformation of European governance*, in *Jean Monnet Working Papers*, n. 2, 2002.

²⁸⁰ Cfr. P. Craig, *EU Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 144 ss.; D. Kelemen, *The Politics of “Eurocratic Agencies”*, in *West European Politics*, 25, 2002, 93. Le ragioni alla base della nascita e dell’affermazione del modello dell’agenzia a livello europeo sono state ricostruite dalla dottrina (non solo continentale) in maniera non univoca. Sul tema in generale si vedano H. C. H. Hofmann, G. C. Rowe, A. H. Turk, *Administrative Law and Policy of the European Union*, New York, Oxford University Press, 2011, 285-286. Secondo M. Shapiro, *The Problems of Independent Agencies in the United States and in the European Union*, in *Journ. of Europ. Pub. L.*, 4, 1997, 276, dal momento che il percorso verso l’integrazione politica era bloccato, si decise di procedere attraverso la creazione di “small discrete technical units” che avevano il vantaggio di essere giuridicamente distinte dalla Commissione e che conducessero alla creazione di “Europe-wide epistemic communities” (282). G. Majone, *Delegation of Regulatory Powers in Mixed Polity*, in *ELJ*, 8, 2002, 319, vede nella creazione delle agenzie europee una risposta agli irrigidimenti derivanti da un’interpretazione restrittiva dei limiti dovuti al bilanciamento tra le istituzioni europee, centrali nel “mixed government model” dei Trattati istitutivi. La necessità di una delega di poteri a organismi autonomi altamente tecnici, infatti, da un lato era necessaria a colmare l’asimmetria esistente tra le complesse problematiche regolatorie e gli strumenti amministrativi di cui la Commissione dispone per affrontarle (tra le ragioni alla base del trasferimento di poteri alle agenzie, infatti, l’A. ricomprende «a serious credibility problem of the EC-style regulation» dovuto a una mancanza di un’adeguata infrastruttura amministrativa a livello europeo, strumentale all’*enforcement* della legislazione comunitaria); dall’altro, sarebbe comunque compatibile con la legalità europea (e dunque con l’equilibrio tra le istituzioni) visto che le agenzie andrebbero a costituire un “regulatory estate” aggiunto rispetto a queste ultime. Cfr. anche G. Majone, *The Credibility Crisis of Community Regulation*, in *JCMS*, 38, 2000, 273 ss. Secondo D. Barbieri, *Agenzie europee: un esempio di evoluzione istituzionale amministrativa?*, in *Riv. it. pol. Pubbl.*, 3, 2007, 83, tra le ragioni principali che hanno spinto all’istituzione di agenzie europee in numerosi settori, vi sarebbe l’esponentiale aumento di responsabilità di gestione delle politiche in capo all’Unione e il

La prima fase, avviata nel 1975, condusse all'istituzione di due sole agenzie, il Centro europeo per lo sviluppo della formazione professionale (CEDEFOP)²⁸¹ e la Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro (EUROFOUND)²⁸². Si trattava di organi meramente consultivi, le cui principali funzioni consistevano nello svolgimento di un'azione di supporto alla Commissione nell'adempimento della propria funzione esecutiva diretta (in primo luogo raccolta ed elaborazione di dati e informazioni).

L'inizio del secondo periodo di sviluppo del modello coincise con l'istituzione, nel 1990, dell'Agenzia europea dell'ambiente (EEA)²⁸³ e proseguì con la creazione dell'Osservatorio europeo delle droghe e delle tossicodipendenze (EMCDDA)²⁸⁴, dell'Agenzia europea per la sicurezza e la salute sul lavoro (EU-OSHA)²⁸⁵, dell'Agenzia europea per i medicinali (EMA)²⁸⁶, dell'Ufficio comunitario delle varietà vegetali (CPVO)²⁸⁷ e dell'Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (OHIM)²⁸⁸. Alcuni di questi organismi, come l'EEA e l'OHIM, vennero per la prima volta dotati di poteri decisionali di portata individuale e a carattere vincolante, che si andavano ad aggiungere alle competenze relative alla ricerca ed elaborazione di informazioni.

La firma dell'Atto unico europeo del 1986 ebbe indubbiamente l'effetto di imprimere una decisiva accelerazione al processo di creazione e sviluppo di agenzie dotate di poteri maggiormente incisivi, giacché, pur non rinnegando il modello dell'amministrazione indiretta, stabiliva che il conferimento alla Commissione dei criteri di esecuzione del diritto comunitario dovesse conformarsi al rispetto di principi e modalità di esercizio stabilite preventivamente dal Consiglio (art. 202 TCE).

conseguenziale accresciuto carico di lavoro per la Commissione, con la conseguente difficoltà per quest'ultima di gestire in modo autonomo molteplici processi manageriali. E. Chiti, *Le agenzie europee*, cit., 11, sottolinea come «ad un assetto costituzionale relativamente semplice, infatti, è venuto corrispondendo un sistema amministrativo di crescente complessità, frutto non di un disegno istituzionale organico, ma di una serie di aggiustamenti progressivi legati alle esigenze di costruzione del mercato interno [...]».

²⁸¹ Regolamento (CEE) n. 337/75 del Consiglio del 10 febbraio 1975.

²⁸² Regolamento (CEE) n. 1365/75 del Consiglio del 26 maggio 1975.

²⁸³ Regolamento (CEE) del Consiglio n. 1210/90 del 7 maggio 1990.

²⁸⁴ Regolamento (CEE) del Consiglio n. 302/93 del 8 febbraio 1993.

²⁸⁵ Regolamento (CE) del Consiglio n. 2062/94 del 18 luglio 1994.

²⁸⁶ Regolamento (CEE) n. 2309/93 del Consiglio del 22 luglio 1993. Sulla mancata attribuzione di poteri decisionali a questa fondamentale agenzia e sui suoi rapporti con la Commissione, si veda T. Gehring, S. Krapohl, *Supranational regulatory agencies between independence and control: the EMEA and the authorization of pharmaceuticals in the European single market*, in *Journal of European Public Policy*, 2007, 208.

²⁸⁷ Regolamento (CE) n. 2100/94 del Consiglio del 27 luglio 1994.

²⁸⁸ Regolamento (CE) n. 40/94 del Consiglio del 20 dicembre 1993.

L'Atto unico, soprattutto, introdusse la c.d. "clausola di armonizzazione", attraverso la quale il Consiglio venne dotato del potere di adottare «misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri» relative alla creazione e al mantenimento del mercato interno (art. 114 TFUE). L'art. 114 ha rappresentato, infatti, la base giuridica sulla quale costituire nuovi organismi decentrati cui conferire un mandato più esteso rispetto al passato, poiché l'armonizzazione perseguita dal Consiglio viene raggiunta non solo sul piano del ravvicinamento diretto delle norme interne dei Paesi membri, ma anche su quello degli strumenti istituzionali attraverso i quali raggiungere il medesimo risultato²⁸⁹.

La terza e più proficua generazione di agenzie si affermò con l'inizio del nuovo millennio e fu il risultato di due connesse esigenze: rendere le istituzioni europee in grado di rispondere prontamente alle emergenze sistemiche esplose nel settore della prevenzione e gestione del rischio, ingenerando al tempo stesso una maggiore fiducia nell'opinione pubblica e nei cittadini sull'efficacia di procedimenti trasparenti e affidati a organi tecnici (si pensi alla crisi dell'encefalopatia spongiforme bovina, o morbo della "mucca pazza", esplosa nel 1996, la cui gestione da parte della Commissione diede luogo a numerose critiche)²⁹⁰; consolidare il modello dell'agenzia, allargando il processo di *agencification* a settori precedentemente esclusi, soprattutto nel secondo e terzo pilastro dell'Unione²⁹¹.

²⁸⁹ Cfr. C. Tovo, *op. cit.*, 7-8, il quale evidenzia che l'Atto unico europeo aveva recepito l'orientamento giurisprudenziale della Corte di giustizia UE inaugurato con la pronuncia del 17 dicembre 1970, C-115/70, *Koster*, con cui la Corte aveva ritenuto legittimo che il Consiglio definisse preliminarmente i punti essenziali degli interventi normativi e delegasse alla Commissione l'adozione di disposizioni di attuazione. Si veda anche R. Schutze, *From Rome to Lisbon: «Executive Federalism» in the (New) European Union*, in *Comm. Market L. Rev.*, 47(5) 2010, 1349. La seconda "ondata" di agenzie, inoltre, fu il risultato della più generale tendenza dell'ordinamento europeo a favorire il ricorso alla competenza tecnica di professionisti esperti al fine di migliorare il contenuto e l'impatto della legislazione. In questo senso si veda il Libro bianco della Commissione "Reforming the Commission" del marzo 2000, COM(2000). Sull'art. 114 TFUE come base giuridica del processo di *agencification* europeo si vedano M. Chamon, *The Empowerment of Agencies under the Meroni doctrine and article 114 TFEU: Comment on United Kingdom v. Parliament and Council (Short-selling) and the Proposed Single Resolution Mechanism*, in *Europ. L. Rev.*, 2014, 3, 383; A. Bouveresse, *Bases juridiques autorisant la création d'organismes dotés d'une personnalité juridique proper*, in *Europe*, 2006, 10, 203.

²⁹⁰ Cfr. K. Vincent, *Mad Cows and the Eurocrats; Community Responses to the BSE Crisis*, in *European Law Journal*, 10(5), 499 ss.

²⁹¹ Tra le motivazioni di questa nuova ondata deve essere ricompresa anche un generale cambiamento nei modelli di *public governance* sperimentati dall'Unione europea e dagli Stati nazionali: il *command and control*, basato su un approccio *top-down*, si presentava ormai come una tecnica regolatoria inadeguata rispetto alle esigenze dei mercati di settore in cui andavano proliferando autorità indipendenti di regolazione. Si veda in tal senso D. Bach, A. L. Newman, *The European Regulatory State and Global Public Policy: Micro-Institutions, Macro-Influence*, in *J. Eur. Pub. Pol'y*, 14, 2007, 830; P. Magnette, *The Politics of Regulation in the European Union*, in D. Geradin, R. Munoz, N. Petit (ed.), *Regulation Through Agencies In The Eu: A New Paradigm Of European Governance*, Cheltenham, UK – Northampton MA, US, Edward Elgar, 2005. Vedi *supra*, Cap. I, parr. 1. e 1.1.

In risposta alla prima delle suddette pressioni vennero istituite, tra le altre, l'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA)²⁹², l'Agenzia europea per la sicurezza marittima (EMSA)²⁹³, l'Agenzia europea per la sicurezza aerea (EASA)²⁹⁴. In materia di politica estera e sicurezza comune vennero istituite tre agenzie: l'Istituto dell'Unione europea per gli studi sulla sicurezza (EIUSS)²⁹⁵, il Centro satellitare dell'Unione europea (EUSC)²⁹⁶ e, soprattutto, l'Agenzia europea per la difesa (EDA)²⁹⁷. La prima agenzia attiva nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, l'Accademia europea di polizia (CEPOL)²⁹⁸, venne invece costituita nel 2000, cui fece seguito l'Unità di cooperazione giudiziaria dell'Unione europea (EUROJUST)²⁹⁹.

Tra le peculiarità di questa nuova ondata di agenzie vi era il potere conferito formalmente, e per la prima volta, ad alcune di esse di verificare l'attuazione del diritto europeo da parte degli Stati membri (un potere di *enforcement*, dunque) e la competenza a rilasciare determinate licenze e certificati agli operatori economici³⁰⁰. Nonostante l'assenza di una definizione ufficiale di "agenzia europea" nei Trattati o negli atti di diritto derivato, le agenzie decentrate si erano andate consolidando intorno a un modello organizzativo relativamente stabile³⁰¹.

Si trattava, comunque, di organismi funzionali alla gestione di una pluralità di relazioni con le amministrazioni nazionali e la Commissione, attraverso l'esercizio di limitati poteri (di solito di carattere tecnico e strumentali all'esercizio di poteri finali da parte di altre autorità, comunitarie o statali) e sempre in una posizione di soggezione

²⁹² Regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento e del Consiglio del 28 gennaio 2002.

²⁹³ Regolamento (CE) n. 1406/2002 del Parlamento e del Consiglio del 27 giugno 2002.

²⁹⁴ Regolamento (CE) n. 1592/2002 del Parlamento e del Consiglio del 15 luglio 2002.

²⁹⁵ Azione comune del Consiglio 2001/554/PESC del 20 luglio 2001.

²⁹⁶ Azione comune del Consiglio 2001/555/PESC del 20 luglio 2001.

²⁹⁷ Azione comune del Consiglio 2004/551/PESC del 12 luglio 2004.

²⁹⁸ Decisione del Consiglio 2000/820/GAI del 22 dicembre 2000.

²⁹⁹ Decisione del Consiglio 2002/187/GAI del 28 febbraio 2002.

³⁰⁰ Competenze di questo tipo, per esempio, erano state conferite all'EASA, la quale può rilasciare certificati tipo relativi alla sicurezza degli aeromobili. Cfr. J. Saurer, *The Accountability of Supranational Administration: the Case of European Union Agencies*, in *Am. U. Int'l L. Rev.* 24, 2008-2009, 443.

³⁰¹ C. Scott, *Agencies for European Regulatory Governance: A Regimes Approach*, in D. Geradin, R. Munoz, N. Petit (ed.), *Regulation Through Agencies In The Eu*, cit., 71-72, evidenzia come il riferimento alle agenzie quali strumenti di *decentralised governance*, fatto proprio dalla Commissione e dalla maggior parte degli autori, non debba essere enfatizzato. Afferma infatti l'A. che «[i]t must be clear that EU agencies only represent decentralization in the very narrow sense relating to their locations and relationship with the Commissions itself. In all other respects, and in particular vis-à-vis the member states, EU agencies are instrument of *centralization*». Vi sarebbe dunque una contraddizione tra le agenzie intese come organi di governo decentrato e la loro agenda, «which is very much orientated towards the centralisation of regulatory decision making within EU level agencies, at the expense of National Regulatory Authorities» (nota n. 28).

giuridica rispetto a quest'ultima. In altre parole, «l'agenzia europea risponde all'obiettivo di svolgere attività che, per motivi di ordine politico o per ragioni tecniche, non può essere svolta direttamente dall'amministrazione centrale [...]»³⁰². Tali agenzie, inoltre, debbono essere tenute distinte dalle c.d. "agenzie esecutive" create sempre a partire dagli anni Duemila quali organi completamente interni alla Commissione, sottoposte alla sua supervisione, cui affidare esclusivamente compiti di gestione di programmi a finanziamento europeo di competenza della Commissione stessa³⁰³.

Questo assetto è stato tuttavia profondamente modificato dalla quarta e ultima "ondata" di agenzie europee. Dal 2009 sono state istituite otto nuove agenzie tra cui l'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia (ACER)³⁰⁴; l'Ufficio dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC)³⁰⁵; le tre autorità finanziarie attive nel campo della vigilanza microprudenziale istituite nel 2010, ossia l'Autorità bancaria europea (EBA), l'Autorità europea degli strumenti finanziari (ESMA) e l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (EIOPA)³⁰⁶; il Comitato per il rischio sistemico (SRB), fondato nel 2014³⁰⁷.

³⁰² Così, E. Chiti, *Tendenze e problemi del processo di agencification nell'ordinamento europeo*, in B. Marchetti (a cura di), *L'amministrazione comunitaria*, Padova, Cedam, 2009, 22. Il primo tentativo di armonizzazione giuridica delle ormai numerosissime agenzie europee compiuto dalla Commissione europea risale alla Comunicazione dell'11 dicembre 2002, *Inquadramento delle agenzie di regolazione*, COM(2002)718 che le definisce come organismi «incaricat[i] di partecipare attivamente all'esercizio della funzione esecutiva mediante atti che contribuiscono alla regolamentazione di un dato settore. Nella maggior parte dei casi si tratta di agenzie che raggruppano e riuniscono in rete attività originariamente di competenza nazionale, in modo da rafforzare la coerenza e l'efficacia della regolamentazione». La Comunicazione, inoltre, evidenziava come la «necessità di valorizzare la loro autonomia, competenza e credibilità in un contesto di responsabilità e trasparenza», dovesse necessariamente conciliarsi con il rispetto dei principi dell'equilibrio tra le istituzioni europee, dell'unità della funzione esecutiva europea e della responsabilità generale della Commissione, attraverso l'imposizione di limiti al coinvolgimento delle agenzie nell'esercizio della funzione esecutiva. Quanto al termine «regolazione» utilizzato nella Comunicazione del 2002, tradizionalmente si ritiene che il tale concetto riferito alle agenzie dell'Unione europea si riferisca a competenze consultive, gestionali e decisionali ricomprendenti l'adozione di raccomandazioni e pareri tecnico-scientifici, l'attività di raccolta e diffusione di informazioni obiettive e attendibili, l'emanazione di *best practices*, la creazione e il coordinamento di reti di regolatori nazionali e l'adozione di decisioni vincolanti aventi portata individuale. Si veda in tal senso il Progetto di accordo interistituzionale del 25 febbraio 2005 relativo all'inquadramento delle agenzie europee di regolazione, COM(2005)0059, con il quale si è tentato di armonizzare e rendere maggiormente organico il quadro normativo applicabile a tali organismi.

³⁰³ Le agenzie esecutive sono state disciplinate dal Regolamento (CE) n. 58/2003 del Consiglio del 19 dicembre 2002, sul quale si veda A. Ciasulli, *Le agenzie esecutive europee nel sistema amministrativo comunitario: regolamento del Consiglio europeo n. 58/2003*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2004, 569 ss.

³⁰⁴ Regolamento (UE) n. 713/2009 del Parlamento e del Consiglio del 13 luglio 2009.

³⁰⁵ Regolamento (UE) n. 1211/2009 del Parlamento e del Consiglio del 25 novembre 2009.

³⁰⁶ EBA, EIOPA ed ESMA sono state istituite rispettivamente con i Regolamenti (UE) n. 1093/2010, n. 1094/2010 e n. 1095/2010 del Parlamento e del Consiglio del 24 novembre 2010.

³⁰⁷ Regolamento (UE) n. 1092/2010 del Parlamento e del Consiglio del 24 novembre 2010.

Questi ultimi organismi rappresentano il risultato di una fase di nuovo e intenso sviluppo del processo di “agencification” europeo, avviata negli ultimi anni nell’ambito di una generale riforma della *governance* delle istituzioni comunitarie. L’apice di tale percorso è stata la firma del Trattato di Lisbona entrato in vigore nel 2009 che, anche se indirettamente, contiene un primo riconoscimento istituzionale per le *agencies* europee³⁰⁸. Un ambizioso percorso riformatore, che rivela la volontà di modificare profondamente i connotati della regolazione europea così come essi si erano cristallizzati fino a quel momento, ma che ha comunque dovuto mediare tra due diverse esigenze: trasferire a livello sovranazionale alcune funzioni di vigilanza e regolazione non più efficacemente esercitabili singolarmente da ogni Stato, e rispettare le prerogative e competenze nazionali così come previste dai Trattati.

2.1. Dall’amministrazione decentrata ai *networks* di regolatori nazionali

Il modello dell’*indirect rule*, come detto, è stato superato a favore di forme di “amministrazione composta”³⁰⁹, fondata sulla cooperazione tra le amministrazioni nazionali e le istituzioni e gli organi europei nella gestione congiunta delle politiche comunitarie. La creazione di agenzie decentrate, dotate di personalità giuridica ed elevata caratura tecnico-professionale, fulcro di numerose relazioni funzionali con le amministrazioni dell’Unione e degli Stati, rappresenta uno dei diversi modelli cui tale cooperazione amministrativa tra il livello europeo e nazionale si è ispirata nel corso degli anni, ma non l’unico³¹⁰.

³⁰⁸ Il Trattato di Lisbona, 2007/C 306/01, ha dettato nel titolo III, dedicato al “quadro istituzionale” dell’UE, una specifica disciplina concernente le «istituzioni, organi, organismi» dell’Unione. Sebbene le agenzie non siano direttamente menzionate tra le istituzioni europee (se non nella versione in inglese del Trattato che espressamente richiama anche le *agencies* europee tra i soggetti obbligati al rispetto, insieme alle «institutions, bodies, offices», dei principi di democrazia, uguaglianza e trasparenza), si ritiene generalmente che esse possano ricondursi agli “organismi” cui sono indirizzate numerose norme di diritto primario. Sulle novità apportate dal Trattato di Lisbona al disegno amministrativo europeo si vedano, tra i molti, E. Chiti, *Il Trattato di Lisbona*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2010, 221 ss.; D. Sorace, *L’amministrazione europea secondo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1, 2013, 167 ss.

³⁰⁹ Cfr. S. Cassese, *La crisi dello Stato*, cit., 67 ss. Sulla cooperazione amministrativa e i suoi istituti si vedano, *ex multis*, E. Schmidt-Aßmann, *European composite administration and the role of European administrative law*, in O. Jansen, B. Schöndorf-Haubold (a cura di), *The European Composite Administration*, Cambridge, Intersentia, 2011; M. Macchia, *La cooperazione amministrativa come «questione di interesse comune»*, in *Astrid Rassegna*, 21 novembre 2011, n. 147; L. Torchia, *Concorrenza tra ordinamenti e diritto amministrativo nell’ordinamento europeo*, in A. Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari, Laterza, 2004.

³¹⁰ D. Coen, M. Thatcher, *Network governance and multi-level delegation: European networks of regulatory agencies*, in *Journal of Public Policy*, 28(1), 2008, 55, evidenziano come le difficoltà di uniforme implementazione del diritto europeo avevano reso attuale l’esigenza di dotare le agenzie di poteri più incisivi e soprattutto di renderle effettivamente indipendenti. La corsa verso questi «Euro-regulators» si era tuttavia

L'istituzione e l'attribuzione di rilevanti poteri di regolazione ad autorità amministrative indipendenti rappresentano il frutto dei processi di liberalizzazione di matrice comunitaria. La fonte di legittimità delle stesse autorità indipendenti, quali strumenti del processo di integrazione europea, viene individuata proprio nel diritto comunitario. L'influenza del diritto dell'Unione sulle *authorities* nazionali è testimoniata, inoltre, dalla tendenza a realizzare molteplici forme di cooperazione tra le stesse, anche attraverso l'istituzione di organismi sovranazionali adibiti a tale scopo³¹¹.

Nei settori delle telecomunicazioni, dell'energia, della concorrenza e dei servizi finanziari sono stati, infatti, istituiti sistemi regolatori comuni basati sulla creazione di reti (*regulatory networks*), formali o informali, di autorità nazionali di regolazione (ANR), funzionali a favorire, in un primo momento, la produzione e l'acquisizione di informazioni in settori particolarmente specializzati, e, successivamente, la collaborazione e cooperazione orizzontale nel perseguimento di obiettivi pubblici condivisi a livello europeo³¹². La rete rappresenta un luogo di discussione in cui il coordinamento dei due livelli di governo dovrebbe garantire un'applicazione quanto più possibile omogenea della normativa europea, attraverso la collaborazione tra autorità europee e statali, nonché tra gli stessi regolatori nazionali. Collaborazione volta a determinare obiettivi comuni, definire linee guida e favorire la circolazione e condivisione di informazioni e *best practices*, strumentali a ridurre il *regulatory gap* nell'applicazione discrezionale delle norme europee da parte degli Stati membri³¹³.

fin da subito scontrata con diversi ostacoli frapposti sia dagli Stati membri, preoccupati di perdere la propria sovranità in alcuni comparti economici di rilievo centrale, sia dalle istituzioni europee. Infatti, «equally significant was the unwillingness on the part of politicians to open up the single market and Maastricht treaties – with the very real risk of the treaties unravelling. Finally, on the practical side, and at a time of smaller government and worries about the creeping competences of the European Commission, member states were unwilling to fund and staff an EU regulator. Running parallel with this lack of 'political will' was the fear of most suppliers about the remoteness of a Euro-regulator and about losing a local IRA». Sul punto si veda anche D.Coen, A. Heritier, *Business Perspectives on German and British Regulation: Telecoms, Energy and Rail*, in *Business Strategy Review*, 11, 4, 2000, 29 ss.

³¹¹ Cfr. F. Scuto, *Governance e mercato unico dell'energia: il network delle autorità nazionali*, in L. Ammannati, P. Bilancia (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2008, 84-85.

³¹² Il modello è quello del «concerto regolamentare europeo», secondo la definizione che ne ha dato S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, cit., 105 ss., il quale presenta determinate caratteristiche: «È istituito per la cura di interessi pubblici comuni, definiti in sede comunitaria. La cura di tali interessi è affidata ad amministrazioni separate. Per superare tale separazione, è posta in essere una organizzazione composita, nella quale confluiscono le amministrazioni nazionali. È assicurata, però, la preminenza funzionale dell'amministrazione comunitaria» (111).

³¹³ Cfr. Commissione europea (2001), *European Governance: A White Paper*, COM(2001) 428, Brussels, in cui «the open method of co-ordination» viene definito come «a way of encouraging co-operation, the exchange of best practice and agreeing common targets and guidelines for Member States, sometimes backed up by national action plans as in the case of employment and social exclusion. It relies on regular

Il sistema dei rapporti fra amministrazione europea e amministrazioni statali passa dall'essere di tipo «gerarchico e bipolare ad uno orizzontale e multipolare», in attuazione di un modello di «amministrazione condivisa», retta dal diritto comunitario e in cui l'interesse pubblico viene distribuito in modo uniforme su più soggetti specializzati e indipendenti (Commissione e autorità nazionali) che concorrono al suo perseguimento all'interno di un'organizzazione complessa³¹⁴. Il sistema dei *networks*, inoltre, permette di dare piena attuazione al principio di sussidiarietà sancito dai Trattati (art. 5 TUE), dal momento che esso agevola l'emersione delle diverse preferenze delle autorità nazionali coinvolte, al fine di giungere a una regolazione condivisa a livello europeo³¹⁵.

Inizialmente, la cooperazione amministrativa tra i regolatori nazionali si sviluppò nell'ambito di sedi informali composte da soggetti pubblici e privati che si incontravano su base volontaria e non erano dotate di alcun potere o organizzazione stabile che permettesse loro di incidere effettivamente sul processo decisionale europeo. Nei primi anni Duemila si è assistito a una generale formalizzazione dei *networks*, attraverso atti legislativi europei (solitamente decisioni) che delegavano loro rilevanti funzioni di coordinamento dell'attività delle autorità di regolazione nazionali tramite compiti di consulenza tecnica

monitoring of progress to meet those targets, allowing Member States to compare their efforts and learn from the experience of others».

³¹⁴ Cfr. A. Canepa, *Reti europee in cammino. Regolazione dell'economia, informazione e tutela dei privati*, Napoli, Jovene, 2010, 11. Sulle caratteristiche delle reti come figure organizzative la letteratura è vasta. Senza alcuna pretesa di esaustività si vedano G. Thompson, J. Frances, R. Levacic, J. Mitchell (ed.), *Markets, Hierarchies and Networks. The Coordination of Social Life*, London, Sage, 1991; P. Bonavero, E. Dansero, *L'Europa delle regioni e delle reti*, Torino, UTET, 1998; T.A.J. Toonen, *Introduction: Networks in Public Administration*, in *Public Administration*, 76, 2, 1998, 205 ss.; W.J.M. Kickert, E.H. Klijn, J.F.M. Koppenjan (ed.), *Managing Complex Networks*, London, Sage, 1997; S. Cassese, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in *Id.*, *Lo spazio giuridico globale*, cit., 21 ss., il quale contrappone la figura organizzativa della rete a quella propria dello Stato. Mentre quest'ultimo è costruito sui concetti di unità, gerarchia e chiusura, la rete è per sua stessa natura fondata su quelli di separazione, flessibilità e collaborazione. Ciò non impedisce, tuttavia, che all'interno dello Stato non possano configurarsi sistemi a rete. Per l'applicazione e l'importanza del modello del *regulatory network* a livello transnazionale e nella «global governance» si veda P.H. Verdier, *Transnational Regulatory Networks and Their Limits*, in *Yale J. Int'l L.*, 34, 2009, 113 ss. Sul concetto di amministrazione condivisa si rinvia a P. Craig, *Shared administration, disbursement of community funds and regulatory State*, in *Legal research paper series*, 22, 2009.

³¹⁵ A. Canepa, *op. cit.*, 13. L'A. evidenzia come nel percorso di realizzazione delle reti europee di regolazione siano individuabili diversi modelli. Le reti di esecuzione, volte a incrementare l'applicazione uniforme del diritto europeo a livello transfrontaliero (come lo *European Competition Network* o il CESR che riunisce le autorità operanti nel settore della vigilanza sui mercati finanziari, per cui si veda *infra*); le reti di armonizzazione, come quelle realizzate nei settori dell'energia e delle telecomunicazioni, che hanno come fine precipuo quello di assicurare una maggiore uniformità nella determinazione delle norme regolamentari, supportando così i processi di liberalizzazione e applicazione della normativa europea promossi dalla Commissione europea; infine, i *networks* di informazione, come la rete dei Consigli superiori della magistratura o delle Corti di cassazione (14-15). Si veda anche S. Cassese, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Il Foro italiano*, v. 16, 1995, 378 ss.

nei confronti della Commissione, di monitoraggio dell'*enforcement* del diritto comunitario nei settori produttivi interessati e di adozione di atti di *soft law*.

Nel settore energetico i *fora* di Firenze del 1998 (*European Electricity Regulatory Forum*) e di Madrid del 1999 (*European Gas Regulatory Forum*), erano stati pensati dalla Commissione come luogo di incontro e discussione volontaria tra i regolatori del settore, volto a favorire e accelerare il processo di costruzione del mercato unico dell'energia³¹⁶. Nel 2000, su iniziativa proprio delle autorità di regolazione nazionali, venne istituito il *Council of European Energy Regulators* (CEER), che aveva il compito di migliorare le forme di raccordo tra i regolatori del settore al fine di promuovere forme di collaborazione e mutua assistenza volte, da un lato, allo sviluppo dei relativi mercati, dall'altro, a dialogare con un'unica voce con le istituzioni europee. Infine, su iniziativa della Commissione, venne realizzata una forma di cooperazione finalmente istituzionalizzata, attraverso la creazione del «Gruppo dei regolatori europei per il gas e l'elettricità» (ERGEG)³¹⁷. Composto dai rappresentanti delle autorità indipendenti di regolazione statali, il Gruppo, pur non sostituendo le precedenti strutture³¹⁸, si poneva l'obiettivo di dare alla cooperazione regolatoria una veste maggiormente ufficiale e formalizzata.

L'esperienza del settore delle comunicazioni elettroniche ha seguito il medesimo percorso progressivo verso l'istituzione di *networks groups* di armonizzazione composti da autorità nazionali indipendenti, attraverso l'adozione di *memoranda* di intesa. Nel 1997 le autorità statali di regolazione dettero spontaneamente vita all'*Independent Regulatory Group* (IRG), funzionale alla circolazione e allo scambio di informazioni tra i presidenti delle stesse autorità di regolazione. Non era invece prevista la partecipazione della Commissione. Per garantire un duplice livello di coordinamento, orizzontale tra le singole ANR ma anche verticale con la Commissione, nel 2002 attraverso una decisione di quest'ultima venne istituito lo *European Regulators Group for electronic communications networks and service* (ERG)³¹⁹.

³¹⁶ Cfr. B. Eberlein, *Regulation by Co-operation: The "Third Way" in Making Rules for the Internal Energy Market*, in P. Cameron (ed.), *Legal Aspects of EU Energy Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 59 ss.

³¹⁷ Decisione della Commissione n. 2003/7996/CE dell'11 novembre 2003.

³¹⁸ Cfr. G. Napolitano, *L'agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, in P. Bilancia, *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, Giuffrè, 2012, 164, sottolinea come la Commissione avesse cominciato a investire il CEER di compiti istruttori e propulsivi in materia di accordi per gli scambi transfrontalieri di energia. Sull'ERGEG, sulle sue caratteristiche e sui suoi limiti si tornerà con maggiore approfondimento nel Cap. III.

³¹⁹ Decisione della Commissione n. 2002/627/CE del 29 luglio 2002.

Rispetto all'organizzazione comune per l'energia, quella nel settore delle telecomunicazioni si caratterizza per il ruolo particolarmente rilevante giocato proprio dalla Commissione, che non solo è rappresentata all'interno del *network*, ma ne stabilisce le regole di funzionamento. Le norme di settore, inoltre, impongono specificamente agli Stati membri di garantire l'indipendenza delle ANR, mentre la disciplina dell'energia elettrica e del gas si limita a disporre l'indipendenza dagli interessi industriali, ma non dal potere politico³²⁰.

Nel settore della tutela della concorrenza, il regolamento n. 1/2003³²¹ ha delegato l'applicazione degli artt. 101 e 102 TUE (*ex* artt. 81 e 82 TCE)³²² direttamente alle autorità statali antitrust e ai giudici nazionali, introducendo un sistema di coordinamento, collaborazione reciproca e informazione obbligatoria tra la Commissione e le autorità statali (livello verticale) e tra le stesse ANC (livello orizzontale), nell'ambito di procedimenti amministrativi composti. A tal proposito il regolamento ha istituito formalmente una rete europea della concorrenza, lo *European Competition Network* (ECN)

³²⁰ Cfr. G. Della Cananea, *L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica e il gas*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3, 2004, 1391. Sul *network* dei regolatori nel settore delle telecomunicazioni si vedano anche, S. Cassese, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Lo spazio giuridico globale*, cit., 105 ss.; D. Bollhoff, *Developments in Regulatory Regimes: A Comparison of Telecommunications, Energy and Rail*, in D. Coen, A. Héritier, *Redefining Regulatory Regimes*, 2005, 15 ss.; P. Humphreys, S. Simpson, *Globalisation, Convergence and European Telecommunications Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005; M. Orfino, *La governance delle comunicazioni elettroniche. Il complesso sistema di networks decisionali caratterizzato da «raccordi verticali» tra le ANR e la Commissione e da «raccordi orizzontali» tra le ANR e tra esse e la Commissione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 373 ss.; G. Napolitano, *La strategia dei controlli nella governance comunitaria delle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2008, 1469 ss.

³²¹ Regolamento CE del Consiglio del 16 dicembre 2002.

³²² Articolo 102 TUE: «È incompatibile con il mercato interno e vietato, nella misura in cui possa essere pregiudizievole al commercio tra Stati membri, lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato interno o su una parte sostanziale di questo. Tali pratiche abusive possono consistere in particolare: a) nell'imporre direttamente od indirettamente prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi».

Articolo 103 TUE: «1. I regolamenti e le direttive utili ai fini dell'applicazione dei principi contemplati dagli articoli 101 e 102 sono stabiliti dal Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo. 2. Le disposizioni di cui al paragrafo 1 hanno, in particolare, lo scopo di: a) garantire l'osservanza dei divieti di cui all'articolo 101, paragrafo 1, e all'articolo 102, comminando ammende e penali di mora; b) determinare le modalità di applicazione dell'articolo 101, paragrafo 3, avendo riguardo alla necessità di esercitare una sorveglianza efficace e, nel contempo, semplificare, per quanto possibile, il controllo amministrativo; c) precisare, eventualmente, per i vari settori economici, il campo di applicazione delle disposizioni degli articoli 101 e 102; d) definire i rispettivi compiti della Commissione e della Corte di giustizia dell'Unione europea nell'applicazione delle disposizioni contemplate dal presente paragrafo; e) definire i rapporti fra le legislazioni nazionali da una parte e le disposizioni della presente sezione nonché quelle adottate in applicazione del presente articolo, dall'altra».

«che veicola informazioni, fornisce assistenza e produce decisioni»³²³ e si configura quale strumento di governo nel processo di decentramento a livello statale dell'*enforcement* delle norme europee antitrust.

Questa rete si fonda su reciproci obblighi e su strumenti di coordinamento finalizzati a limitare i casi di duplicazione di procedimenti, contrasti sulle medesime fattispecie e impedire possibili conflitti tra le stesse³²⁴. Le autorità nazionali, dunque, diventano attori protagonisti dell'attuazione del diritto della concorrenza di matrice comunitaria, anche se la Commissione mantiene un ruolo di supremazia funzionale all'interno della rete, in virtù della competenza esclusiva di cui è titolare in base all'art. 105 del TUE (supremazia che si esprime, per esempio, nel potere di avocazione della competenza ad applicare le disposizioni a tutela della concorrenza)³²⁵.

Nel mercato dei servizi finanziari il *Committee of European Securities Regulators* (CESR), struttura indipendente composta dai regolatori di settore istituita nel 2001³²⁶, rappresentò il risultato più evidente del comitato Lamfalussy costituito dalla Commissione europea e dai governi nazionali, per sostenere la creazione di un mercato unico dei servizi finanziari. La necessità di una *governance* europea dei mercati, in grado di gestire i rischi di instabilità sistemica, non più affrontabili solo a livello domestico, avevano reso imprescindibile un intenso coordinamento tra le autorità nazionali finalizzato sia a realizzare una migliore distribuzione di competenze tra il livello statale e quello comunitario, sia ad ovviare alla presenza di più soggetti deputati alla vigilanza all'interno dei singoli ordinamenti giuridici nazionali³²⁷.

Il comitato Lamfalussy³²⁸ aveva infatti sottolineato come il preesistente forum dei regolatori dei valori mobiliari, il *Forum of European Securities Regulators* (FESCO), non

³²³ Così, M. D'Alberty, *La «rete europea della concorrenza» e la costruzione del diritto antitrust*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2005, 35 ss.

³²⁴ Cfr. C. Rabitti Bedogni, *Strumenti di governance e integrazione europea in materia di tutela della concorrenza*, in L. Ammannati, P. Bilancia (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, 25.

³²⁵ Sullo *European Competition Network*, in generale, si vedano, E. Guerri, *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento CE n. 1/2003*, Torino, Giappichelli, 2005; G.L. Tosato, L. Bellodi, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, Giuffrè, 2004; E. Freni, *Le discipline della concorrenza*, in S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, cit.; F. Cengiz, *Multi-level Governance in Competition Policy: the European Competition Network*, in *Europ. L. Rev.*, 2010; S. Cassese, *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 11, 2003, 1132 ss.; L.F. Pace, *Diritto europeo della concorrenza*, Padova, Cedam, 2007.

³²⁶ Decisione della Commissione n. 2001/527/CE del 6 giugno 2001.

³²⁷ Cfr. A. Canepa, *op. cit.*, 27.

³²⁸ Istituito con decisione dell'Ecofin del 17 luglio 2000. La proposta di istituzione del CESR è contenuta nel *Final Report of the Committee of wise men on the regulation of European Securities Markets*,

fosse dotato di alcun riconoscimento formale e operasse esclusivamente su base consensualistica, senza poter adottare raccomandazioni o atti vincolanti. Il CESR, invece, si inserisce all'interno del c.d. «*Lamfalussy process*», collaborando con la Commissione nella definizione delle regole tecniche volte a rendere operative le norme di settore adottate a livello legislativo, oltre che svolgendo il proprio compito di rafforzamento della cooperazione tra le ANR. È inoltre prevista la possibilità di adottare raccomandazioni circa le misure più idonee da attuare in caso di significativi rischi sistemici, strutturate sul modello del *comply or explain*, ma pur sempre non direttamente coercitive.

2.2. Una nuova fase per la regolazione europea: dalla rete all'“agenzia-rete”. Il modello ibrido della *network agency*

Le reti di regolatori nazionali hanno indubbiamente svolto e continuano a giocare un importante ruolo nell'incrementare l'efficienza delle procedure di regolazione. Ciò grazie soprattutto alla riduzione dei costi di transazione derivante dall'elaborazione di orientamenti normativi convergenti (o quanto meno omogenei), all'imposizione di alcuni vincoli agli Stati quanto alla scelta degli assetti organizzativi e al coinvolgimento diretto degli operatori economici, che permette l'adozione di decisioni finali maggiormente condivise (pur senza risolvere il problema del *deficit* democratico che caratterizza in generale i procedimenti di matrice europea)³²⁹.

Il disegno istituzionale dei *regulatory networks*, tuttavia, permette di delinearne anche i maggiori limiti. Alle reti sono state affidati numerosi incarichi ma poche risorse e poteri, sia rispetto alle singole autorità indipendenti nazionali, nei cui confronti non sono in grado di adottare decisioni vincolanti, sia alla Commissione, la cui posizione è spesso preminente³³⁰. Le procedure volte all'adozione di orientamenti condivisi e alla

Brussels, 15 febbraio 2001. Sulla cooperazione amministrativa nel settore degli strumenti finanziari si vedano, tra i molti, C. Comporti, *L'integrazione dei mercati finanziari europei e la c.d. procedura Lamfalussy*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2, 2004, pt. 1, 269; M. De Bellis, *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2012.

³²⁹ Cfr. L. Ammannati, *Governance e regolazione attraverso reti*, in L. Ammannati, P. Bilancia (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, cit., 195, che sottolinea come peraltro il coordinamento all'interno dei *networks* non si realizzi esclusivamente sulla base della reciproca volontà dei regolatori nazionali di cooperare all'interno di una struttura completamente priva di gerarchia. Al contrario, tale collaborazione richiede «la presenza di un soggetto in grado di “pilotare” le attività e di assumere anche una funzione di sintesi in modo da consolidare il processo verso conoscenze comuni cioè assicurando, come è stato detto, un reale processo di “convergenza cognitiva”».

³³⁰ Cfr. D. Coen, M. Thatcher, *Network governance and multi-level delegation*, cit., 67. Il coinvolgimento degli *stakeholders*, ad avviso degli AA., si era dimostrato limitato dal momento che «in formal institutional terms, ERNs bring together national IRAs and the European Commission. But they do

determinazione di *standard* tecnici comuni e *best practices*, inoltre, si sono dimostrate spesso lunghe, frammentate e troppo complesse.

Le agenzie istituite a partire dal 2009 nei settori delle comunicazioni elettroniche, dell'energia elettrica e del gas, della vigilanza micro e macro prudenziale, rappresentano un netto cambio di passo nel processo di integrazione amministrativa europea, nel senso di accelerare quei «meccanismi di progressiva integrazione delle autorità nazionali in organi comunitari»³³¹ che erano già in corso, e che negli ultimi anni hanno goduto e beneficiato di nuova linfa. La peculiarità di questa nuova “ondata” è individuabile soprattutto nell'istituzione, per la prima volta, di organismi europei operanti non più soltanto nei settori della regolazione del rischio e della “correzione sociale del mercato” (*social regulation*), ma anche nei settori della *economic regulation*³³².

Prima del 2009, infatti, nessuna agenzia era stata istituita per la regolazione dei mercati attraverso la disciplina dei prezzi, la tutela della concorrenza e il mantenimento delle condizioni di libero accesso ai mercati. Ciò può essere spiegato con la generale competenza antitrust che i Trattati attribuiscono alla Commissione europea; le nuove agenzie, tuttavia, non mettono in discussione tale assetto, ma si affiancano alla Commissione stessa fungendo da tramite tra quest'ultima e i regolatori nazionali in specifici settori.

Le autorità di vigilanza finanziaria - EBA, ESMA ed EIOPA - sono state istituite alla fine del 2010 in seguito al rapporto finale stilato dal “gruppo Larosière”, che, su incarico della Commissione europea, aveva lavorato già dal 2008 sul possibile rafforzamento delle norme e degli organismi europei in tema di vigilanza, soprattutto al fine di individuare adeguate contromisure rispetto alla crisi finanziaria scoppiata negli Stati Uniti a causa della bolla dei mutui *subprime*. L'obiettivo era quello di migliorare il funzionamento del mercato interno, in particolare assicurando un elevato, uniforme ed efficiente livello di

not bind together sectoral actors from private and public sectors: although ERNs are required to consult private actors, those actors are not full members».

³³¹ Così, G. Napolitano, *La strategia dei controlli*, cit., 1483.

³³² M. Thatcher, *The Creation of European Regulatory Agencies and its Limits: a Comparative Analysis of European Delegation*, in *Journal of European Public Policy*, 18(6), 2011, 796, sottolinea come la distinzione tra “economic regulation” e “social regulation” non sia sempre netta. Mentre la prima si identifica con l'adozione di decisioni “correttive” volte a risolvere problematiche legate alla concorrenza, come la determinazione dei prezzi, l'eliminazione degli ostacoli all'accesso a un determinato mercato o la lotta ai comportamenti anticoncorrenziali delle imprese, la “social regulation” si riferisce alla regolazione dei rischi legati alla salute, all'ambiente o alla sicurezza, per esempio nei settori dell'alimentazione, dei prodotti chimici o dell'aviazione civile.

regolamentazione e vigilanza³³³. Le tre autorità sono state istituite per garantire l'integrità e trasparenza dei mercati finanziario, bancario e assicurativo, rafforzare il coordinamento internazionale in materia di vigilanza, impedire l'arbitraggio regolamentare assicurando pari condizioni concorrenziali, proteggere i consumatori e assicurare che il rischio di credito e altri rischi siano adeguatamente regolati e vigilati.

Il modello "giuridicamente ambiguo" e multipolare dei *networks* di regolatori nazionali, dunque, è stato superato attraverso l'istituzione di "stabili piattaforme di collaborazione"³³⁴ che ruotano intorno ad agenzie europee dotate di personalità giuridica e di uno statuto di indipendenza comune sia nei confronti dei governi nazionali che della Commissione e delle altre istituzioni europee. Agenzie che hanno assorbito ruolo e poteri dei precedenti *networks* e la cui organizzazione, che non coincide solo con la rete dei regolatori nazionali, è stata plasmata sulla base delle peculiarità dei diversi tipi di mercato oggetto di vigilanza o regolazione.

È stato contestualmente modificato il processo di formazione delle regole tramite l'attribuzione ai nuovi organismi di nuovi e diversi strumenti giuridici che permettono loro di porsi quali veri e propri regolatori europei³³⁵. Queste agenzie sono in grado di garantire

³³³ Sulle relazioni tra crisi economico-finanziaria e riforma della regolazione europea si veda *supra* Cap. I, par. 1.3. Il rapporto Larosière era incentrato soprattutto sul potenziamento della cooperazione tra le autorità nazionali di regolazione e vigilanza nonché, appunto, sulla creazione di nuove autorità europee di supervisione nell'ambito di una generale riforma dell'architettura della vigilanza finanziaria europea. Esso suggeriva di stabilire norme regolamentari uniformi, riducendo le eccezioni e deroghe al diritto europeo previste dalle legislazioni nazionali, e creare un sistema di vigilanza comunitaria integrata. Cfr. il *Report dell'High-Level Group on Financial Supervision in the EU*, 25 febbraio 2009, fatto proprio dalla Commissione ulteriormente sviluppato nella comunicazione COM (2009) 252 contenente il nuovo quadro della vigilanza finanziaria. Sul tema in generale si vedano M. Onado, *La supervisione finanziaria europea dopo il Rapporto de Larosière: siamo sulla strada giusta?*, in *Bancaria*, 2009, 16 ss.; E. Chiti, *Le architetture istituzionali della vigilanza finanziaria*, in G. Napolitano (a cura di), *Uscire dalla crisi*, Bologna, Il Mulino, 2012, 157 ss.; L. Quaglia, *The Regulatory Response of the European Union to the Global Financial Crisis*, in R. Mayntz (a cura di), *Crisis and Control. Institutional Change in Financial Market Regulation*, Frankfurt/New York, 2012, 171 ss.; M. Everson, *A Technology of Expertise: EU Financial Services Agencies*, LEQS Paper n. 49, 2012; A. Enria, G. Teixeira, *A New Institutional Framework for Financial Regulation and Supervision*, in *Basel II and Beyond. A Guide to Banking Regulation after the Crisis*, London, 2011; E. Chiti, G. Vesperini (a cura di), *The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional Design, Legal issues, Perspectives*, Bologna, Il Mulino, 2015.

³³⁴ P. Bilancia, *Autorità indipendenti nazionali e organismi europei nella regolazione dei mercati di settore*, in P. Bilancia (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, cit., 4.

³³⁵ *Ibidem*. Per le differenze, ma anche i punti di contatto tra le reti di regolatori nazionali e il modello di agenzia europea tradizionale, cfr. W. Weiß, *Agencies Versus Networks: From Divide to Convergence in the Administrative Governance in the Eu*, in *Admin. L. Rev.*, 61, 2009, 61, il quale evidenziava, in un momento immediatamente antecedente all'istituzione delle agenzie e autorità della "quarta ondata", che «[...] in general, agencies and networks appear to be functionally equivalent in their role for coherent implementation and application of EU/EC law. The peculiar problem with networks may, however, be the lacking safeguard for coherent results (hence the need for Commission involvement in the ECN, for example). If networks do not produce coherent results, *supranational* powers have to be introduced or

un dialogo maggiormente proficuo sia con la Commissione europea che con le singole *authorities* nazionali, al fine di creare e applicare uniformemente nei differenti settori di intervento, *standard* regolatori e *best practices* maggiormente condivise. Tuttavia, non si deve fare l'errore di credere che i nuovi organismi, espressione di questa nuova architettura regolatoria europea, siano completamente sovrapponibili al modello delle agenzie europee classiche, né tantomeno a quello delle autorità amministrative indipendenti nazionali.

Si parla di queste agenzie come “network agencies”³³⁶, proprio per sottolinearne la natura essenzialmente ibrida. Da un lato esse proseguono e sviluppano l'esperienza delle reti di regolatori nazionali indipendenti (ponendovisi al centro), rappresentando però il fulcro di forme di “cooperazione regolatoria” più evolute e integrate rispetto ai *networks* stessi³³⁷. Dall'altro, pur rivestendo la forma tradizionale dell'agenzia, rivelano caratteristiche originali sia dal punto di vista della *governance* e dei poteri esercitabili sia, soprattutto, per il particolare *status* di formale indipendenza che le connota e che sembrerebbe avvicinarle, da questo punto di vista (ma non solo), alle autorità amministrative indipendenti nazionali. Tale modello, in sintesi, rappresenta un nuovo e innovativo sviluppo nell'esperienza della cooperazione europea, configurandosi quale «involucro che ricomprende in sé la rete dei regolatori nazionali [...], dal momento che da spazio ad un regolatore comunitario in cui confluiscono le voci degli stessi organismi degli stati membri»³³⁸.

strengthened, at least in areas where EC legislation is quite vague. Supranational powers may be delegated to and exercised by the Commission itself or by agencies, but not by networks».

³³⁶ L. Ammannati, *L'Agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell'energia e la costituzione del mercato unico dell'energia*, in Riv. it. dir. pub. com., 3-4, 2011, 679; L. Ammannati, *The creation of the “Agency for the Cooperation of Energy Regulators”. Its role in the governance of the European Energy market*, in Id. (a cura di), *Networks. In search of a model for European and Global Regulation*, Torino, Giappichelli, 2012, 34; S. Lavrijssen, L. Hancher, *Networks on Track: From European Regulatory Networks to European Regulatory “Network Agencies”*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2009, 36, 23 ss. Già nel 2007 la Commissione europea aveva presentato due proposte volte a formalizzare e rafforzare le reti esistenti nel settore energetico e in quello delle telecomunicazioni conferendo loro lo *status* di agenzie indipendenti. Nello specifico, la proposta COM (2007) 530 si riferiva alla creazione di una *European Agency for the Cooperation of Energy Regulators* (ACER) e la proposta COM (2007) 699 alla istituzione di una *European Electronic Communications Market Authority* (EECMA).

³³⁷ D. Levi-Faur, *Regulatory Networks and Regulatory Agencification: Towards a Single European Regulatory Space*, in *Journal of European Public Policy*, 18(6), 2011, 826, si riferisce a un processo che dovrebbe definirsi di “agencification of networks”. Mentre per “agencification” si intende «the process of formalizing roles and missions in organizations with spatial boundaries and formal identities, either by the devolution of functions from the core organization or the creation of new organizations for performing new functions», il termine “networkation” viene utilizzato per indicare una strategia di formalizzazione di ruoli e obiettivi «in loose organizations in a way that bridges the gaps between insulated hierarchies to form a network of stable and interdependent relations» (818).

³³⁸ Così, L. Ammannati, *L'Agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell'energia*, cit., 684, in riferimento agli elementi caratterizzanti l'ACER.

La regolazione europea abbandona, dunque, una dimensione meramente collaborativa e orizzontale per essere affidata a organismi che, sia pure partecipati dagli Stati membri, rivestono un ruolo autonomo nel sistema istituzionale comunitario, rafforzando l'intervento politico europeo in settori economici sempre più sottratti al livello decisionale statale. Le differenze tra le singole autorità di regolazione nazionali comportano infatti una maggiore frammentazione dei mercati e approcci regolativi divergenti, che conducono all'aumento dei costi per le imprese che operano a livello trans-europeo.

La ragione più solida a sostegno della creazione di regolatori europei si riscontra proprio nella diminuzione di tali costi, attraverso un'attività di regolazione e di *enforcement* maggiormente centralizzata, da parte di organismi operanti in sistemi amministrativi comuni che riuniscono istituzioni europee e nazionali³³⁹. È opportuno allora analizzare i profili maggiormente rilevanti di queste nuove agenzie e autorità, relativi alla loro *governance*, all'indipendenza, al loro funzionamento, ai loro poteri, ai rapporti con le istituzioni europee e nazionali.

2.3. La *governance* multilivello

L'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia, l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche, i soggetti deputati alla vigilanza finanziaria, bancaria e pensionistico-assicurativa presentano un sistema di *governance* particolarmente sofisticato e complesso, che le contraddistingue da tutte le agenzie europee precedentemente create. In primo luogo, bisogna evidenziare come la struttura istituzionale multilivello³⁴⁰ delle nuove agenzie non risponda a un unico modello e mostri invece caratteri diversificati e flessibili rispetto al tipo organizzativo riscontrabile nelle agenzie decentrate europee. Diversità che dipendono dalle esigenze dei singoli settori ma, soprattutto, dalla commistione tra il modello dell'agenzia e quello del *regulatory network*.

La novità più rilevante riguarda indubbiamente la natura dei soggetti coinvolti all'interno dei nuovi organismi: in queste agenzie gli Stati membri sono rappresentati non

³³⁹ Cfr. M. Mester, *Independent NRAs in European Electronic Communications Policy-making and Regulation - The Road to BEREC and Beyond*, in *Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs*, 147, 2010, 122.

³⁴⁰ Il concetto di "*governance* multilivello" è stato definito nel "Libro bianco del Comitato delle regioni sulla *governance* multilivello" del 2009 come «un'azione coordinata dell'Unione, degli Stati membri e degli enti regionali e locali fondata sul partenariato e volta a definire e attuare le politiche dell'UE. Tale modalità di *governance* implica la responsabilità condivisa dei diversi livelli di potere interessati, e si basa su tutte le fonti della legittimità democratica e sulla rappresentatività dei diversi attori coinvolti».

da esponenti dei rispettivi governi (secondo il tradizionale metodo intergovernativo), ma da soggetti provenienti da autorità amministrative la cui indipendenza e autonomia dagli esecutivi nazionali è garantita, più o meno intensamente, proprio dal diritto europeo³⁴¹. Le agenzie dell'Unione europea sono generalmente strutturate in maniera tripartita: un organo collegiale preposto alla determinazione delle scelte operative dell'agenzia e a composizione intergovernativa (il consiglio di amministrazione o di gestione); un direttore con compiti esecutivi e di rappresentanza esterna, che risponde di fronte al consiglio; infine, ma non sempre, organi ausiliari a composizione tecnica o scientifica³⁴².

La prima vera novità nel profilo istituzionale delle nuove agenzie rispetto al modello tradizionale è la previsione di un organo interno, che svolge un ruolo strategico, distinto rispetto a un consiglio di amministrazione ristretto, e che si affianca a quest'ultimo. ACER e BERC prevedono entrambe un "Comitato dei regolatori"³⁴³, mentre nelle *European Supervisory Authorities* del settore finanziario è presente un "Consiglio delle autorità di vigilanza"³⁴⁴.

Quanto alla sua composizione, seppur formalmente rispettosa del principio rappresentanza di ogni Stato membro, i rappresentanti statali all'interno di questi nuovi organi interni vengono scelti tra i membri vertici delle autorità nazionali di regolazione, la cui indipendenza è richiesta dallo stesso diritto dell'Unione. Questi nuovi organi, dunque, cui è affidato il compito di esprimere la volontà di tutte le ANR, perseguono interessi in precedenza non rappresentati a livello europeo: quelli delle autorità di regolazione operanti nei singoli Stati membri, istituzionalmente e funzionalmente indipendenti dal potere esecutivo e legislativo del Paese in cui operano.

Esse, dunque, non si fanno portatrici dell'indirizzo politico nazionale, come accade quando il coinvolgimento nella cooperazione amministrativa riguarda uffici facenti parte della pubblica amministrazione tradizionale, «ma della proiezione locale dell'interesse comunitario alla creazione di un mercato interno dell'energia», delle telecomunicazioni e alla centralizzazione della vigilanza microprudenziale³⁴⁵. La Commissione europea, generalmente rappresentata all'interno delle diverse agenzie e degli organi che riuniscono

³⁴¹ V. Cap. I, par. 1.2.

³⁴² Cfr. M. P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, cit., 313.

³⁴³ Reg. CE n. 713/2009, art. 14; Reg. CE n. 1211/2009, art. 4.

³⁴⁴ Regolamenti UE n. 1093/2010, n. 1094/2010 e n. 1095/2010, artt. 40.

³⁴⁵ Così, G. Napolitano, *L'agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, cit., 181, con riferimento specifico alle peculiarità dell'ACER.

le ANR, non può però essere decisiva nelle decisioni poiché il suo rappresentante è sprovvisto del diritto di voto.

Le agenzie della “quarta ondata”, dunque, «danno luogo ad un disegno incentrato su un evidente dualismo regolatorio in sede comunitaria, dove operano due diversi soggetti: un regolatore strettamente sovranazionale, la Commissione, che non «rappresenta» le amministrazioni nazionali ma esprime il punto di vista, in senso proprio, comunitario; ed un regolatore comunitario ma composito, che dà voce ai regolatori dei vari Stati membri [...]. Al primo sono conferite le attribuzioni considerate necessarie al perseguimento dell’interesse generale della Comunità. Al secondo sono conferite le attribuzioni che richiedono una competenza fortemente specialistica e la collaborazione degli esperti delle ventisette autorità di regolazione nazionali, nel presupposto che la Commissione non sarebbe in grado di catalizzare tutte le risorse necessarie dei regolatori nazionali nella stessa maniera di un organismo che le rappresenti nella propria organizzazione di vertice»³⁴⁶.

Nel settore della supervisione finanziaria, gli statuti di EBA, ESMA, ed EIOPA prevedono anche un Presidente con funzioni di sola rappresentanza dell’agenzia, al quale affianca un Direttore con compiti esecutivi³⁴⁷. Il Consiglio delle autorità di vigilanza è composto dallo stesso Presidente (senza diritto di voto) e dai soggetti espressione dei vertici delle autorità nazionali indipendenti competenti per la vigilanza degli enti creditizi, degli strumenti finanziari e del settore pensionistico-assicurativo, oltre a un rappresentante della Commissione, un esponente del Comitato europeo di rischio sistemico e un rappresentante per ognuna delle altre due autorità europee di vigilanza finanziaria, tutti senza diritto di voto³⁴⁸. Nell’Autorità bancaria europea è inoltre prevista anche la partecipazione di un rappresentante della Banca centrale europea (BCE), sempre senza diritto di voto.

Mentre il Consiglio delle autorità di vigilanza assume tutte le decisioni strategiche, adottando tra gli altri progetti di norme tecniche, orientamenti e pareri, il Consiglio di

³⁴⁶ Così, E. Chiti, *Le trasformazioni delle agenzie europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2010, 71-72. Secondo l’A., i nuovi organismi, in realtà, rappresentano più una complicazione del modello classico delle agenzie europee che delle vere e proprie autorità indipendenti, come per esempio la Banca centrale europea.

³⁴⁷ Sia il Presidente che il Direttore vengono nominati dal Consiglio delle autorità di vigilanza e devono essere confermati dal Parlamento europeo.

³⁴⁸ Ai sensi del combinato disposto degli artt. 40, par. 1 lett. b) e 45, par. 1 dei regolamenti EBA, ESMA, EIOPA. Negli Stati membri in cui più di un’autorità è responsabile della vigilanza, tali autorità devono accordarsi su un rappresentante comune. Tuttavia, quando un punto previsto per la discussione del Consiglio delle autorità di vigilanza non rientra nella competenza dell’autorità nazionale rappresentata da tale membro designato, quest’ultimo può portare un rappresentante dell’autorità nazionale competente.

amministrazione (composto dal Presidente e da sei membri eletti da e fra i componenti del Consiglio delle autorità di vigilanza, in maniera da garantire una rappresentanza ancora più rinforzata alle autorità indipendenti nazionali, assicurando comunque equilibrio e proporzionalità nel riflettere l'insieme dell'Unione) svolge un compito propositivo e di chiusura, assicurando che l'Autorità raggiunga gli obiettivi previsti dai regolamenti istitutivi, proponendo all'adozione del Consiglio delle autorità di vigilanza l'adozione di un piano di lavoro annuale e pluriennale.

È inoltre istituito un Comitato congiunto delle tre autorità europee di vigilanza, composto dai rispettivi presidenti, che funge da *forum* per la cooperazione volta ad assicurare l'uniformità intersettoriale relativa in particolare ai conglomerati finanziari, alla contabilità e revisione dei conti, alle analisi degli sviluppi dei rischi alla stabilità finanziaria, alle misure di contrasto al riciclaggio e allo scambio di informazioni con il CERS. Le tre autorità, infine, sono dotate di una Commissione di ricorso interna congiunta.

Nel comparto delle telecomunicazioni, invece, il BEREC non ha personalità giuridica e non può definirsi tecnicamente un'agenzia; esso è infatti composto da un Comitato dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche, in cui siedono un rappresentante per ogni autorità nazionale di settore, e da un organismo denominato "l'Ufficio" (organismo comunitario che, a differenza del *Board of regulators*, è dotato di personalità giuridica), che si articola in un Comitato di gestione (composto sempre dai rappresentanti delle autorità nazionali di regolazione) e in un Direttore amministrativo. Il Comitato dei regolatori, composto di un membro per Stato membro nella persona del direttore o di un rappresentante di alto livello della ANR indipendente di settore³⁴⁹, adotta tutte le decisioni inerenti all'assolvimento delle funzioni del BEREC. L'ufficio svolge invece una funzione di supporto amministrativo, professionale e di agevolazione alla circolazione di informazioni e *best practices* tra le ANR che ne fanno parte.

Si tratta di un'organizzazione comune che gode comunque di un certo grado di decentramento nel sistema istituzionale europeo e che funge da *forum* per la cooperazione tra le autorità di regolazione statali e la Commissione³⁵⁰. Tuttavia, presenta poteri e competenze nettamente più limitati rispetto alle autorità operanti nel settore finanziario ed energetico. Si deve peraltro sottolineare come nel comparto delle comunicazioni

³⁴⁹ L'indipendenza dell'autorità di regolazione nazionale è espressamente richiesta dall'art. 7, par. 1 del regolamento BEREC.

³⁵⁰ L. Torchia (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, cit., 434. Si noti che nel BEREC non è previsto alcun consiglio di amministrazione, diversamente sia dalle agenzie europee classiche, sia dalle altre *network agencies*.

elettroniche il livello di integrazione dei mercati nazionali e di armonizzazione normativa sia maggiore.

Recentemente, infine, il Consiglio e il Parlamento hanno avviato un percorso di negoziazioni volto all'adozione di un Codice europeo delle comunicazioni elettroniche, all'interno delle quali un ruolo centrale sarà giocato proprio dalla riforma e dall'implementazione dei poteri del BEREC, in modo da avvicinarlo alle altre *network agencies* (attraverso, per esempio, il potere di adottare decisioni vincolanti sull'identificazione dei mercati transnazionali e una tariffa massima europea per l'interconnessione tra gli operatori)³⁵¹.

Sull'architettura interna dell'ACER, si tornerà con maggiore approfondimento nel corso della seconda parte del Capitolo III.

2.4. Il requisito dell'indipendenza

L'elemento di maggior rilievo risiede senza dubbio nello *status* di indipendenza istituzionale e funzionale che viene riconosciuto con disciplina uniforme a tutte le nuove agenzie e autorità. L'indipendenza si declina in tre dimensioni: nei confronti della Commissione e delle altre istituzioni europee, dei governi degli Stati membri e dei soggetti regolati. Indipendenza che assume un significato maggiore se riferita a organismi dotati di poteri più incisivi rispetto al passato e di una struttura organizzativa in cui le scelte strategiche vengono adottate da organi interni composti da rappresentanti non dei governi, ma delle autorità indipendenti statali.

³⁵¹ In questo senso, la proposta di Direttiva presentata dalla Commissione il 12 ottobre 2016 ("Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing the European Electronic Communications Code", COM/2016/0590) afferma che il BEREC dovrà essere dotato di determinati poteri "normativi", oltre che di ulteriori competenze in tema di vigilanza del mercato. Affirma la Commissione che «[t]his option envisages, in particular, a minimum set of harmonised competences for NRAs and the alignment of NRAs' and BEREC's tasks, as well as the substantial alignment of BEREC's governance structure with the Common Approach on decentralised agencies. Furthermore, BEREC will be given additional tasks, such as powers to adopt binding decisions on the identification of transnational markets and on a contract summary template; quasi-binding powers in relation to the internal market procedures for draft national measures on market regulation (the 'double-lock' system) and the establishment of a single maximum termination rate for the EU; and the issuing of guidelines in a number of areas: geographical surveys, common approaches to meeting transnational demand, minimum criteria for reference offers, common criteria for the management of numbering resources, quality-of-service parameters, applicable measurement methods and the technical details of the cost model to be applied by NRAs when setting maximum symmetric termination rates. It will also be given the power to request information directly from operators. BEREC will also be in charge of setting up a register for the extraterritorial use of numbers and cross-border arrangements and another EU register of providers of electronic communications networks and services».

Quest'ultimo è il tratto maggiormente significativo di queste nuove autorità, che si avvicinano, sotto questo aspetto, al modello delle autorità indipendenti. Le agenzie europee, infatti, si sono storicamente sviluppate e configurate come amministrazioni tecniche serventi rispetto alla Commissione, al fine di permetterle di svolgere le proprie funzioni in maniera ottimale. La composizione intergovernativa degli organi interni delle stesse agenzie, inoltre, aveva sempre costituito l'ostacolo principale alla loro configurabilità in termini di soggetti istituzionalmente autonomi³⁵².

I singoli regolamenti istitutivi riferiscono il carattere dell'indipendenza in primo luogo alle agenzie nel loro complesso e successivamente anche ai singoli organi interni, anche se si registrano diversità tra le autorità di vigilanza finanziarie, per le quali il requisito dell'indipendenza sembra essere previsto in maniera piena, e quelle operanti nei settori dell'energia e delle comunicazioni elettroniche.

Nel primo caso, i regolamenti istitutivi conferiscono a EBA, ESMA ed EIOPA un'indipendenza istituzionale, personale e finanziaria, prescrivendo in maniera uniforme che nello svolgimento dei propri compiti le tre autorità agiscono in maniera indipendente e obiettiva nell'esclusivo interesse dell'Unione³⁵³. Il carattere dell'indipendenza viene poi riferito anche all'organo centrale delle agenzie, il Consiglio delle autorità di vigilanza: nello svolgimento dei propri compiti, il Presidente e i membri con diritto di voto all'interno del Consiglio «agiscono in piena indipendenza e obiettività nell'interesse esclusivo dell'Unione nel suo insieme, senza chiedere né ricevere istruzioni da parte di istituzioni o organi dell'Unione, dai governi degli Stati membri o da altri soggetti pubblici o privati»³⁵⁴.

³⁵² Cfr. M. Shapiro, *Independent Agencies*, in P. Craig, G. De Búrca (a cura di), *The evolution of Eu Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 114. Questo è vero anche per quelle agenzie delle ondate precedenti che pure vedevano dichiarate indipendenti nei rispettivi regolamenti istitutivi. Come sottolinea E. Chiti, *Le trasformazioni delle agenzie europee*, cit., 58, con riferimento al Centro europeo per la prevenzione e il controllo delle malattie e all'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione, «si tratta, infatti, di una indipendenza esclusivamente scientifica, che assoggetta l'attività tecnica delle agenzie alle sole ragioni della scienza. Quanto al rapporto di queste agenzie europee con le istituzioni politiche, la Commissione può influenzare il funzionamento delle agenzie sia direttamente (ad esempio, intervenendo nella procedura di adozione del loro programma di lavoro), sia indirettamente (ad esempio, attraverso i suoi rappresentanti nel consiglio di amministrazione); e non è escluso che l'attività tecnico-scientifica svolta dalle agenzie europee sia poi posta al servizio della maggioranza politica. Quanto al rapporto con i privati, l'organizzazione interna delle agenzie europee espressamente qualificate come indipendenti dà spesso voce agli operatori del mercato interno».

³⁵³ Art. 1, par. 5, Regolamenti EBA, ESMA, EIOPA. È inoltre previsto in tutti tre i regolamenti istitutivi che «per garantirne la completa autonomia e indipendenza, occorre che l'Autorità sia dotata di un bilancio autonomo, con entrate provenienti principalmente da contributi obbligatori delle autorità nazionali di vigilanza e dal bilancio generale dell'Unione europea». Cfr. considerando n. 59 e art. 62, Regolamenti EBA, ESMA, EIOPA.

³⁵⁴ Art. 42, Regolamenti EBA, ESMA, EIOPA; considerando n. 52. Inoltre, «né gli Stati membri, né le istituzioni o gli organi dell'Unione, né altri soggetti pubblici o privati cercano di influenzare i membri del consiglio delle autorità di vigilanza nello svolgimento dei loro compiti».

L'indipendenza riconosciuta alle autorità facenti parte del sistema europeo di vigilanza rafforza e corrobora quella istituzionale delle singole ANR che ne fanno parte e le pone al riparo dalle possibili ingerenze degli esecutivi e dei legislatori degli Stati di appartenenza. Al tempo stesso, aumentano gli obblighi di queste ultime nei confronti delle altre autorità statali nel cooperare alla determinazione delle linee guida operative dell'agenzia europea³⁵⁵.

Prescrizioni identiche o simili sono previste per il Presidente, il Direttore esecutivo e per i membri del Consiglio di amministrazione e della Commissione di ricorso³⁵⁶. Viene assicurata la stabilità degli organi interni delle tre agenzie, attraverso la previsione di un mandato particolarmente lungo per il Presidente e per il Direttore esecutivo³⁵⁷, *iter* di nomina articolati e procedimenti di revoca dalla carica molto restrittivi³⁵⁸. Si tratta di caratteri tipicamente presenti in tutte le autorità amministrative indipendenti statuali.

A fronte di tale indipendenza, le tre autorità di vigilanza finanziaria sono assoggettate a obblighi di *accountability* nei confronti del Parlamento europeo e del Consiglio, i quali possono richiedere al Presidente, pur «nel pieno rispetto della sua indipendenza», di rilasciare una dichiarazione o trasmettere una relazione scritta sulle principali attività dell'autorità³⁵⁹.

Il Regolamento istitutivo del BEREC similmente afferma, all'art. 1, che «il BEREC svolge i propri compiti in modo indipendente, imparziale e trasparente». In tutte le sue attività il *Board* dei regolatori delle telecomunicazioni persegue gli stessi obiettivi assegnati alle autorità nazionali di regolamentazione dalla direttiva 2002/21/CE (direttiva quadro sulle comunicazioni elettroniche). I membri del Comitato dei regolatori, designati dalle singole ANR nella persona del proprio presidente o di un soggetto delegato, «non sollecitano né accettano alcuna istruzione da alcun governo, dalla Commissione né da alcun soggetto pubblico o privato». Coloro che siedono nel *Board of regulators*, così come i componenti del Comitato di gestione, il personale dell'Ufficio (autonomo da un punto di

³⁵⁵ Cfr. R. D'Ambrosio, *Gli effetti dell'istituzione dell'European Banking Authority e dell'European Systemic Risk Board sull'ordinamento nazionale del credito*, in P. Bilancia, *La regolazione dei mercati di settore*, cit., 82-83.

³⁵⁶ Artt. 49, 52, 46, 59, Regolamenti EBA, ESMA; EIOPA. Con riferimento alle figure monocratiche del Presidente e del Direttore esecutivo, inoltre, i regolamenti istitutivi prevedono specifici obblighi di condotta relativi all'obbligo di osservare, una volta terminato l'incarico, i doveri di onestà e delicatezza nell'accettare determinate funzioni o determinati vantaggi.

³⁵⁷ Art. 48, par. 3; art. 51, par. 3, Regolamenti EBA, ESMA, EIOPA, che prescrivono una durata di cinque anni per il mandato del Presidente e del Direttore esecutivo.

³⁵⁸ Art. 48, parr. 2 e 5; art. 51, parr. 2 e 5, Regolamenti EBA, ESMA, EIOPA.

³⁵⁹ Art. 50, Regolamenti EBA, ESMA, EIOPA.

vista finanziario, tra l'altro) e il Direttore amministrativo, dovranno inoltre sottoscrivere una specifica dichiarazione d'indipendenza «con la quale comunicano eventuali interessi diretti o indiretti che possano essere considerati in contrasto con la loro indipendenza»³⁶⁰.

Si deve evidenziare, tuttavia, come l'indipendenza e l'autonomia strutturale e funzionale pur riconosciute al BEREC siano ridimensionate da un lato dai poteri scarsamente incisivi conferitegli³⁶¹, dall'altro dal fatto che, come accennato, siamo in presenza non di un'agenzia in senso stretto, ma di un *forum* istituzionalizzato volto a favorire una stabile cooperazione amministrativa tra le autorità nazionali di regolazione del settore. Il mancato riconoscimento della personalità giuridica (che rappresenta il discrimine all'interno dell'amministrazione europea, tra la posizione delle agenzie e quella dei semplici comitati), d'altro canto, è emblematico, dal momento che non viene riconosciuta al BEREC, come invece accade per le autorità finanziarie e per l'ACER, la più ampia capacità giuridica garantita dalla legislazione interna alle persone giuridiche.

L'agenzia dei regolatori dell'energia gode, al pari delle altre *network agencies*, di indipendenza istituzionale e funzionale che il regolamento istitutivo riferisce agli organi di cui l'ACER si compone. L'indipendenza è espressamente prevista solo per il Consiglio di amministrazione e per il Direttore. Il Comitato dei regolatori, «fatto salvo che i suoi membri agiscono a nome della loro rispettiva autorità di regolamentazione, [...] agisce in piena autonomia, senza chiedere né accettare istruzioni da parte dei governi degli Stati membri, dalla Commissione o da un altro soggetto pubblico o privato»³⁶².

I rappresentanti delle ANR, almeno da un punto di vista strettamente formale, non sembrano essere completamente al riparo da possibili influenze dei propri governi, sia con riferimento ai procedimenti di nomina dei vertici delle stesse, sia in relazione a competenze non espressamente assegnate dalla legislazione interna alle stesse autorità indipendenti³⁶³.

³⁶⁰ Art. 21, Regolamento n. 1211/2009/CE. Tali dichiarazioni, obbligatoriamente rilasciate per iscritto, vengono rese pubbliche in modo da rinforzarne l'efficacia.

³⁶¹ Cfr. M. Orfino, *L'indipendenza delle ANR tra diritto interno e diritto comunitario: con particolare riferimento al Telecom package ed alla sua attuazione sul piano interno*, in P. Bilancia, *La regolazione dei mercati di settore*, cit., 245, secondo cui il BEREC non può definirsi compiutamente un regolatore indipendente europeo dal momento che «[l]a competenza ad intervenire sulle decisioni delle ANR è, infatti, rimasta in capo alla Commissione, ancorché il BEREC sia stato inserito nel procedimento di riesame delle decisioni nazionali. Il parere che il BEREC può esprimere è in grado di conformare le scelte nazionali, ma non è formalmente vincolante né per le ANR né per la Commissione». Sui poteri del BEREC si tornerà nel par. 2.5.

³⁶² Art. 14, par. 5, Regolamento ACER.

³⁶³ Cfr. L. Caianiello, *I recenti sviluppi della regolazione indipendente in Europa, alla luce del modello organizzativo emerso con l'istituzione dell'Acer: alcune riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di giustizia e del quadro amministrativo europeo dopo Lisbona*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 5, 2015, 1208. Come sottolinea C. Tovo, op. cit., 50, inoltre, indipendentemente dal riconoscimento statutario espresso, l'autonomia delle agenzie può essere fatta derivare direttamente dalla personalità

Deve sempre essere tenuto in considerazione che i regolatori nazionali sono comunque indipendenti da qualunque soggetto pubblico o privato, ai sensi delle direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE relative all'armonizzazione del mercato interno dell'energia elettrica e del gas naturale³⁶⁴.

Si può dunque affermare che l'indipendenza riconosciuta alle *network agencies* si configura al tempo stesso come originale e derivata. Nel primo senso milita indubbiamente il riconoscimento in tutti i regolamenti istitutivi di un'indipendenza organica, funzionale, personale e finanziaria nei confronti di tutti gli attori pubblici e privati, che trova la propria fonte direttamente nel diritto europeo e, quindi, in scelte politiche adottate a livello comunitario. Nel secondo senso, occorre evidenziare come la presenza, all'interno degli organi strategici di tali agenzie, di autorità di regolazione di per sé già indipendenti nel proprio ordinamento di appartenenza (indipendenza garantita dal diritto nazionale ma, soprattutto, da quello comunitario), contribuisce a rinforzare l'autonomia conferita alle stesse e a rendere le relative decisioni maggiormente qualificate dal punto di vista dell'*expertise* tecnico-professionale che le connota.

Gli statuti delle autorità di vigilanza microprudenziale e dell'ACER testimoniano della creazione e del progressivo perfezionamento di un modello di amministrazione europeo fondato sul carattere dell'indipendenza. Indipendenza che si declina a trecentosessanta gradi, nei confronti di qualunque soggetto pubblico o privato, nazionale o europeo. Ma è l'autonomia per la prima volta riconosciuta formalmente nei confronti della Commissione, istituzione europea a sua volta indipendente, a rappresentare la vera cifra del modello.

La nozione europea di indipendenza aveva sempre sacrificato la dimensione istituzionale a favore di quella funzionale, secondo una lettura in cui «il carattere dell'imparzialità, in altri termini, prevale sulla separatezza»³⁶⁵. Di tale identificazione tra il concetto di indipendenza e quello di neutralità-imparzialità sono rappresentative le parole della Corte di giustizia europea, secondo cui la prima viene garantita, a livello nazionale e comunitario, non per «attribuire uno *status* particolare a dette autorità ed ai loro agenti, bensì per rafforzare la protezione delle persone e degli organismi interessati dalle loro

giuridica ad essa attribuita dal regolamento istitutivo. Il riconoscimento della personalità giuridica, infatti, comporta automaticamente l'attribuzione di una posizione di autonomia, la quale a sua volta è elemento costitutivo di quest'ultima, all'interno di un rapporto a carattere biunivoco. Sulle caratteristiche di indipendenza dell'ACER si tornerà approfonditamente nel corso del Cap. III.

³⁶⁴ Artt. 35, c. 4 ss., Direttiva 2009/72/CE e 39, c. 3, Direttiva 2009/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009.

³⁶⁵ Così, C. Tovo, *op. cit.*, 56.

decisioni. [...] Tale indipendenza esclude non solamente qualsiasi influenza esercitata dagli organismi controllati, ma anche qualsivoglia imposizione e ogni altra influenza esterna, diretta o indiretta, che possa rimettere in discussione lo svolgimento, da parte delle menzionate autorità, del loro compito [...]»³⁶⁶.

Con i nuovi organismi tale impostazione parrebbe essere stata in parte superata attraverso il riconoscimento alle *network agencies* di una posizione “separata” e autonoma nel sistema amministrativo europeo rispetto alle altre istituzioni comunitarie, cui contribuisce in maniera determinante la composizione non intergovernativa degli organi direttivi delle stesse. Ciò potrebbe permettere di interpretare la posizione delle agenzie in questione alla stregua dell’indipendenza che caratterizza le autorità amministrative nei sistemi giuridici domestici³⁶⁷. Lo statuto di autonomia dei nuovi regolatori europei, dunque, assume una dimensione nuova, soprattutto perché declinata nei confronti della Commissione, in modo da prospettare il passaggio da un sistema regolatorio dualistico e composito, nel quale la Commissione e le ANR interagiscono, ma sempre mantenendo distinte le rispettive competenze, a un assetto regolatorio integrato verticalmente nel quale «si crea un centro di imputazione unitaria della regolazione europea di settore»³⁶⁸.

2.5. I poteri dei nuovi organismi di settore. Le innovative funzioni di “regolazione”

Generalmente si ritiene che il concetto di “regolazione” riferito alle agenzie dell’Unione europea si riferisca a competenze consultive, gestionali e decisionali ricomprendenti l’adozione di raccomandazioni e pareri tecnico-scientifici, la raccolta e diffusione di informazioni obiettive e attendibili, l’emanazione di *best practices*, la creazione e il coordinamento di reti di regolatori nazionali e l’adozione di decisioni vincolanti aventi portata individuale³⁶⁹.

³⁶⁶ Così si è espressa sul concetto di la Corte di giustizia europea nella causa C-518/07, 9 marzo 2010, *Commissione europea e Garante europeo della protezione dei dati c. Repubblica federale di Germania*.

³⁶⁷ F. Merusi, M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2003, 69, individuano quattro elementi sintomatici dell’indipendenza delle autorità statali: la personalità giuridica, il procedimento e i requisiti soggettivi richiesti per la nomina dei vertici, l’autonomia finanziaria e quella contabile. Tutti requisiti presenti anche nelle agenzie europee di quarta generazione (ma non nel BEREC).

³⁶⁸ Così, L. Torchia, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, cit., 8.

³⁶⁹ Cfr. comunicazione della Commissione EU n. 2005/59, “Inquadramento delle agenzie europee di regolazione”.

Da tale funzione di regolazione si dovrebbe poi tenere distinta una funzione di “regolamentazione” che ricomprenderebbe l’adozione di norme vincolanti e a carattere generale³⁷⁰. Bisogna comunque tenere conto che i provvedimenti concretamente adottati dalle agenzie e autorità europee non rispondono a un criterio di tipicità ma, al contrario, vengono previsti e disciplinati dai singoli regolamenti istitutivi e spesso non sono oggetto di una categorizzazione che rispetti la distinzione appena accennata. Le agenzie europee, d’altro canto, nonostante l’utilizzo della definizione di “regulatory agencies” da parte della Commissione, non sono mai state dotate di poteri di *rulemaking* veri e propri, relativi all’adozione di norme generali e vincolanti, espressione di un potere normativo “di secondo grado”, di cui normalmente sono invece fornite le autorità indipendenti nazionali³⁷¹.

Le numerose e articolate funzioni attribuite alle *network agencies* della “quarta ondata”, tuttavia, parrebbero aver per la prima volta aperto all’esercizio di una funzione regolatoria *de facto* in capo a tali organismi, in grado di esprimersi attraverso provvedimenti a portata generale indipendentemente dalla veste giuridica formale che essi assumono di volta in volta. Una funzione di “quasi-regolazione” che, insieme ai poteri decisionali individuali e alle competenze rimediali di carattere para-giurisdizionale, contribuisce ad avvicinare tali organismi al modello delle autorità indipendenti nazionali.

Le competenze strumentali di redazione di pareri e raccomandazioni non vincolanti (e, in generale, atti di *soft law*), quelle di raccolta e diffusione di informazioni, e, ovviamente, il coordinamento di reti europee attraverso un’azione di supporto tecnico o consultivo alle ANR e alle istituzioni dell’Unione, rappresentano oggi attività tipiche e centrali della “quarta ondata” di agenzie³⁷². Le autorità di vigilanza finanziaria, in

³⁷⁰ La distinzione tra la nozione di “regolazione” e quella di “regolamentazione” è comunque oggetto di discussione che riguarda anche la stessa possibilità di identificare nei due termini fenomeni coincidenti o diversi. In generale sul punto si vedano, tra i molti, L. Hancher, M. Moran, *Introduction: Regulation and Deregulation*, in *European Journal of Political Research*, 1989, 129 ss.; R. Baldwin, M. Cave, M. Lodge, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 2 ss.

³⁷¹ Cfr. M. Chamon, *The Influence of “Regulatory Agencies” on Pluralism in European Administrative Law*, cit., 64, secondo cui «[t]he use by the Commission of the concepts of regulatory and executive agencies is however quite misleading, as the notion of ‘regulatory’ invokes the suggestion of a body which has been granted ‘rule-making’ powers. This is of course not the case. Although important powers have been granted to agencies which *i.a.* has them participate in rule making, the formal power to adopt generally binding norms has not yet been attributed to any agency».

³⁷² Per quanto riguarda le autorità di vigilanza finanziaria, l’art. 34 dei Regolamenti di EBA, ESMA ed EIOPA prevede che su richiesta del Parlamento europeo, del Consiglio o della Commissione, o di propria iniziativa, le autorità possano fornire pareri alle predette istituzioni su tutte le questioni connesse con la loro area di competenza; gli artt. 22 e ss. prevedono compiti relativi all’analisi e gestione del rischio sistemico; l’art. 29 stabilisce che le autorità devono contribuire attivamente a creare una cultura comune a livello di Unione e prassi uniformi in materia di vigilanza, attraverso la propria attività consultiva e la promozione dello scambio di informazioni bilaterale e multilaterale, contribuendo tra l’altro allo sviluppo di *standard* di

particolare, possono emanare orientamenti e raccomandazioni indirizzate alle autorità competenti o agli istituti finanziari, al fine di istituire prassi di vigilanza uniformi e assicurare un'applicazione coerente e uniforme del diritto europeo. Nel caso in cui un'autorità nazionale non intenda conformarsi all'orientamento o alla raccomandazione, deve spiegarne le ragioni all'autorità di vigilanza, secondo il modello del *comply or explain*. Il medesimo meccanismo è previsto anche dal regolamento istitutivo dell'ACER³⁷³.

A queste competenze si affiancano anche poteri di *decision making*, che si concretizzano nell'applicazione di norme di diritto derivato a situazioni concrete, attraverso decisioni individuali immediatamente produttive di effetti giuridici nei confronti dei soggetti destinatari³⁷⁴. Si tratta di poteri *latu sensu* riconducibili alle competenze di esecuzione che gli Stati membri, ai sensi dell'art. 291 TFUE, possono conferire alla Commissione quando sia necessario assicurare condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione. Come affermato dalla Corte di giustizia europea, infatti, la nozione di esecuzione comprende sia «l'elaborazione delle norme di attuazione e l'applicazione di norme a fattispecie particolari per mezzo di atti di portata individuale. Poiché il trattato parla di «esecuzione» senza restringerne l'accezione con ulteriori precisazioni, questo termine non può essere interpretato nel senso che escluda gli atti di

vigilanza uniformi e di elevata qualità, anche in materia di informativa; l'art. 31, infine, prevede una funzione di coordinamento generale tra le ANR «in particolare nei casi in cui gli sviluppi negativi potrebbero compromettere il regolare funzionamento e l'integrità dei mercati finanziari o la stabilità del sistema finanziario nell'Unione». Poteri consultivi nei confronti delle istituzioni europee sono previsti anche dall'art. 5 del regolamento n. 713/2009/CE istitutivo dell'ACER. L'autorità, ai sensi dell'art. 7, può, anche su richiesta della Commissione europea, formulare raccomandazioni finalizzate ad assistere le autorità di regolamentazione e gli operatori del mercato nello scambio di buone prassi, fermo l'obbligo per l'autorità nazionale di motivare l'eventuale scelta difforme. Sono inoltre previste funzioni di controllo, come quelle relative all'attuazione dei codici di rete e degli orientamenti della Commissione da parte delle autorità nazionali, ex art. 6, par. 6, oppure di valutazione della cooperazione regionale tra i gestori dei sistemi di trasmissione, ai sensi dell'art. 6, par. 9. L'art. 7, par. 3, infine, prescrive che l'ACER «promuove la cooperazione fra le autorità nazionali di regolamentazione e fra le autorità di regolamentazione a livello regionale e comunitario e tiene debitamente conto dei risultati di tale cooperazione nel formulare pareri, raccomandazioni e decisioni». Gli artt. 2 e 3 del regolamento n. 1211/2009/CE istitutivo del BERC prevedono poteri di consulenza e assistenza sia nei confronti delle ANR che delle istituzioni europee, le quali «tengono nel massimo conto i pareri, le raccomandazioni, gli orientamenti, la consulenza o la migliore prassi regolamentare adottati dal BERC» (art. 3, par. 3). Il BERC, infatti, deve elaborare e diffondere tra le ANR «le migliori prassi regolamentari, quali approcci, metodologie o orientamenti comuni sull'attuazione del quadro normativo dell'Unione europea» (art. 2).

³⁷³ Art. 16, Regolamenti EBA, ESMA, EIOPA; art. 7, par. 2, Regolamento ACER.

³⁷⁴ Cfr. E. Chiti, *European Agencies' Rulemaking: Powers, Procedures and Assessment*, in *European Law Journal*, 19(1), 2013, 65 ss., che parla di «genuine final decision-making powers».

portata individuale»³⁷⁵. Poteri di esecuzione che possono essere posti legittimamente in capo anche ad agenzie decentrate dell'UE, seppur a determinate condizioni³⁷⁶.

ESMA, EBA ed EIOPA, in circostanze di emergenza determinate da sviluppi negativi che possano seriamente compromettere il funzionamento e l'integrità dei mercati o la stabilità del sistema finanziario dell'Unione (determinata dal Consiglio con una propria decisione), possono adottare decisioni individuali nei confronti delle autorità competenti affinché prendano le misure necessarie ad affrontare tale minaccia. Nel caso in cui tali ANR non adempiano, le autorità europee di vigilanza potranno prendere una decisione sostitutiva e vincolante nei confronti dell'istituto finanziario coinvolto, sempre che le norme europee che vengono in rilievo siano direttamente applicabili. Tale decisione prevale su ogni altra determinazione precedentemente assunta dall'autorità nazionale³⁷⁷.

Un potere non dissimile è previsto, inoltre, quale corollario della generale funzione ispettiva e di controllo sulle condotte delle autorità nazionali di cui le ESA sono titolari. In particolare, di propria iniziativa o su richiesta di una o più autorità competenti o di una delle istituzioni europee, esse possono effettuare indagini su asserite violazioni o sulla mancata applicazione del diritto dell'Unione da parte di una autorità nazionale di regolazione. Entro i successivi due mesi, le autorità possono trasmettere all'ANR competente interessata una raccomandazione contenente l'azione necessaria per conformarsi al diritto europeo. In caso di mancato adeguamento da parte dell'ufficio nazionale, la Commissione, su istanza dell'autorità europea, può emanare un parere formale nei confronti del soggetto statale coinvolto affinché si conformi alle prescrizioni necessarie a rispettare il diritto europeo, tenendo conto della precedente raccomandazione.

Qualora la ANR interessata non si conformi neanche a tale provvedimento e sempre che sia «necessario rimediare tempestivamente a tale inosservanza al fine di mantenere o di ripristinare condizioni neutre di concorrenza sul mercato o per assicurare il regolare funzionamento e l'integrità del sistema finanziario», l'autorità può emettere una decisione nei confronti del singolo istituto finanziario, imponendo l'adozione delle misure necessarie a ripristinare la legalità europea violata, compresa la cessazione di ogni eventuale pratica contrastante con il diritto europeo³⁷⁸.

³⁷⁵ Corte di giustizia UE, sentenza del 24 ottobre 1989, C-16/88, *Commissione c. Consiglio*, punto 11; cfr. C. Tovo, op. cit. 287.

³⁷⁶ Cfr. Corte di giustizia UE del 22 gennaio 2014, C-270/12, *Gran Bretagna c. Parlamento e Consiglio*, per la quale si veda *infra*, par. 2.6.

³⁷⁷ Artt. 8, par. 2, lett. e), f), e 18, par. 3, Regolamenti EBA, ESMA ed EIOPA.

³⁷⁸ Art. 17, Regolamenti EBA, ESMA, EIOPA.

Da segnalare, inoltre, un'ulteriore funzione che caratterizza esclusivamente le autorità di vigilanza microprudenziale: quella di risoluzione delle controversie insorte fra ANR, vincolata all'esperimento di un tentativo di conciliazione cui può seguire, in caso di insuccesso, una decisione individuale dell'autorità direttamente applicabile agli istituti finanziari interessati. Qualora un'autorità competente sia in disaccordo con la procedura seguita o il contenuto di una misura adottata da un'autorità di un altro Stato membro o contesti l'assenza di intervento da parte di quest'ultima in casi specifici, l'autorità può, su richiesta di una o più ANR interessate, prestare assistenza alle stesse per trovare un accordo. In caso tale non si addivenga a tale intesa entro un termine prestabilito, EBA, ESMA ed EIOPA possono «imporre loro di adottare misure specifiche o di astenersi dall'agire al fine di risolvere la questione, con valore vincolante per le autorità competenti interessate». Se un'autorità statale non si conforma a tale decisione, infine, l'autorità europea potrà imporre direttamente al singolo istituto finanziario coinvolto l'adozione delle misure necessarie a rispettare il diritto europeo, compresa la cessazione di ogni eventuale pratica in essere³⁷⁹.

Le ESA hanno finora fatto un limitato uso dei predetti poteri sostitutivi durante questi primi anni di attività, dovuto soprattutto all'onerosità delle relative procedure e all'opposizione delle ANR potenzialmente destinatarie degli interventi sostitutivi che, comunque, sono parte integrante e centrale delle stesse autorità europee. L'attribuzione di tali competenze, tuttavia, produce effetti rilevanti sul piano generale e sul rapporto tra istituzioni europee e soggetti regolati: il diritto comunitario, infatti, diventa direttamente applicabile grazie all'interpretazione di strutture centralizzate a livello europeo dotate di poteri amministrativi, senza la necessaria intermediazione delle autorità nazionali, le cui decisioni o atteggiamenti inerti, tra l'altro, possono essere superate da una decisione sostitutiva degli organismi comunitari³⁸⁰.

L'ACER, al pari delle agenzie di vigilanza finanziaria, adotta decisioni individuali a carattere vincolante ma solamente in casi specifici. Si tratta di decisioni relative a questioni tecniche o concernenti deroghe normative in tema di separazione strutturale per nuove

³⁷⁹ Art. 19, Regolamenti EBA, ESMA ed EIOPA.

³⁸⁰ Così, L. Torchia, *I poteri di regolazione e di controllo delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari nella nuova disciplina europea*, cit., 11. Nonostante lo scarso esercizio di tali poteri, non deve essere sottovalutato l'effetto deterrente rispetto a potenziali violazioni del diritto europeo che la previsione di poteri sostitutivi di intervento produce sull'attività delle ANR.

infrastrutture, ma in via residuale in caso di inerzia delle autorità nazionali di regolazione³⁸¹.

Il BEREC, invece, non essendo un'agenzia comunitaria ma un *forum* esclusivo per la cooperazione tra le ANR e tra queste e la Commissione (seppur con peculiarità relative alla *governance* e all'indipendenza che la avvicinano alle altre *network agencies*), non è dotato di competenze decisionali ma solo di compiti consultivi, di assistenza, di monitoraggio e di coordinamento dei regolatori europei delle telecomunicazioni. Non deve tuttavia sottovalutarsi la capacità del *board* di incidere fattivamente sull'attuazione di fondamentali politiche europee, soprattutto attraverso l'approvazione delle linee guida che devono orientare l'azione dei regolatori nazionali e, di conseguenza, degli operatori economici e dei consumatori³⁸².

Le agenzie e autorità istituite a partire dal 2009, come detto, sono state per la prima volta dotate di rilevanti e incisivi poteri che potrebbero essere definiti di “quasi-regolazione”³⁸³. La regolazione si configura come un'attività attraverso cui un soggetto pubblico, tramite diversi strumenti giuridici (che vanno dalla legge generale e astratta al provvedimento amministrativo), richiede a determinati individui o categorie di persone o imprese di rispettare specifici *standard* di condotta, che altrimenti gli stessi destinatari diretti non avrebbero interesse ad assumere³⁸⁴.

³⁸¹ Art. 4, lett.d), art. 9, par. 1, Regolamento ACER. Si veda più approfonditamente *infra*, Cap. III, par. 2.3.

³⁸² Si pensi alle recenti linee guida (BoR(17)56, approvate il 27 marzo 2017) contenenti i criteri applicativi del Regolamento (UE) n. 531/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2012, relativo al *roaming* sulle reti pubbliche di comunicazioni mobili all'interno dell'Unione. L'importanza di tali linee guida risiede nella innovatività del predetto regolamento che obbliga, a partire da giugno 2017, tutte le compagnie telefoniche mobili a non applicare alcun sovraccosto sulle tariffe praticate all'interno del territorio nazionale agli utenti che si trovino in uno degli Stati membri dell'UE. È evidente come sia necessario per i singoli regolatori nazionali adottare condotte quanto più condivise possibile e, di conseguenza, tenere in massimo conto nella loro attività di supervisione quanto elaborato dal BEREC. In questo senso, per esempio, è previsto che gli operatori possano richiedere alle rispettive autorità nazionali una deroga di un anno nell'applicazione delle previsioni comunitarie, continuando quindi per 12 mesi ad applicare costi maggiorati, ma esclusivamente per motivate ragioni legate alla necessità di adeguare il proprio modello di costi al nuovo sistema. Quanto stabilito a livello applicativo dal BEREC, pur sprovvisto di formali poteri decisionali, ha comunque un elevatissimo effetto nella concreta attuazione della normativa comunitaria, in questo caso dettata da evidenti finalità di protezione del consumatore.

³⁸³ P. Bilancia, *Autorità indipendenti nazionali e organismi europei nella regolazione dei mercati di settore*, cit., 13; nello stesso senso, M. Busuoiu, *Rule Making by the European Financial Supervisory Authorities: Walking a Tight Rope*, in *European Law Journal*, 19(1), 2013, 113, che fa riferimento a poteri di «quasi-rulemaking».

³⁸⁴ S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesauo, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000, 12, con l'espressione “regolazione” si riferisce a «quelle forme di ingerenza che sono parte del mercato nel senso che contribuiscono a conformarlo, stabilendo equilibri che attivano interessi, i quali, quindi, si valgono della regolazione come opportunità da sfruttare»; P. Selznick, *Focusing Organizational Research on Regulation*, in R.G. Noll (a cura di), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley, University of California Press, 1985, afferma che per regolazione, in termini generali,

La regolazione amministrativa delle autorità indipendenti ha come fine la creazione di condizioni di mercato pienamente concorrenziali, funzionali al pieno esercizio delle libertà di iniziativa economica privata e senza alcuna lesione di interessi collettivi rilevanti. Le *authorities* presenti negli Stati europei si sostituiscono, così, all'autonomia negoziale dei privati, imponendo loro il compimento di atti o adottando atti sostitutivi di quelli dei singoli, laddove le condizioni concorrenziali non si verificano spontaneamente o manchino del tutto i presupposti per l'esistenza di un mercato³⁸⁵.

Tale attività non si esaurisce, però, nel neutro controllo del mercato, ma consiste soprattutto in un'attività di produzione normativa "di secondo grado" volta a concretizzare all'interno di uno specifico settore le regole generali e astratte di origine legislativa o regolamentare, grazie all'elevata *expertise* tecnica di cui i regolatori indipendenti sono dotati³⁸⁶. Questi poteri normativi rispondono all'esigenza di assicurare che lo svolgimento delle attività economiche sottoposte alle cure delle autorità indipendenti avvenga nel

deve intendersi un «controllo prolungato e focalizzato, esercitato da una *agency* pubblica, su attività cui una comunità attribuisce rilevanza sociale». A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit., in relazione all'intervento nel mercato posto in essere dalle autorità indipendenti, parla di "eterocorrezione" dello stesso, da contrapporsi alla "eterocompensazione" realizzata in precedenza dall'amministrazione tradizionale; A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, cit., 38, evidenziano come debba tenersi distinta l'*economic regulation*, che ha come obiettivo correggere alcuni difetti interni del mercato, «aspirando a surrogare il suo normale funzionamento» e garantendone l'efficienza economica, dalla *social regulation*, che è volta a correggere diversi difetti di informazione o esternalità negative delle attività economiche private in settori come la salute, l'ambiente e la sicurezza sul lavoro.

³⁸⁵ Cfr. F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007, 68-69, il quale aggiunge che nel momento in cui un'autorità esercita un potere di regolazione, lo Stato diviene «un attore del mercato», legittimato a esercitare poteri regolatori non tanto sulla base di non meglio definiti fallimenti del mercato, quanto in virtù dell'esigenza di tutelare il principio di uguaglianza, che sta alla base del concetto stesso di libertà economica. Ne consegue che «per il diritto la regolazione è legittimata ogni qualvolta non si manifesti il contraddittorio paritario ed è legittima ogni qualvolta sia sostitutiva di un'attività negoziale privata inesistente». Nello stesso senso, G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005, 97-102, secondo cui il diritto prodotto dai regolatori indipendenti è «per molti versi diritto privato: imperativo e suppletivo, condizionale e non finalistico, negoziato e non imposto. (...) La regolazione, infatti, s'inscrive in una dialettica tra soggetti portatori di interessi contrapposti, alcuni dei quali invocano espressamente l'intervento pubblico, invece di opporsi ad esso (...) alle cure delle autorità di regolazione è pertanto affidato un interesse di "composizione" – o, secondo altra terminologia "mediato" o "riflesso" – sintesi "paritaria" ed "equilibrata" di una pluralità di interessi oggettivi e soggettivi, collettivi e individuali». Questa ricostruzione del potere di regolazione come potere «neutrale, tecnico e sostanzialmente privatistico» è avversata da alcuni autorevoli autori che, partendo da una ricostruzione in termini amministrativistici del ruolo e dei poteri delle autorità indipendenti, riconoscono alla regolazione un «carattere propriamente amministrativo», dal momento che «ai regolatori sono in concreto affidati dalla legge anche poteri discrezionali e anche poteri finalistici, ma, soprattutto, sembra in non pochi casi inevitabile che ciò accada, anche laddove il legislatore non persegua l'intento di ripristinare in altra forma i tradizionali meccanismi di direzione pubblica dei mercati». Ciò, d'altro canto, è funzionale all'efficace perseguimento proprio dell'obiettivo di una regolazione senza tratti dirigistici, giacché permetterebbe l'applicazione alle autorità stesse dei principi tipici del diritto amministrativo, in primo luogo il principio di legalità e quello di proporzionalità. In questi termini, E. Bruti Liberati, *Servizi di interesse economico generale e regolatori indipendenti*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010, 85.

³⁸⁶ Cfr. N. Garzona, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., 94.

rispetto delle regole e degli interessi della collettività. Gli obiettivi da perseguire, naturalmente, sono sempre sanciti a livello legislativo, secondo uno schema di delega di poteri a un'autorità indipendente che, però, potrà esercitare le proprie competenze con ampia autonomia di scelta, valutando gli interessi in gioco e adattando le regole alle circostanze concrete.

Gli statuti di ACER, EBA, ESMA ed EIOPA prevedono rilevanti e innovativi poteri in senso lato regolamentari, che si esprimono attraverso l'adozione di provvedimenti non legislativi giuridicamente vincolanti e a portata generale (seppur sempre nella forma *bonne à tout faire* della decisione)³⁸⁷.

Le autorità di vigilanza finanziaria possono proibire o limitare temporalmente lo svolgimento di determinate attività finanziarie quando considerate pericolose per il corretto funzionamento e l'integrità dei mercati o per la stabilità del sistema finanziario dell'Unione³⁸⁸. In questo caso, dunque, si tratterà di atti contenenti norme che si indirizzano a ogni soggetto detentore di uno specifico strumento finanziario o che effettui una specifica operazione (non predeterminabile *ex ante*). L'esercizio di tali poteri dovrà essere disciplinato da direttive o regolamenti che stabiliscano espressamente condizioni procedurali e limiti temporali.

Le agenzie finanziarie esercitano ulteriori poteri che si sostanziano nell'elaborazione di *standard* tecnici parzialmente vincolanti (*Binding technical standards*, BTS) che potranno assumere la forma di “norme tecniche di regolamentazione” (*Regulatory technical standards*) e di “norme tecniche di attuazione” di atti normativi (*Implementing technical standards*)³⁸⁹. Se approvati dalla Commissione con un regolamento o una decisione (e le norme dei regolamenti istitutivi rendono complicata l'ipotesi contraria, data l'elevata caratura tecnico-professionale delle ESA), tali atti diventeranno vincolanti per tutti gli Stati membri³⁹⁰.

³⁸⁷ C. Tovo, *op. cit.*, 307, sottolinea come «[p]ur conservando la natura di atto amministrativo a prevalente portata individuale, infatti, nel nuovo sistema delle fonti introdotto dal Trattato di Lisbona la decisione costituisce uno strumento giuridico “*passe-partout*”. Analogamente a regolamento e direttiva, la decisione può assumere natura legislativa, delegata o di esecuzione e dunque può rivestire portata generale».

³⁸⁸ Art. 9, c.1, par. 5, Regolamenti EBA, ESMA ed EIOPA. Sui limiti all'esercizio di tale potere e in particolare sull'interpretazione che ne ha dato la Corte di giustizia dell'Unione europea nella sentenza C-270/2012 si tornerà nel par. 2.6.

³⁸⁹ Artt. da 10 a 15, Regolamenti EBA, ESMA ed EIOPA.

³⁹⁰ D'altronde, come si legge nel considerando n. 23 del regolamento EBA, i progetti di norme tecniche «dovrebbero essere modificati soltanto in circostanze molto limitate e straordinarie, dal momento che l'Autorità è l'attore a stretto contatto con i mercati finanziari che ne conosce meglio il funzionamento quotidiano».

La Commissione potrà discostarsi dalle medesime proposte solo per particolari ragioni da motivare espressamente e all'esito di una "procedura di mediazione" che vede protagonisti il Parlamento e il Consiglio. Questi, in caso di mancata approvazione di un progetto di norma tecnica da parte della Commissione, possono invitare il commissario competente a una riunione con il presidente dell'autorità interessata presso la competente commissione del Parlamento o del Consiglio, al fine di illustrare le rispettive divergenze. Si tratta, insomma, di un meccanismo «che presuppone la presenza di due soggetti pubblici considerati contitolari del potere normativo»³⁹¹.

Tale competenza, tuttavia, incontra dei limiti di non poco conto: potrà essere esercitata esclusivamente in determinati settori individuati dalla legislazione europea e caratterizzati dall'assenza di scelte propriamente discrezionali e politiche. Bisogna comunque tenere in considerazione che i predetti settori comprendono materie centrali, come le condizioni che impongono una supplementazione dei prospetti informativi o le pratiche di mercato ammesse rispetto alla normativa sugli abusi di mercato. Materie in cui il confine tra scelta tecnica e discrezionale è molto labile³⁹². Si tratta, insomma, di poteri di fatto "normativi", nella misura in cui una funzione attribuita alla Commissione viene invece delegata a un'altra autorità, che adotterà provvedimenti a portata generale i cui effetti giuridici vincolanti vengono solo fatti dipendere da una manifestazione di assenso della Commissione stessa.

L'ACER può, in ipotesi predeterminate, adottare progetti di codici di rete contenenti *standard* tecnici, ma in questo caso non è previsto alcun *iter* procedimentale che obblighi o incentivi la Commissione ad adottarli. I gestori dei sistemi di trasmissione, infatti, predispongono i codici di rete sotto la stretta supervisione dell'ACER che ha la facoltà di sottoporli alla Commissione affinché li renda vincolanti attraverso la procedura comitologica³⁹³. Essa è inoltre titolare di un residuale ma innovativo potere che, pur

³⁹¹ Così, V. Cerulli Irelli, *Dalle agenzie europee alle autorità europee di vigilanza*, in M. P. Chiti, A. Natalini (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo*, Bologna, Il Mulino, 2012, 143.

³⁹² P. Troiano, *Le competenze dell'European Securities and Markets Authority*, in P. Bilancia (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, cit., 25-26, il quale evidenzia come l'incisività di tali atti, seppur vincolata all'approvazione della Commissione, non vada sottovalutata. Risulterà infatti molto difficile da un punto di vista politico e istituzionale per la stessa (le cui scelte, tra l'altro, sono sempre sindacate dal Parlamento europeo e dal Consiglio) discostarsi in modo significativo da un insieme di *standard* elaborati da un soggetto neutrale e dotato di elevata competenza tecnica nel settore.

³⁹³ Art. 6, Regolamento ACER. Cfr. G. Bellantuono, *I poteri dei regolatori nazionali e il ruolo dell'Agenzia europea*, in G. Napolitano, A. Zoppini, *Annuario di diritto dell'energia*, Bologna, Il Mulino, 2012, 51.

assumendo la forma della decisione, in realtà sottende l'esercizio di un potere regolamentare di fatto.

L'Agenzia può adottare decisioni su "questioni di regolamentazione" riguardanti le condizioni di accesso alle infrastrutture dell'energia elettrica e del gas che collegano o potrebbero collegare almeno due Stati membri, e di sicurezza operativa delle stesse. Tale potere è esercitabile tuttavia solo quando le competenti autorità nazionali di regolamentazione non abbiano raggiunto un accordo entro un periodo di sei mesi dal giorno in cui è stata adita l'ultima delle suddette autorità; oppure su richiesta congiunta delle competenti autorità nazionali ³⁹⁴. Questi provvedimenti, seppur adottabili esclusivamente in situazioni limitate in riferimento a situazioni determinate oggettivamente, lungi dal produrre solamente effetti tra i regolatori nazionali interessati, sono comunque in grado di produrre effetti generali e astratti anche nei confronti di categorie di soggetti non predeterminati. La Commissione può adottare orientamenti sulle situazioni in cui l'Agenzia acquista la competenza a determinare le condizioni di accesso alle infrastrutture transfrontaliere e di sicurezza operativa delle stesse.

Se è vero, dunque, che per aversi regolazione devono sempre essere presenti determinati elementi (indipendenza del soggetto regolatore; affidamento allo stesso di un unico compito; natura condizionale; sottoposizione del decisore al principio del giusto procedimento; controllo giurisdizionale delle decisioni) e visto che la regolazione «non è caratterizzata da un particolare contenuto, bensì da particolari modalità con le quali essa si esercita»³⁹⁵, è possibile vedere negli innovativi poteri attribuiti alle *network agencies* il segnale dell'emersione di un livello di regolazione realmente europeo, seppur limitato, per il momento, a determinate e specifiche situazioni applicative³⁹⁶.

³⁹⁴ Art. 7, par. 7 e art. 8, par. 1, Regolamento ACER.

³⁹⁵ Così S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2, 2002, 266. Ulteriore caratteristica delle autorità di regolazione è che sono "single mission authorities". Esse arrivano al termine di un lungo processo che «has *unbundled* the public interest initially incorporated in the inscrutable *raison d'État*», cosicché «each authority entrusted with the protection of public interests is expected to care of the only interests committed to it by statute». In questi termini, G. Amato, L. Laudati, *The Protection of Public Interests and Regulations of Economic Activities*, in F. Snyder (ed.), *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, London, Hart, 1999, 141 ss. La conseguenza di ciò è che l'autorità non deve ponderare l'interesse pubblico ad esso affidato con altri interessi pubblici secondari, come accade per gli altri uffici pubblici che fanno parte dello Stato, a cominciare, innanzitutto, dal governo. Si veda anche, M. D'Alberti, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. Tesaurò, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, cit., 180 ss.

³⁹⁶ L. Torchia, *Politica industriale e regolazione*, in *Riv. reg. mercati*, 1, 2015, evidenzia come sia stata l'asimmetria tra il mercato interno europeo e i confini degli Stati a rendere necessaria la creazione di regole e appalti nuovi, in primo luogo i nuovi regolatori europei. Afferma l'A. che «[i] regolatori nazionali dei mercati finanziari, dei mercati elettrici, dei mercati delle telecomunicazioni, per fare gli esempi più importanti, fanno oggi capo a reti transnazionali di regolatori al cui vertice – o centro, se alla metafora della

2.6. La rilettura della “dottrina Meroni” operata dalla Corte di giustizia: verso la creazione di autorità indipendenti “federali” europee?

Le agenzie e le autorità istituite nei settori finanziario, bancario, pensionistico-assicurativo, energetico e delle telecomunicazioni rappresentano una assoluta novità per l'ordinamento europeo. La loro struttura organizzativa, che assorbe elementi tipici di altre figure (agenzie europee, autorità amministrative indipendenti statali, reti di regolatori nazionali)³⁹⁷; la *governance* multilivello che coinvolge gli organismi indipendenti di settore operanti a livello nazionale; le loro caratteristiche funzionali e operative; l'indipendenza di cui godono nei confronti della Commissione e degli Stati membri, sono al centro di un «fenomeno di europeizzazione e centralizzazione non solo delle regole, ma dell'*enforcement* di quelle regole»³⁹⁸, che pare indirizzarsi verso la futura creazione di vere e proprie autorità indipendenti dell'Unione³⁹⁹.

I nuovi organismi presentano indubbiamente elementi comuni che permettono di ricondurli a uno stesso modello ispiratore, ma anche delle evidenti differenze che non possono essere sottovalutate all'interno del predetto percorso evolutivo. I poteri decisionali dell'ACER, per esempio e come si vedrà nel seguito della presente trattazione, sono più ristretti e limitati a situazioni caratterizzate da un elevato contenuto tecnico rispetto a quelli delle tre autorità finanziarie, nelle quali l'elemento “sostitutivo” rispetto alle ANR appare più marcato. Diversa, inoltre, appare la posizione dei suddetti organismi all'interno dei rispettivi settori: nel comparto energetico è ancora la Commissione a svolgere un ruolo di

piramide si preferisce quella della rete – si trovano regolatori europei che, per la prima volta, si atteggiavano non come agenzie, ma come veri regolatori indipendenti, sia dai governi nazionali, sia dalla Commissione».

³⁹⁷ L. Caianiello, *op. cit.*, 1203.

³⁹⁸ Così, L. Torchia, *I poteri di regolazione e di controllo delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari nella nuova disciplina europea*, cit. L'A. afferma inoltre che «gli strumenti dell'unificazione sono, come si è già visto, gli strumenti tipici dei sistemi accentrati e, anzi, gerarchici: le procedure e le strutture comuni, i manuali unici, gli ordini, le istruzioni, le avocazioni, le sostituzioni. Non bisogna enfatizzare troppo, naturalmente, questo aspetto, perché le autorità nazionali continuano a giocare un ruolo rilevante come membri delle autorità europee, ma queste ultime dispongono sicuramente in misura molto più ampia rispetto al passato del potere di orientare, indirizzare e governare il sistema nel suo complesso, appunto più come un sistema unitario che non come un sistema composito».

³⁹⁹ E. D'Alterio, *Agenzie e autorità europee: la diafasia dei modelli di organizzazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 4, 2012, 815, sottolinea come «agenzie e autorità, nonostante siano in molti casi sovrapposte o ricondotte a uno stesso *genus* — soprattutto in alcune esperienze nazionali —, sembrano avere nel contesto europeo caratteri identificativi e tali da consentire la loro ascrivibilità a due diverse categorie, ancorché caratterizzate da numerose sfumature interne. Il carattere dell'indipendenza costituisce, senza dubbio, uno dei principali elementi di distinzione, da cui, peraltro, deriva la differente natura dei poteri esercitati, in un reciproco gioco di condizionamenti (l'esercizio di certi poteri richiede l'indipendenza del loro titolare; l'indipendenza consente al titolare l'esercizio di certi poteri). Questo dato non esclude l'esistenza di organismi “a cavallo” tra le due categorie (come nel caso dell'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia) e un generale grado di ibridazione ed eterogeneità di queste figure».

vigilanza generalizzata nei confronti delle autorità nazionali, mentre nei mercati finanziari si è realizzato un accentramento di poteri a favore delle tre autorità, poste in una posizione di sovraordinazione rispetto agli organismi statali⁴⁰⁰.

Il percorso è ovviamente ancora molto lungo, complicato e l'approdo non rappresenta una certezza, ma alcuni segnali sembrano muovere nella direzione indicata. È il caso della rilettura estensiva della "dottrina Meroni" che la Corte di giustizia ha effettuato in occasione del "caso ESMA" del 2014⁴⁰¹, nel quale ha legittimato poteri particolarmente incisivi e non previsti dal regolamento istitutivo in capo alla medesima agenzia.

La "dottrina Meroni" ha sempre rappresentato il maggiore ostacolo alla costituzione di veri e propri regolatori indipendenti comunitari, considerati una minaccia rispetto all'equilibrio tra le istituzioni europee. Nella relativa pronuncia, risalente al 1958, la Corte di giustizia europea ha affermato l'impossibilità di delegare poteri di regolazione a soggetti diversi dalle istituzioni previste dai Trattati, per non alterare il sistema delle responsabilità da questi previsto. Alle agenzie, dunque, potrebbero essere delegate in maniera esplicita solo poteri esecutivi preventivamente circoscritti, il cui esercizio dovrebbe essere sottoposto alla completa supervisione dell'organo delegante sulla base di criteri obiettivi prestabiliti dallo stesso, in quanto titolare delle relative competenze e responsabilità⁴⁰².

Il principio di attribuzione contenuto nell'art. 5 TUE, infatti, comporta l'irrinunciabilità da parte di tutte le istituzioni europee alle prerogative e responsabilità stabilite dai Trattati, di modo che alle agenzie non possono che essere delegati poteri di

⁴⁰⁰ Cfr. V. Cerulli Irelli, *Dalle agenzie europee alle autorità europee di vigilanza*, cit., 154-155.

⁴⁰¹ Corte di giustizia UE, 22 gennaio 2014, C-270/12, *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio*. In generale sulla sentenza, cfr. M. Chamon, *The Empowerment of Agencies Under the Meroni Doctrine and article 114 TFEU: Comment on United Kingdom v Parliament and Council (Short-selling) and the Proposed Single Resolution Mechanism*, cit., 380 ss.; Id., *EU Agencies: Does the Meroni Doctrine Make Sense?*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 17, 2010, 281 ss.; M. De Bellis, *I poteri di intervento dell'Esma sulle vendite allo scoperto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 7, 692 ss.; M. Simoncini, *The Erosion of the Meroni Doctrine: The Case of the European Aviation Safety Agency*, in *European Public Law*, 2015, 309; J. P. Schneider, *A common framework for decentralized EU agencies and the Meroni doctrine*, in *Administrative Law Review*, 2009, 29 ss.

⁴⁰² Corte di giustizia UE, 13 giugno 1958, C-9/56 e C-10/56, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche s.p.a. v. Alta Autorità*. La CGUE ha in più occasioni confermato tale approccio nel corso degli anni. V. Corte di giustizia UE, 12 luglio 2005, C-154/04, *The Queen, ex parte Alliance for Natural Health e Nutri-Link Ltd c. Secretary of State for Health*; Corte di giustizia UE, 12 luglio 2005, C-155/04, *The Queen, ex parte National Association of Health Stores e Health Food Manufacturers Ltd c. Secretary of State for Health e National Assembly for Wales*; Corte di giustizia UE, 26 maggio 2005, C-301/02, *Carminio Salvatore Tralli v. European Central Bank*; Corte di giustizia UE, 27 gennaio 2000, T-369/94 e T-85/95, *DIR International Film Srl, Nostradamus Enterprises Ltd, Union PN Srl, United International Pictures BV, United International Pictures AB, United International Pictures APS, United International Pictures A/S, United International Pictures EPE, United International Pictures OY and United International Pictures y Cía SRC v. Commission of the European Communities*.

mera esecuzione, rispettosi della divisione e dell'equilibrio tra poteri nell'ordinamento giuridico europeo. Tale delega potrà considerarsi legittima esclusivamente qualora l'esercizio del potere delegato si svolga alle medesime condizioni procedurali cui sarebbe stata soggetta l'autorità delegante, senza che vi sia un trasferimento di responsabilità tra organismo delegante e delegato, attraverso l'attribuzione di poteri che comportino l'esercizio di scelte discrezionali⁴⁰³. In applicazione dei suddetti principi ermeneutici, la Corte, nel successivo caso *Romano*⁴⁰⁴, ha ulteriormente vincolato la possibilità di delega di poteri a favore di soggetti distinti rispetto alle istituzioni europee, prevedendo espressamente l'impossibilità per le agenzie di adottare provvedimenti a contenuto generale e vincolante.

Nella pronuncia *Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Parlamento e Consiglio* del 2014⁴⁰⁵, la Corte di giustizia, pur senza superare la "dottrina Meroni", ma anzi muovendo da questa e aggiornandola seguendo una tendenza estensiva, ha legittimato l'attribuzione all'ESMA di poteri particolarmente incisivi in tema di vendite allo scoperto, non previsti dal regolamento istitutivo ma da un successivo intervento legislativo in tema di *short selling*⁴⁰⁶. In particolare si trattava del potere di vietare o di imporre specifiche condizioni alla realizzazione di determinate operazioni finanziarie, le vendite allo scoperto appunto, quando vi sia una grave minaccia alla stabilità del sistema finanziario dell'Unione e nessuna autorità nazionale abbia adottato adeguate misure per farvi fronte⁴⁰⁷. Questa disposizione era stata contestata dal Regno Unito proprio perché considerata in contrasto con i principi espressi nella sentenza *Meroni*, poiché avrebbe attribuito all'autorità un potere discrezionale fondato su valutazioni "politiche".

⁴⁰³ Cfr. M. Simoncini, *Nuovi regolatori e vecchi principi nel diritto dell'UE. Poteri e limiti delle autorità europee di vigilanza finanziaria*, in F. Lanchester (a cura di), *Atti del Convegno "Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello" – PRIN 2010-2011*, *Quaderni di Nomos*, 2, 2015, 9.

⁴⁰⁴ Corte di giustizia UE, 14 maggio 1981, C-98/80, *Giuseppe Romano v. Institut national d'assurance maladie-invalidité*,

⁴⁰⁵ Corte di giustizia UE, 22 gennaio 2014, C-270/12, *United Kingdom of England and Northern Ireland v. European Parliament and European Council*.

⁴⁰⁶ Regolamento n. 236/2012/UE del 14 marzo 2012, in materia di vendite allo scoperto e di taluni aspetti dei contratti derivati aventi ad oggetto la copertura del rischio di inadempimento dell'emittente (*credit default swap* (Cds)).

⁴⁰⁷ Art. 28, regolamento n. 236/2012/UE. Le vendite allo scoperto vengono definite dall'art. 2, lett. b come «una vendita del titolo azionario o dello strumento di debito che il venditore non possiede al momento della conclusione del contratto di vendita, incluso il caso in cui al momento della conclusione del contratto di vendita il venditore ha preso a prestito o si è accordato per prendere a prestito il titolo azionario o lo strumento di debito per consegnarlo al momento del regolamento».

Nel rigettare il ricorso, i giudici di Lussemburgo hanno escluso che le funzioni attribuite all'ESMA abbiano carattere discrezionale perché sottoposte al rispetto di numerose condizioni sostanziali e procedurali predeterminate⁴⁰⁸. Ad avviso della Corte, infatti, una delega di poteri, anche a portata generale (o «quasi-legislativi»), alle agenzie europee potrà considerarsi legittima e conforme alla “dottrina Meroni”, qualora all'interno della delega medesima siano previamente definiti indirizzi e criteri generali nonché obiettivi che dovranno orientare l'esercizio concreto dei poteri da parte del soggetto delegato. Criteri di esercizio la cui eventuale violazione potrà essere fatta valere in sede giurisdizionale impugnando gli atti di esercizio dei poteri delegati. Nel momento in cui il sistema contempli adeguate garanzie di giustiziabilità degli atti, anche generali, delle agenzie europee, la delega di poteri non realizzerà un trasferimento di responsabilità dal soggetto delegante a quello delegato. Questa apertura dovrà ovviamente accompagnarsi all'implementazione degli strumenti di responsabilizzazione e *accountability* delle autorità/agenzie delegate, anche in termini di maggiore partecipazione dei soggetti regolati⁴⁰⁹.

La Corte ammette chiaramente che l'ESMA sia chiamata ad adottare, sulla base delle disposizioni controverse, atti a portata generale che possono contenere disposizioni indirizzate a qualunque persona fisica o giuridica che detenga un determinato strumento finanziario. Tuttavia, gli artt. 263, c. 1 e 277 TFUE consentono «espressamente agli organi e organismi dell'Unione di adottare atti a portata generale», legittimando l'attribuzione di competenze di questo tipo a organismi diversi dalla Commissione⁴¹⁰. Il principio affermato nella sentenza *Romano*, dunque, non viene contraddetto, dal momento che da quest'ultima pronuncia non è possibile desumere che «che la delega di poteri a un'autorità come

⁴⁰⁸ Oltre alla grave minaccia alla stabilità finanziaria dell'UE e all'inerzia delle ANR, già menzionate, ulteriori condizioni consistono nel fatto che le misure di divieto non producano effetti negativi sull'efficienza dei mercati, e non comportino rischi di arbitraggio (art. 28, c. 3); che l'autorità consulti preventivamente il Comitato per il rischio sistemico (SRB) (art. 28, c. 4); che le misure siano notificate alle autorità nazionali *ex ante* e dopo la loro adozione (art. 28, c. 5 e 8); che queste misure abbiano sempre carattere temporaneo.

⁴⁰⁹ Cfr. M. Simoncini, *op. cit.*, 12.

⁴¹⁰ Art. 263, c. 1, TFUE: «La Corte di giustizia dell'Unione europea esercita un controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi».

Art. 277 TFUE: «Nell'eventualità di una controversia che metta in causa un atto di portata generale adottato da un'istituzione, organo o organismo dell'Unione, ciascuna parte può, anche dopo lo spirare del termine previsto all'articolo 263, sesto comma, valersi dei motivi previsti all'articolo 263, secondo comma, per invocare dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea l'inapplicabilità dell'atto stesso».

l'Aesfem [ESMA] sia disciplinata da condizioni diverse da quelle enunciate nella citata sentenza Meroni/Alta Autorità [...]»⁴¹¹.

Ad avviso della Corte, l'art. 114 TFUE, a norma del quale Parlamento e Consiglio adottano «le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno», rappresenta un'adeguata base normativa per giustificare i nuovi poteri attribuiti all'ESMA, che possono esprimersi anche in decisioni di carattere individuale. Tale disposizione deve infatti essere interpretata nel senso di attribuire al legislatore europeo un margine di discrezionalità nel valutare quale tecnica di ravvicinamento sia più appropriata nel caso specifico, compresa l'istituzione di un organismo incaricato «di contribuire all'attuazione di un processo di armonizzazione» attraverso la delega di alcune competenze a ciò strumentali⁴¹².

L'art. 28 impugnato, infatti, non deve essere considerato isolatamente, ma come parte di un quadro normativo complesso, comprensivo di tutti gli strumenti di regolamentazione adottati dalle istituzioni europee volti a dotare l'ESMA e le autorità nazionali «di poteri di intervento per fronteggiare sviluppi sfavorevoli tali da minacciare la stabilità finanziaria all'interno dell'Unione e la fiducia dei mercati»⁴¹³. Facendo propria un'interpretazione che potrebbe essere definita “funzionalista”, il giudice comunitario, di fatto, supera la “dottrina Meroni”, assicurando all'ESMA un fondamento giuridico più solido e legato alle finalità pubbliche perseguite dall'Unione, non considerando più la predetta dottrina come l'unico parametro di valutazione circa la legittimità delle deleghe di funzioni alle agenzie europee⁴¹⁴.

La legittimazione dei poteri generali attribuiti all'autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati operata dalla Corte di giustizia deve essere letta alla luce del quadro normativo conseguente all'approvazione del Trattato di Lisbona, in cui la cooperazione amministrativa tra autorità pubbliche diviene «questione di interesse

⁴¹¹ Cfr. Sentenza *Regno Unito c. Parlamento*, parr. 64, 65, 66.

⁴¹² Come già affermato nella sentenza del 2 maggio 2006, C-217/04/CE, *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio*.

⁴¹³ Cfr. Sentenza *Regno Unito c. Parlamento*, par. 85.

⁴¹⁴ Così, M. De Bellis, *I poteri di intervento dell'Esma sulle vendite allo scoperto*, in *Giorn. dir. amm.*, 7, 2014, 702-703, secondo cui «la sentenza sui poteri dell'Esma ha per oggetto un tassello nella costruzione dell'architettura finanziaria europea, un processo ben più coerente con le dinamiche dell'evoluzione incrementale dell'integrazione amministrativa europea». Ciononostante, ad avviso dell'A., l'utilizzo dell'art. 114 TFUE effettuato dalla Corte di giustizia deve considerarsi una forzatura dettata dalla crisi finanziaria che ha «reso necessari interventi che mostrano un contrasto tra ciò che è politicamente auspicabile e ciò che è legittimo sul piano giuridico, nell'ambito dell'attuale quadro istituzionale».

comune» e strumento principale per l'attuazione effettiva delle regole europee⁴¹⁵. Una cooperazione da intendersi sia in senso orizzontale, tra autorità statali, sia in senso verticale tra queste ultime e l'amministrazione comunitaria, che sembra trovare nel valore dell'indipendenza, organizzativa e/o funzionale, il proprio principio ispiratore. Anche a voler riconoscere alle parole dell'art. 298 TFUE (secondo cui «nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed *indipendente*»), un significato esclusivamente programmatico, infatti, appare innegabile la preferenza dei firmatari verso un modello di amministrazione pubblica quanto più possibile neutrale, trasparente e poco discrezionale⁴¹⁶.

Che la strada intrapresa sia quella del rafforzamento dei nuovi soggetti europei e del regime di autonomia tecnico-funzionale e di indipendenza in cui operano è testimoniato anche dagli orientamenti e dalle posizioni di carattere politico che la Commissione ha assunto negli ultimi anni. In relazione all'ACER, per esempio, essa ha recentemente affermato come i poteri *latu sensu* regolamentari di cui essa può fare esercizio in merito alle questioni relative alle condizioni di accesso e alla sicurezza delle infrastrutture transfrontaliere, siano destinati a essere consolidati e attribuiti in maniera permanente ed esclusiva all'agenzia (oggi, infatti, sono esercitati in maniera residuale e alternativa rispetto alle decisioni delle autorità nazionali di regolazione)⁴¹⁷.

L'interpretazione estensiva della “dottrina Meroni”, dunque, rappresenta un possibile e credibile fondamento giuridico per l'attribuzione alle agenzie europee di poteri a carattere generale e, in seguito, potrebbe rappresentare la base legale per la creazione di vere autorità amministrative indipendenti europee⁴¹⁸. La spinta verso la creazione di

⁴¹⁵ Art. 197 TFUE.

⁴¹⁶ Cfr. M. Macchia, *La cooperazione amministrativa come «questione di interesse comune»*, in M. P. Chiti, A. Natalini (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo*, cit., 90 ss.

⁴¹⁷ Cfr. Comunicazione della Commissione del 25 febbraio 2015, COM(2015)80, “Una strategia quadro per un'Unione dell'energia resiliente, corredata da una politica lungimirante in materia di cambiamenti climatici”, 10, in cui si legge: «Occorre rafforzare la disciplina europea del mercato unico attraverso un incremento significativo dei poteri e dell'indipendenza dell'ACER per consentirle di svolgere funzioni di regolamentazione a livello europeo e in tal modo monitorare efficacemente lo sviluppo del mercato interno dell'energia e le relative regole di mercato, e permetterle anche di affrontare tutte le questioni transfrontaliere pertinenti per creare un mercato interno senza ostacoli». Tale atteggiamento può in parte essere spiegato anche con riferimento al successo con cui l'ACER ha, nei suoi pochi anni di vita, esercitato le proprie competenze. Proprio la Commissione, nel 2010, aveva invece utilizzato la “dottrina Meroni” per giustificare la propria ostilità nei confronti della proposta proveniente dal Parlamento europeo di delegare all'ACER il potere di imporre sanzioni economiche nei confronti delle imprese operanti nei mercati energetici. Potere quattro anni più tardi considerato legittimo nel caso ESMA. V. Commissione europea, “Commission Position on EP Amendments at First Reading”, SP (2008)4439(June 18, 2006), con riferimento alla stessa autorità microprudenziale.

⁴¹⁸ Già con riferimento ad alcune delle agenzie europee create prima del 2009 alcuni autori avevano sottolineato la loro riconducibilità al modello delle autorità indipendenti. Cfr. M. Shapiro, “*Deliberative*”,

regolatori comunitari rappresenta una risposta a problemi trasversali che non possono essere risolti attraverso il ricorso a schemi e istituzioni tradizionali⁴¹⁹ e in relazione ai quali la regolazione indipendente deve porsi «non già come foriera di violazioni ai principi cardine del sistema, in particolare di quello democratico, ma come una «risorsa» delle attuali società contemporanee»⁴²⁰.

“Independent” Technocracy v. Democratic Politics: Will the Globe Echo the E.U.?, in *Law & Contemp. cit.*, 353, secondo cui «[s]o far, the potential risks to policy coordination posed by the proliferation of E.U. independent agencies has been camouflaged by the insistence that these agencies are only information-gathering entities as opposed to command-and-control regulatory entities. In reality, some of the agencies do have some regulatory functions, such as drug licensing, and most are engaged, not perhaps in command-and-control regulation, but in a variety of “soft” regulation modes. Certainly, at best it would be naive to assert that the European Environment Agency is not regulating when it gathers data and publishes an analysis of that data purporting to show that French industrial pollution is adversely affecting German vineyards». Nello stesso senso, R. De Housse, *Regulation by Networks in the European Community: the Role of European Agencies*, in *J. Eur. Pub. Pol’y*, 246 ss.

⁴¹⁹ Cfr. L. Caianiello, *op. cit.*, 1209, e ciò «per una serie di ragioni, quali la forte dipendenza di queste ultime dall’indirizzo politico amministrativo (che genera, talvolta, incoerenza nelle scelte regolatorie); oppure la presenza di una cultura manageriale (trasversale alla generalità dei settori), invece che professionale (preferibile, invece, in ambiti dove è richiesta un’alta competenza tecnica)».

⁴²⁰ *Ibidem*.

CAPITOLO III

IL SETTORE DELL'ENERGIA ELETTRICA E DEL GAS

1. La *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC): *governance*, attribuzioni e campi di intervento. – 1.1. I procedimenti di *rulemaking* tra obiettivi generali e vincoli procedurali. Le novità contenute nell'*Energy Policy Act* del 2005 (EPA). – 1.2. I rapporti con il *Department of Energy* (DOE). – 1.3. La regolazione delle infrastrutture energetiche. Il ruolo degli Stati e delle *Regional Transmission Organizations* (RTOs). – 1.4. I tentativi di superare i limiti derivanti dal policentrismo regolatorio.

2. La politica europea per il mercato unico dell'energia: il “terzo pacchetto” del 2009 e il ruolo della regolazione. – 2.1. La cooperazione a rete tra le autorità di regolazione dell'energia: dal CEER all'ACER. – 2.2. La natura, la *governance* multilivello e l'indipendenza dell'ACER. – 2.3. I poteri dell'Agenzia, il ruolo degli Stati e la posizione della Commissione. – 2.4. Verso la creazione di un'autorità indipendente europea? Qualche riflessione sulle scelte dell'ACER alla luce della “questione infrastrutturale”.

1. La *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC): governance, attribuzioni e campi di intervento

La nascita di un mercato energetico interstatale negli Stati Uniti, e la conseguente emersione di un livello di regolazione federale del settore, risale agli anni Venti dello scorso secolo, quando diverse sentenze della Corte Suprema⁴²¹ limitarono il potere degli Stati e delle amministrazioni locali di regolare le transazioni commerciali che coinvolgessero più di uno Stato. La materia, infatti, rientrava nelle competenze del governo federale e non delle singole amministrazioni statali, in applicazione della c.d. “commerce clause” costituzionale, che riserva al Congresso la disciplina del commercio interstatale⁴²². La costruzione e la gestione di infrastrutture energetiche trans-statali come centrali idroelettriche, gasdotti e linee di trasmissione di energia elettrica, ponevano, inoltre, le stesse problematiche legate alla possibile creazione di monopoli e alla realizzazione di pratiche commerciali scorrette o discriminatorie ai danni degli utenti che, in altri settori (come quello ferroviario), avevano già reso indispensabile un maggiore interventismo del governo di Washington⁴²³.

Nel 1920, questo intervento si tradusse nell’approvazione del *Federal Water Power Act*, con il quale venne istituita una agenzia indipendente, la *Federal Power Commission* (FPC)⁴²⁴, inizialmente incaricata di disciplinare esclusivamente la costruzione e la gestione

⁴²¹ In questo senso si veda la fondamentale pronuncia *Pub. Util. Comm. v. Attleboro Co.*, 273 U.S. 83 (1927), che riguardava la costituzionalità di un tariffario da applicarsi alle vendite di energia elettrica a livello interstatale adottato dalla *Public Utilities Commission* del Rhode Island. Dal momento che le tariffe applicabili a una transazione energetica interstatale non potevano essere fissate da un’autorità di uno Stato, ma dovevano essere frutto dell’esercizio di un potere che era posto in capo al legislatore federale, si venne a creare un vuoto regolatorio che è stato definito, appunto, “Attleboro Gap”. Cfr. Hon. R. D. Cudahy, *70th Anniversary Celebration of the Federal Power Act*, in *Energy L.J.*, 26, 2005, 389.

⁴²² Article I, Section 8, Clause 3: «[The Congress shall have power] To regulate commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian tribes». Sul punto si veda *supra*, par. 1.1., nota n. 122. Per una prospettiva storica sul mercato energetico statunitense si veda P. L. Joskow, D. R. Bohi, F. M. Gollop, *Regulatory Failure, Regulatory Reform, And Structural Changes In The Electrical Power Industry*, Washington, DC, Brookings Papers On Econ. Activity: Microecon., 1989, 125 ss.

⁴²³ Cfr. B. Barton, L. K. Barrera-Hernandez, A. R. Lucas, A. Ronne (ed.), *Regulating Energy and Natural Resources*, New York, Oxford University Press, 2006, 114.

⁴²⁴ 16 U.S.C. § 791. Nel suo primo *report* annuale al Congresso, la neoistituita commissione ebbe modo di affermare che: «What is seriously needed in the interest of adequate administration of the act is a small organization of trained and experienced men capable of meeting intelligently the important and perplexing engineering and economic problems which are constantly arising and upon the correct solution of which will depend the value of the legislation and, in no small degree, the future of the electric power industry. It is, therefore, earnestly recommended that immediate steps be taken to amend the act, at least to the extent necessary to permit the Commission to employ its own personnel» (H.R. Doc. No. 242, 67th Cong., 2d Sess. (1922). C. L. Lea, *The Federal Power Commission as an Agency of Congress*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 14, 1945, 7, sottolinea come la commissione si sarebbe dovuta semplicemente occupare di materie altamente tecniche che il Congresso, oberato di lavoro, non aveva la possibilità di affrontare direttamente. Si trattava, insomma, di un semplice “arm of the Congress”.

delle infrastrutture idroelettriche, attraverso la regolazione dei prezzi, la vigilanza su eventuali comportamenti discriminatori da parte delle compagnie private e l'imposizione di tutte le condizioni che queste ultime avrebbero dovuto rispettare. In seguito, il Congresso attribuì alla FPC competenza anche sui settori della trasmissione e vendita transfrontaliera di energia elettrica (1935) e gas naturale (*Natural Gas Act*) del 1938⁴²⁵. Nel 1977, infine, la FPC venne soppiantata dalla *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC), che ne assorbì compiti e poteri, in concomitanza con la creazione del *Department of Energy* (DOE)⁴²⁶, all'interno del quale la neonata Agenzia è stata incardinata, pur mantenendo espressamente il proprio *status* di *Independent Regulatory Commission*⁴²⁷.

La FERC sovrintende ed è responsabile della regolazione della trasmissione di elettricità, gas naturale e petrolio e della vendita all'ingrosso delle medesime risorse energetiche nel commercio interstatale, al fine di assicurare l'affidabilità dei sistemi di trasmissione transfrontalieri ⁴²⁸. L'indipendenza della commissione rispetto all'amministrazione federale è inoltre rafforzata attraverso l'esplicito riconoscimento della piena autonomia dei suoi componenti e impiegati, i quali, nell'esercizio delle proprie funzioni, non rispondono né sono soggetti ad alcun potere di supervisione o direzione da parte dei vertici o dei membri del Dipartimento dell'energia⁴²⁹.

⁴²⁵ 15 U.S.C. § 717. Si deve alla sentenza *Phillips Petroleum Co. v. Wisconsin*, 347 U.S. 672 (1954), l'attribuzione alla FPC anche della competenza a regolare le tariffe delle vendite interstatali di gas proveniente direttamente da sorgenti naturali e non solo quelle di gas trasportato tramite gasdotti.

⁴²⁶ *Department of Energy Organization Act*, Pub. L. 95-91, 96 Stat. 582 (1977), 42 U.S.C. §§ 7171 ss. ed Exec. Order No. 12,009, 42 Fed. Reg. 46,267 (15 settembre 1977). Per le prime reazioni all'istituzione di un nuovo dipartimento si vedano C. Byse, *The Department Of Energy Organization Act: Structure And Procedure*, in *Admin. L. Rev.*, 30, 1978, 193; D. J. Bardin, *The Role of the New Department of Energy*, in *Nat. Resources Law*, 10, 1977-1978, 633. In risposta alla crisi petrolifera del 1973, il Congresso approvò questo fondamentale provvedimento, seguito da un ordine esecutivo del Presidente Carter, attraverso il quale vennero riuniti in un'unica agenzia amministrativa federale tutte le precedenti agenzie che in qualche modo avessero a che fare con la materia energetica (si pensi, oltre alla FPC, alla *Federal Energy Administration* e alla *Energy Research and Development Administration*). Alla FERC furono inoltre trasferiti anche i poteri della *Interstate Commerce Commission* in materia di tariffe e tassazione per il trasporto del petrolio tramite oleodotti.

⁴²⁷ 42 U. S. C. §§ 7171 (a): «There is established within the Department an independent regulatory commission to be known as the Federal Energy Regulatory Commission». Il fatto che una commissione indipendente di regolazione operi *all'interno* di un dipartimento federale rappresenta un *unicum* nel panorama della regolazione indipendente statunitense. Sulla riorganizzazione interna del DOE si veda C. F. Phillips, Jr., *The Regulation Of Public Utilities*, Vienna, VA, US, Public Utilities Reports, Inc., 1995, 655.

⁴²⁸ Cfr. FERC, *About FERC: What FERC Does*, <http://www.ferc.gov/about/ferc-does.asp>

⁴²⁹ 42 U. S. C. §§ 7171 (d). Agli impiegati della FERC si applicano, oltre che gli *Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch* codificati nel 5 C. F. R. part. 2635 e applicabili a tutti gli impiegati delle amministrazioni federali, anche le norme supplementari contenute nel 5 C. F. R. part. 3401-3402, che prevedono, per esempio, che gli stessi, o i soggetti loro collegati, non possano detenere o acquistare titoli emessi da compagnie petrolifere, elettriche, oppure operanti nel settore del gas naturale o in quello delle *public utilities*. È inoltre stabilito che un impiegato che possa vantare, anche indirettamente, un interesse (non esclusivamente finanziario) relativo a una questione oggetto dell'attività della commissione, debba segnalarlo ed essere ruscato. Il fine è quello di evitare sul nascere potenziali conflitti di interesse.

La commissione si compone di cinque membri nominati dal Presidente degli Stati Uniti su consiglio e previa approvazione del Senato. Tra questi viene scelto anche un Presidente, con compiti di direzione e coordinamento dell'attività esecutiva e amministrativa della commissione, di cui è responsabile. Il Presidente risponde altresì della nomina del personale, della distribuzione del lavoro tra le varie unità operative di cui l'Agenzia si compone, dell'approvazione del bilancio e, qualora lo ritenga necessario, provvede a nominare un Direttore esecutivo⁴³⁰.

Il mandato dei commissari, incompatibile con qualunque altra attività lavorativa, è di cinque anni; come per tutte le altre commissioni indipendenti, possono essere rimossi dal Presidente esclusivamente per «inefficiency, neglect of duty or malfeasance in office». È assicurata una composizione *bipartisan*, dal momento che non più di tre membri possono essere componenti dello stesso partito politico⁴³¹. Le garanzie di indipendenza dei commissari dal circuito politico-amministrativo sono le stesse previste per tutte le agenzie indipendenti⁴³². La commissione ha una struttura interna tripartita: gli uffici che svolgono funzioni amministrative, coordinati da un direttore esecutivo; quelli che si occupano dell'esercizio delle funzioni regolatorie, suddivisi a seconda del ramo di competenza (*Office of Energy Market Regulation; Office of Energy Policy Innovation; Office of Electric Reliability, etc.*); infine, gli uffici che si occupano del contenzioso amministrativo e della risoluzione delle controversie in generale (*litigation*).

La FERC è sostanzialmente indipendente anche dal punto di vista finanziario. La commissione, in realtà, è soggetta, come tutte le IRC, alla procedura di autorizzazione preventiva dei propri progetti di stanziamento da parte dell'*Office of Management and Budget* (OMB), che gode di una certa discrezionalità sul punto, espressione, come visto, della pressione che la Casa Bianca è in grado di esercitare su soggetti formalmente indipendenti⁴³³. La FERC, tuttavia, finanzia le proprie attività attraverso entrate alternative. Essa può infatti riscuotere annualmente imposte a carico delle compagnie soggette ai propri poteri di regolazione, per un ammontare pari alla copertura dei costi sopportati. Ciò significa che la FERC è un'agenzia autosufficiente sul piano finanziario, potendo

⁴³⁰ 42 U. S. C. §§ 7171 (c).

⁴³¹ 42 U. S. C. §§ 7171 (b). Il mandato durava inizialmente quattro anni, estesi a cinque dal *Federal Energy Regulatory Commission Member Term Act* del 1990, Pub. L. 101-271, 104 Stat.135 (1190).

⁴³² Vedi *supra*, Cap. II, parr. 1.4. e 1.6.

⁴³³ Si veda *supra*, Cap. II, par. 1.6. Ai sensi del 42 U. S. C. §§ 7171 (j), è il Segretario del *Department of Energy* che presenta una «annual authorization and appropriation request» generale per tutto il Dipartimento, all'interno della quale è contenuta una dichiarazione della FERC contenente l'indicazione analitica e motivata degli stanziamenti federali richiesti a svolgere le proprie attività.

recuperare i propri costi grazie al contributo degli operatori economici, senza gravare in maniera eccessiva sul bilancio pubblico e, di riflesso, sui contribuenti⁴³⁴.

Le attribuzioni e i poteri della FERC sono esplicitamente assoggettati al principio di legalità. È infatti previsto che nell'esercizio delle proprie funzioni, la Commissione «shall have the powers authorized by the law under which such function is exercised to hold hearings, sign and issue subpoenas, administer oaths, examine witnesses, and receive evidence at any place in the United States it may designate»⁴³⁵. I poteri dell'Agenzia sono particolarmente incisivi anche se, come vedremo, presentano non sottovalutabili limiti nel settore della costruzione e gestione delle infrastrutture energetiche interstatali. L'importanza dei suoi poteri è testimoniata, da un lato, dal fatto che tutte le decisioni adottate dalla commissione nell'esercizio delle competenze attribuitele dalla legge sono considerate definitive e non sono soggette ad alcun potere di controllo successivo da parte del Segretario dell'energia (salvo l'eventuale controllo giurisdizionale)⁴³⁶; dall'altro, la legge riconosce esplicitamente alla FERC il potere di adottare atti regolamentari contenenti norme generali e vincolanti *erga omnes* («...to prescribe rules, regulations, and statements of policy of general applicability...»), tipica espressione della funzione regolatoria delle autorità indipendenti⁴³⁷.

La FERC, innanzitutto, esercita funzioni tipicamente autorizzatorie, rilasciando, revocando e rinnovando licenze e permessi necessari alla costruzione, gestione e manutenzione di dighe, condotte, centrali elettriche (ma non reti di distribuzione e trasporto, vedi *infra*) funzionali al migliore utilizzo dell'energia derivante dalle acque navigabili, in attuazione di progetti privati, locali o statali. La commissione esercita funzioni di regolazione pura in relazione alla trasmissione e vendita all'ingrosso ("sale for resale") di energia elettrica e gas naturale nel mercato interstatale. Quanto al petrolio, invece, la regolazione riguarda esclusivamente il trasporto tramite oleodotti transfrontalieri, ma non la successiva commercializzazione. In particolare, la FERC, nell'esercizio di una funzione che le è attribuita in modo esclusivo, stabilisce e vigila

⁴³⁴ 42 U. S. C. §§ 7178, emendato dall'*Omnibus Budget Reconciliation Act* del 1986. Cfr. J. H. McGrew, *FERC. Federal Energy Regulatory Commission*, Washington, American Bar Association Publishing, 2009, 7, che sottolinea come le compagnie energetiche private finiscano comunque per "trasferire" i costi sopportati sui propri utenti, ma sempre previo assenso della FERC.

⁴³⁵ 42 U. S. C. §§ 7171 (g); 16 U.S.C. §§ 792. Cfr. *California Independent System Operator Corporation v. FERC*, 372 F.3d 395, 398-99 (D.C. Cir. 2004).

⁴³⁶ Sul punto si veda J. Nelson, *The Chevron Deference Rule and Judicial Review of FERC Orders*, in *Energy L. J.*, 9, 1988, 59 ss.

⁴³⁷ 42 U. S. C. §§ 7172 (g), (h).

sull'applicazione delle tariffe per la trasmissione e il dispacciamento dell'elettricità a livello interstatale, attività che rivestono carattere di interesse pubblico, verificando che siano ragionevoli e non discriminatorie⁴³⁸. Non rientra comunque nelle competenze della FERC la regolazione delle tariffe, dei termini e delle condizioni relative all'attività di vendita diretta di energia agli utenti finali ("sale at retail").

Altro fondamentale campo di azione della commissione è rappresentato dalle condizioni di accesso alle reti interstatali. Spetta alla commissione approntare un piano di divisione del Paese in distretti regionali, in modo da facilitare l'interconnessione volontaria e il coordinamento delle reti infrastrutturali funzionali alla produzione, al trasporto e alla vendita di energia elettrica, al fine di garantire l'approvvigionamento energetico in tutti gli Stati Uniti e la massima efficienza nell'utilizzo delle risorse naturali. È compito della FERC promuovere il collegamento tra le reti fisiche presenti nei diversi distretti e dare comunicazione preventiva alle singole commissioni statali del piano di divisione, permettendo loro modo di presentare osservazioni e note.

Nel sistema giuridico statunitense, le imprese, pubbliche o private, proprietarie delle infrastrutture necessarie all'erogazione di un servizio pubblico, possono essere considerate *public utilities* e, per questo, assoggettate a specifici controlli e a un particolare regime di regolazione che comporta obblighi di natura "pubblicistica" in virtù non del proprio assetto proprietario, ma dell'attività di pubblico interesse che esse svolgono (sempre in riferimento al mercato *wholesale*)⁴³⁹. Qualora lo ritenga necessario al fine di proteggere l'interesse generale, la FERC, di propria iniziativa, su istanza di una commissione statale o di privati a vario titolo coinvolti nell'attività di trasmissione o vendita di elettricità, può ordinare a una *public utility* (sempre che ciò non rappresenti per la stessa un carico economico-operativo eccessivo) di stabilire un collegamento fisico della propria rete di trasmissione con quella di uno o più soggetti operanti nel settore della trasmissione e vendita di energia elettrica, oppure di vendere o scambiare energia con tali soggetti⁴⁴⁰.

Il medesimo approccio è contenuto nella legislazione in materia di gas naturale. Nel suddetto comparto, l'*authority* stabilisce le tariffe e le commissioni da applicare al

⁴³⁸ *Federal Power Act*, 16 U.S.C. § 824 d. Le tariffe in oggetto si riferiscono esclusivamente all'attività di trasmissione e distribuzione di elettricità da uno Stato a un altro in cui viene consumata; mai alla produzione e vendita che avvengono all'interno di un singolo Stato.

⁴³⁹ La definizione di "public utility" è contenuta nel *Federal Power Act*, (16 USC 824(e)): «Any person who owns or operates facilities subject to the jurisdiction of the Commission»; che sarebbe a dire, ogni soggetto che detiene o opera con «facilities for the transmission of electric energy in interstate commerce and to the sale of electric energy at wholesale in interstate commerce».

⁴⁴⁰ 16 U.S. Code § 824 (a).

trasporto e alla vendita interstatale di gas destinato al consumo pubblico, commerciale, domestico o a qualunque altro uso, attività che presentano, come nel precedente caso, natura di pubblico interesse⁴⁴¹. Dato, quest'ultimo, particolarmente rilevante: qualora la FERC lo ritenga necessario a tutelare i bisogni della collettività, infatti, può ordinare a una compagnia operante nel settore del gas naturale (una *public utility*, appunto) di estendere o migliorare le proprie infrastrutture destinate al trasporto del gas o di stabilire un collegamento fisico tra la propria rete e quella di qualunque persona o pubblica amministrazione legalmente autorizzata ad agire nel settore della distribuzione. Nessuna impresa può trasmettere, acquistare, vendere elettricità o costruire o estendere reti di trasporto a meno che non sia in possesso di un «certificate of public convenience and necessity» rilasciato dalla commissione.

La FERC, infine, esercita poteri tipici di un'autorità antitrust, posti a tutela della concorrenzialità dei mercati dell'energia elettrica e del gas naturale. La commissione, infatti, è responsabile della valutazione circa la corrispondenza al pubblico interesse di fusioni o acquisizioni tra imprese operanti nei due settori di riferimento, valutandone gli effetti sulla concorrenza, sulla propria attività di regolazione e sul possibile verificarsi di fenomeni di sussidi incrociati o di manipolazioni del mercato⁴⁴².

Per assolvere il proprio compito, la commissione stila linee guida contenenti i requisiti delle fusioni - verticali e orizzontali - e acquisizioni potenzialmente pericolose per il mercato. Nessuna impresa considerata esercente un servizio pubblico ai sensi della legge può, in assenza della preventiva autorizzazione della commissione: vendere, locare o altrimenti disporre della totalità delle proprie infrastrutture per un valore superiore a dieci milioni di dollari; fondere, direttamente o indirettamente, tali infrastrutture o parte di esse con chiunque; acquistare reti da altre *public utilities* per un valore complessivo superiore a dieci milioni di dollari; acquistare, affittare o comunque procurarsi un impianto di produzione che abbia un valore superiore ai dieci milioni e che sia utilizzato per la

⁴⁴¹ 15 U.S. Code § 717: «(...) it is declared that the business of transporting and selling natural gas for ultimate distribution to the public is affected with a public interest, and that Federal regulation in matters relating to the transportation of natural gas and the sale thereof in interstate and foreign commerce is necessary in the public interest». Il *Natural Gas Act* del 1938 contiene quello che è stato poi chiamato «Hinshaw Amendment», che esclude dalla giurisdizione della FERC quelle imprese che, sottoposte ai poteri di una commissione statale, ricevono gas naturale proveniente dall'interno di un solo Stato, sempre che il gas venga consumato entro i confini dello Stato medesimo.

⁴⁴² Per un'analisi delle differenze comunque persistenti tra il diritto antitrust «puro» e le attribuzioni della FERC funzionali al mantenimento di un assetto concorrenziale dei mercati energetici e alla lotta ai monopoli, si veda R. E. Gramlich, *The role of Energy Regulation in Addressing Generation Market Power*, in *Envtl. & Energy L. & Pol'y J.*, 1, 2005-2007, 55 ss.

commercializzazione all'ingrosso di energia tra due Stati⁴⁴³. La commissione approva preventivamente ogni progetto di acquisizione, fusione, consolidamento o cambio di controllo societario solo qualora ne valuti la piena rispondenza al pubblico interesse⁴⁴⁴.

Le funzioni protoconcorrenziali suddette testimoniano come il ruolo della FERC sia cambiato rispetto alla sua originaria *mission*, permettendole di assumere le vesti di un generale (ma non esclusivo) garante della concorrenzialità del mercato energetico statunitense, piuttosto che della semplice equità e ragionevolezza delle tariffe praticate dalle compagnie regolate. Tale ruolo viene esercitato dalla commissione anche attraverso predeterminati ma penetranti poteri sanzionatori e di *enforcement* della normativa di riferimento⁴⁴⁵.

⁴⁴³ 16 U. S. C. 203(a)(1).

⁴⁴⁴ 16 U. S. C. 203(a)(4). Nessuna compagnia facente parte di un gruppo di imprese tra le quali sia presente una *public utility* di trasmissione o produzione energetica può acquistare titoli di un'altra impresa operante nei mercati del gas o dell'elettricità (o di una *holding company* facente parte di un gruppo di imprese in cui sia presente anche una società del predetto tipo) per un valore superiore ai dieci milioni di dollari, o fondersi direttamente o indirettamente con essa, senza previa autorizzazione della commissione (16 U. S. C. 203(a)(2)). Sui requisiti dei procedimenti di valutazione delle fusioni e delle acquisizioni azionarie, anche in una prospettiva *de jure condendo*, si veda J. S. Moot, *A New FERC Policy for Electric Utility Mergers?*, in *Energy L. J.*, 17, 1996, 139, che sottolinea come la lunghezza dei procedimenti in questione ne rappresenti il difetto maggiore, dal momento che «the hearings, when they are conducted, often take too long. From the date a hearing order issues to the date an initial decision issues may range from six months to an unlimited period» (155). In generale sulle funzioni di contrasto alle manipolazioni del mercato della FERC, cfr. J. T. Kelhier, *Market Manipulation, Market Power, and the Authority of The Federal Energy Regulatory Commission*, in *Energy L.J.*, 25, 2005, 1 ss.

⁴⁴⁵ Cfr. B. M. Zimmet, *Ferc's Authority To Impose Monetary Remedies For Federal Power Act And Natural Gas Act Violations: An Analysis*, in *Admin. L. Rev.*, 57, 2005, 544, che sottolinea come i poteri rimediali della commissione siano comunque ridotti rispetto alle analoghe funzioni esercitate da altre agenzie che svolgono, in altri campi, un ruolo simile alla FERC, come la *Securities and Exchange Commission* (SEC) o la *Commodity Futures Trading Commission* (CFTC). Ciò è conseguenza del fatto che le competenze rimediali della Commissione sono cucite sostanzialmente sulle responsabilità di determinazione delle tariffe della stessa, e non sulla sua funzione antitrust. La situazione pare comunque essere cambiata dopo l'approvazione dell'*Energy Policy Act* del 2005 (vedi *infra*). Il caso più celebre in cui la FERC ha esercitato i propri poteri di *enforcement* della normativa energetica e di tutela della concorrenzialità del mercato (e che spinse in seguito il Congresso ad attribuire alla commissione poteri maggiormente penetranti sia sul versante della regolazione *ex ante*, che della vigilanza *ex post*) è indubbiamente quello legato alla società multinazionale Enron che, nel 2001, fu accusata di manipolazione del mercato attraverso pratiche commerciali sui prezzi particolarmente aggressive e scorrette, sfruttando a proprio vantaggio la crisi energetica che aveva colpito gli Stati occidentali degli U.S.A., in particolare la California. Sull'argomento si vedano T. P. Duane, *Regulation's Rationale: Learning from the California Energy Crisis*, in *Yale J. on Reg.*, 19, 2002, 471; P. F. Schewe, *Blackout. Il sistema di distribuzione dell'elettricità è la macchina più complessa mai realizzata: ma è anche estremamente vulnerabile*, Milano, Apogeo Editore, 2007, 180, che evidenzia come la crisi sia stata gestita dal DOE e dalla FERC in maniera coordinata. I produttori indipendenti di energia, all'aumento dei prezzi al consumo e alla conseguente imposizione di vincoli sulle tariffe al dettaglio imposte dallo Stato della California, iniziarono a vendere elettricità ad acquirenti in uno stato limitrofo, i quali rivendevano poi agli utenti californiani a prezzi maggiorati. Il DOE, dunque, utilizzò i propri poteri di emergenza obbligando i produttori a vendere più energia all'interno dei confini statali, mentre la FERC impose allo Stato ad abolire i vincoli sulle tariffe, che si erano dimostrati controproducenti, di nuovo manifestando la propria natura di organismo particolarmente attento alla tutela e promozione della concorrenza sui mercati energetici.

La FERC può, infatti, imporre sanzioni civili (per un massimo di un milione di dollari per ogni giorno in cui la violazione viene perpetrata) in seguito a qualunque violazione del *National Gas Act*, *Natural Gas Policy Act* e della seconda parte del *Federal Power Act*, così come per ogni infrazione di una decisione, regolamento od ordine impartito sulla base delle medesime disposizioni normative. Le sanzioni devono essere adottate dalla commissione in seguito a un procedimento in cui sia stato garantito un *public hearing* per i soggetti cui sono contestate le violazioni, sempre che non si giunga prima a una negoziazione sulla base di uno “*stipulation and consent agreement*”. In questo caso, la sanzione è sempre contenuta in un provvedimento emanato dalla commissione che “approva” il compromesso raggiunto, ma non si darà luogo al procedimento suesposto⁴⁴⁶.

La FERC, infine, svolge una funzione di risoluzione delle controversie su base volontaria (*Dispute Resolution Service*), attraverso procedimenti decisionali basati sul raggiungimento (in tempi certamente più contenuti rispetto alle corti giurisdizionali) di intese, di solito mediazioni e conciliazioni in grado di soddisfare entrambe le parti. I soggetti sottoposti all'autorità della commissione hanno la possibilità di deferire ai competenti uffici interni qualunque controversia che le riguardi e che rientri nelle competenze della stessa, comprese, in via eccezionale, anche le dispute in materia ambientale.

Vale la pena di sottolineare che, nonostante la presenza di un forte e autorevole regolatore federale, i singoli Stati giocano un ruolo di assoluto rilievo nel settore energetico. Questi, infatti, disciplinano il mercato della distribuzione al dettaglio di energia elettrica (*retail*, sul quale la FERC non ha competenza), regolandone i prezzi; sono titolari del potere di autorizzare la costruzione di nuove linee di trasmissione di energia elettrica e

⁴⁴⁶ I poteri sanzionatori della FERC sono stati notevolmente implementati in seguito all'adozione dell'*Energy Policy Act* del 2005 (Publ. L. 109-58, §§ 1284(e), 314 (b)(1)(B), and 314(b)(2), 119 Stat. 594 at 950 and 691). Sul ruolo fondamentale di questo atto legislativo anche e soprattutto sulle responsabilità di *rulemaking* della FERC si veda *infra*, par. 1.1. I procedimenti sanzionatori condotti innanzi alla FERC sono disciplinati, tra gli altri, dallo *Statement of administrative policy regarding the process for assessing civil penalties*, adottato dalla commissione il 21 dicembre 2006, e dal *Revised policy statement on penalty guidelines* del 17 settembre 2010. Si veda anche W. S. Scherman, B. C. Johnson, J. J. Fleischer, *The FERC Enforcement Process: Time for Structural Due Process and Substantive Reforms*, in *Energy L.J.*, 35, 2014, 101, in cui si evidenziano alcune rilevanti criticità che ancora persistono nei procedimenti sanzionatori *de qua*, definiti «lop-sided and unfair». I problemi riguardano soprattutto la *disclosure* del materiale su cui i procedimenti stessi si fondano e la lunghezza ed eccessiva onerosità della fase di indagine e di quella decisionale. T. Mullins, C. McEachran, *Adjudication of FERC Enforcement Cases: "See you in Court?"*, in *Energy L. J.*, 36, 2015, 261 ss. suggeriscono che il problema risieda, in realtà, nella natura stessa dei procedimenti sanzionatori condotti dalla commissione, che si trova a essere giudice di procedimenti che essa stessa ha precedentemente istruito, venendosi a creare un conflitto di interessi che non può essere mitigato dalla pur netta separazione interna tra i soggetti che svolgono le funzioni istruttorie e gli *administrative law judges* con compiti decisorii. La soluzione proposta dagli AA. sarebbe quella di affidare la risoluzione delle “controversie” in questione esclusivamente alle corti federali, piuttosto che alla FERC.

di trasporto di combustibili liquidi o solidi (v. *infra*, par. 1.3.); rendono effettivi gli *standard* federali relativi al controllo dell'inquinamento delle aree di estrazione petrolifera o di gas naturale, integrandoli con le proprie politiche relative, per esempio, a singole fasi del procedimento di estrazione; dettano norme in tema di affidabilità della rete elettrica e diversificazione delle fonti energetiche⁴⁴⁷.

1.1. I procedimenti di *rulemaking* tra obiettivi generali e vincoli procedurali. Le novità contenute nell'*Energy Policy Act* del 2005 (EPA)

I poteri di regolazione della FERC si esprimono nell'adozione di atti sub-legislativi a contenuto generale destinati a disciplinare i mercati dell'energia elettrica, del gas naturale e del petrolio attraverso, per esempio, la fissazione delle tariffe e dei prezzi praticati nel commercio all'ingrosso interstatale, l'adozione di *standard* comportamentali vincolanti rivolti alle compagnie che si occupano della trasmissione energetica⁴⁴⁸, la determinazione degli oneri di accesso e interconnessione in capo alle *public utilities*. I poteri della commissione sono stati ampliati in maniera rilevante dall'*Energy Policy Act* del 2005 che, tra i suoi numerosi obiettivi, legati in generale all'efficientamento energetico e all'aumento degli investimenti nelle energie rinnovabili attraverso detrazioni fiscali e sussidi federali⁴⁴⁹, ha confermato la fiducia verso un mercato energetico pienamente concorrenziale, ritagliando per la FERC un ruolo centrale quale regolatore unico e "assicuratore" della tenuta del sistema⁴⁵⁰.

In tal senso, gli strumenti di *command and control* dell'Agenzia e le sue responsabilità sono state ampliate al fine di proteggere i consumatori da condotte discriminatorie delle imprese, garantire la concorrenzialità dei mercati di settore e l'affidabilità delle infrastrutture energetiche. La commissione è stata dotata di nuovi e incisivi poteri: oltre alle attribuzioni sanzionatorie che si esprimono attraverso decisioni individuali, di cui si è detto, la FERC ha strutturato il proprio approccio di contrasto alle

⁴⁴⁷ Cfr. J. W. Coleman, *Importing Energy, Exporting Regulation*, in *Fordham L. Rev.*, 83, 2014-2015, 1368.

⁴⁴⁸ Da ultimo, Order No. 717, *Standards of Conduct for Transmission Providers*, in *Fed. Reg.* 73, 63,796 (Oct. 27, 2008), FERC Stats. & Regs., 31,280 (Order No. 717).

⁴⁴⁹ Sul tema si veda J. S. Moot, *Subsidies, Climate Change, Electric Markets and the FERC*, in *Energy L. J.*, 35, 2014, 345 ss.

⁴⁵⁰ La riforma in questione, inoltre, ha formalmente attribuito alla FERC una serie di competenze che la stessa commissione aveva in precedenza ritenuto di non possedere, come il potere di imporre alle *public utilities* del gas e dell'elettricità di applicare tariffe che rispettassero indici prestabiliti (U.S. Code §§ 316).

manipolazioni del mercato soprattutto sull'attivazione di procedimenti di *rulemaking* generali volti a determinare norme di condotta per le imprese e a vietare determinati comportamenti fraudolenti o discriminatori in danno, in ultima analisi, degli utenti⁴⁵¹.

È stata inoltre prevista la possibilità di approvare programmi di incentivi finalizzati all'aumento degli investimenti privati nelle reti di trasmissione elettrica e del gas, nonché la facoltà integrare l'attività degli Stati nella costruzione e ubicazione di infrastrutture e reti, favorendo la creazione di corridoi di trasmissione di interesse nazionale⁴⁵².

L'attività di *price regulation* della FERC, seppure oggi affiancata ad altre rilevanti competenze, rappresenta l'attribuzione originaria e tutt'ora centrale della commissione⁴⁵³. Gli operatori economici che decidono di entrare nel mercato del gas o dell'elettricità all'ingrosso scelgono di svolgere una funzione che riveste la qualifica di pubblico interesse e che è soggetta a importanti limiti di natura regolatoria (c.d. "regulatory compact"). Limiti in primo luogo relativi all'obbligo di garantire la produzione e distribuzione determinate quantità di energia a prezzi ragionevoli, che comunque consentano loro di godere di un altrettanto ragionevole ritorno sui capitali investiti in cambio di un servizio affidabile⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ Fondamentale in tal senso è l'Order No. 670, *Prohibition of Energy Market Manipulation*, 71 Fed. Reg. 4244 (January 26, 2006), che esplicitamente vieta e considera illegali una serie di condotte poste in essere da «[a]ny entity, directly or indirectly (...) in connection with the purchase or sale of electric energy or the purchase or sale of transmission services subject to the jurisdiction of the Commission, (1) to use or employ any device, scheme, or artifice to defraud, (2) to make any untrue statement or a material fact or to omit to state a material fact necessary in order to make the statements made, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading, or (3) to engage in any act, practice, or course of business that operates or would operate as a fraud or deceit upon any entity». L'attribuzione di nuove e più incisive responsabilità di *rulemaking* alla commissione ha rappresentato la risposta ai timori che la *mission* della FERC fosse ormai esaurita. In questo senso si era espresso, per esempio, R. Pierce, *The Unintended Effects of Judicial Review of Agency Rules: How Federal Courts Have Contributed to the Electricity Crisis of the 1990s*, in *Admin. L. Rev.*, 43, 1991, 7, che evidenzia come i problemi della FERC fossero sostanzialmente due: la preferenza verso i procedimenti di *adjudication* rispetto a quelli di *rulemaking*, basata più su ragioni di "sopravvivenza" che di efficienza; la tendenza a indirizzare le (poche) iniziative di *rulemaking* verso obiettivi di *deregulation* più che nel senso di una vera e propria regolazione del settore. Cfr. anche J. L. Mashaw, *Improving the Environment of Agency Rulemaking: an Essay on Management, Games, and Accountability*, in *Law & Contemp. Probs*, 57, 1994, 192.

⁴⁵² Cfr. Federal Energy Regulatory Commission, *Energy Policy Act of 2005 – Fact Sheet*, Washington D.C. 20426, August 8th, 2006. Sull'esercizio di quest'ultimo potere (o meglio sul suo mancato esercizio) si veda il par. 1.4.

⁴⁵³ Come affermato da A. E. Kahn, *The Economics of Regulation. Principles and Institutions*, New York, John Wiley & Sons, 1970, 20, «price regulation is the heart of public utility regulation».

⁴⁵⁴ Cfr. H. Curlee, *Examining Epect 2005: a Prospective Look at the Changing Regulatory Approach of the FERC*, in *Wash. & Lee L. Rev.*, 63, 2006, 1668. Sul "regulatory compact" nel settore energetico si veda J. A. Lesser, L. R. Giacchino, *Fundamentals of Energy Regulation*, Reston, VA, Public Utilities Reports, 2013, 50, in cui si legge che: «There is (...) a long-standing, but unwritten, rule that governs cost recovery and lies at the heart of establishing *regulated* prices. This rule, which was applied to electric and gas distribution utilities who were awarded with exclusive geographic franchises, is generally known as the *regulatory compact*. Under the regulatory compact, the regulator grants an exclusive franchise to a company, essentially a protected monopoly, for the sale and distribution of electricity or natural gas to customers in its defined service territory. In return, the company commits to supply the full quantities demanded by those

L'atteggiamento della commissione, tuttavia, è notevolmente mutato nel corso degli anni, soprattutto dal punto di vista degli obiettivi perseguiti.

Nei primi anni di attività, infatti, la preoccupazione principale della FERC è stata quella di assicurare che le tariffe praticate dalle compagnie nel mercato *wholesale* fossero eque e ragionevoli, a protezione soprattutto dei consumatori finali. Si venne così a creare una lunga situazione di conflitto tra l'industria energetica del Paese e la FERC, acuita dalla ampia discrezionalità di cui la commissione gode nel determinare quando le tariffe sono "just and reasonable" e quando invece discriminatorie ed esorbitanti. La FERC, insomma, ha sempre cercato di indirizzare il mercato energetico statunitense verso una logica di pubblico servizio, fondata su una regolazione severa delle tariffe, che dovevano di poco essere superiori ai costi sostenuti, in modo da consentire un giusto (ma non eccessivo) profitto per le compagnie e il pagamento dei diritti di concessione federale.

Tali valutazioni, infatti, non sono sindacabili in sede giurisdizionale perché riservate alla commissione stessa, che non è neppure obbligata a fare uso di alcuna specifica metodologia o formula predeterminata nella propria attività di *ratemaking*⁴⁵⁵. Ne derivava un approccio regolatorio particolarmente frammentato e "reattivo", più che propositivo, rispetto alle condotte delle compagnie energetiche⁴⁵⁶. L'orientamento della FERC è oggi diverso per due ragioni.

customers at a price calculated to cover all operating costs plus a "reasonable" return on the capital invested in the enterprise».

⁴⁵⁵ L'area di discrezionalità di cui a FERC gode nella determinazione delle tariffe è stata definita "zone of reasonableness". Si vedano la sentenza *FPC v. Natural Gas Pipeline Co.*, 315 U. S. 575 (1942) e *Permian Basin Area Rate Cases*, 390 U.S.747 (1968), in cui la Corte Suprema afferma come «(...) this Court has often acknowledged that the Commission is not required by the Constitution or the Natural Gas Act to adopt as just and reasonable any particular rate level; rather, courts are without authority to set aside any rate selected by the Commission which is within a "zone of reasonableness". (...) No other rule would be consonant with the broad responsibilities given to the Commission by Congress; it must be free, within the limitations imposed by pertinent constitutional and statutory commands, to devise methods of regulation capable of equitably reconciling diverse and conflicting interests. It is on these premises that we proceed to assess the Commission's orders».

⁴⁵⁶ *Ibidem*, H. Curlee, *op. cit.*, 1668-1669. Nelle prime decisioni della FERC era possibile individuarne un principio guida: più le tariffe sono basse, maggiore è la protezione assicurata ai *ratepayers*. La Corte Suprema, nel caso *Bluefield Water Works & Improvement Company v. Public Service Commission of West Virginia*, 262 U.S. 679 (1923), aveva in realtà cercato di limitare la discrezionalità della FPC/FERC nella determinazione delle tariffe, indicando una serie di fattori che avrebbe obbligatoriamente dovuto tenere in considerazione. Tra questi, le condizioni economiche delle imprese, i rischi corsi dalle compagnie in prospettiva comparata tra loro, il costo del capitale, la competenza del *management* aziendale e la storia finanziaria di un'impresa. Come facilmente intuibile, si trattava di criteri molto vaghi e non univocamente interpretabili. Si deve ricordare, tuttavia, come la FERC sia sottoposta al rispetto del c.d. *intelligibile principle test*, in base al quale valutare la legittimità della delega di poteri a favore di un'autorità indipendente e, conseguentemente, anche dell'esercizio dei poteri stessi e di un certo grado di discrezionalità tecnica. Vedi *supra*, Cap. II, par. 1.4.

In primo luogo, il dinamismo dei mercati energetici. L'aumento della domanda di energia, a partire dagli anni Settanta, cui si combinò la costruzione di nuove infrastrutture di trasmissione che, insieme all'innovazione tecnologica, permisero lo sviluppo di nuove forme di energia e l'aumento delle transazioni interstatali (e internazionali), comportò per la FERC un ruolo centrale non più soltanto nella fissazione delle tariffe, ma anche nella regolazione delle reti e dell'affidabilità dei sistemi di trasmissione⁴⁵⁷. In secondo luogo, i cambiamenti nella struttura e nelle caratteristiche dei mercati energetici sono stati metabolizzati grazie a incisive riforme legislative. I poteri attribuiti alla FERC dall'*Energy Policy Act* del 2005 hanno reso la commissione non più, o non soltanto, il "protettore" degli utenti-consumatori finali, ma anche il garante della concorrenzialità dei mercati energetici e della certezza della regolazione⁴⁵⁸.

I procedimenti di *rulemaking* condotti dalla FERC, soprattutto quelli di determinazione delle tariffe, devono svolgersi nel rispetto del modello partecipativo del *notice and comment*, tipico delle autorità amministrative indipendenti statunitensi e codificato in generale nell'*Administrative Procedure Act* del 1946⁴⁵⁹. Sono inoltre disciplinati da appositi atti interni adottati dalla commissione. Quest'ultima, di propria iniziativa, su proposta del Segretario dell'energia o in seguito a una *petition for rulemaking* proveniente da compagnie private o dai consumatori, può proporre l'adozione di regolamenti di generale applicazione nel rispetto delle competenze attribuite dalla legge. La procedura seguita deve sempre garantire la possibilità per qualunque soggetto interessato di presentare le proprie osservazioni scritte, entro un termine ragionevole

⁴⁵⁷ J. T. Kelliher, M. Farinella, *The Changing Landscape of Federal Energy Law*, in *Admin. L. Rev.*, 61, 2009, 611 ss., evidenziano come tra i fattori di cambiamento del diritto dell'energia statunitense vi sia anche un fenomeno di convergenza tra il mercato energetico e quello dei beni indifferenziati (*commodities market*). Non è più possibile affermare, come in precedenza, che la FERC abbia un dominio esclusivamente sulle reti fisiche di trasmissione del gas naturale e la *Commodity Futures Trading Commission* (CFTC) sulle vendite finanziarie nel mercato dei beni indifferenziati. Alcune transazioni commerciali aventi a oggetto gas naturale possono ora essere realizzate non solo tramite un trasporto fisico, ma attraverso transazioni finanziarie immateriali. Disegnare una linea di demarcazione netta tra le due modalità di vendita diventa allora complesso. Ciò rende necessario realizzare forme di intenso e continuo coordinamento tra la FERC e la CFTC. Un ulteriore fattore di cambiamento del mercato energetico e delle relative politiche di regolazione deve attribuirsi alla giurisprudenza della Corte Suprema, che ha negli ultimi decenni modificato l'interpretazione di numerose norme applicabili al settore di riferimento. È il caso della pronuncia *California ex rel. Lockyer v. FERC*, 383 F.3d 1006 (9th Cir. 2004), *cert. denied*, 549 U.S. 882 (2006), in cui la Corte ha interpretato la sec. 205 dell'*Energy Power Act* in maniera da permettere alla commissione di ordinare alle compagnie operanti nel mercato rimborsi anche retroattivi nei confronti dei consumatori, ricorrendo tutte le altre condizioni prescritte dalla legge (630).

⁴⁵⁸ *Id.*, 1681. La riforma del 2005, in realtà, era stata preceduta da un altro tentativo di ritagliare per la FERC un ruolo di maggiore centralità, attraverso l'*Energy Policy Act* del 1992 (Pub. L. 102-486, §§ 721-722), che aveva attribuito alla commissione limitati poteri sanzionatori e di autorizzazione.

⁴⁵⁹ V. *Supra*, Cap. II, par. 1.5.

fissato dalla commissione stessa, la quale è tenuta a prendere posizione sulle questioni e osservazioni presentate⁴⁶⁰.

La proposta di regolazione viene in prima battuta analizzata dall'*Office of General Counsel* (OGC)⁴⁶¹, che raccomanda alla commissione di proseguire con la stessa o abbandonarla. È comunque competenza esclusiva della FERC decidere se proseguire o meno nell'approvazione del progetto di regolazione e, in ultima istanza, se adottare la *final rule*. In tal caso, la stessa dispone la pubblicazione di una *notice of proposed rulemaking* (NOPR), progetto provvisorio della misura regolatoria che ha intenzione di promulgare e che viene sottoposta ai commenti provenienti da chiunque sia interessato. Al termine di questa procedura, che comporta non pochi rischi di "ossificazione" dei procedimenti regolatori, la commissione emana il provvedimento finale produttivo di effetti vincolanti. È prevista infine la possibilità di depositare un'istanza alla commissione affinché conceda un'udienza orale di riesame del provvedimento finale (*rehearing*), che la FERC può negare o concedere, sempre su raccomandazione preventiva dell'OGC. Tale decisione è impugnabile entro sessanta giorni di fronte alla competente corte d'appello federale.

1.2. I rapporti con il *Department of Energy* (DOE)

La FERC, come accennato, è l'unica autorità indipendente statunitense formalmente incardinata all'interno di un dipartimento del governo federale, quello dell'energia. È interessante allora analizzare brevemente come si articolano le relazioni tra la stessa commissione e il DOE – facente parte del *presidential cabinet* e dipendente dall'indirizzo politico presidenziale – soprattutto per verificare se e come la FERC riesca a mantenere la propria autonomia decisionale e operativa nonostante la sua peculiare collocazione istituzionale.

⁴⁶⁰ 42 U.S. Code § 7173.

⁴⁶¹ L'*Office of General Counsel* è l'organo di consulenza legale della commissione. I suoi compiti comprendono la partecipazione nei procedimenti di *rulemaking*, la rappresentanza della stessa di fronte alle corti, l'attività di revisione delle proposte di regolazione prima di eventuali udienze dei commissari di fronte al Congresso. Sul tema si veda S. R. Melton, *Separation of Functions at the FERC: Does the Reorganization of the Office of General Counsel Mean What It Says?*, in *Energy L.J.*, 5, 1984, 349 ss. La riforma dell'organizzazione interna della FERC e in modo particolare proprio dell'OGC, intervenuta nella prima metà degli anni Ottanta, ebbe un ruolo decisivo nel garantire che anche questa *independent commission* rispettasse il principio della separazione delle funzioni giudicanti da quelle istruttorie nell'ambito dei procedimenti di *adjudication*. Tale riforma non riguardò invece l'esercizio delle funzioni di *rulemaking*, cui gli obblighi di separazione non si applicano. Cfr. *Environmental Defense Fund v. EPA*, 598 F.2d 62 (D.C. Cir. 1978). Sul principio di separazione delle funzioni si veda *supra*, Cap. II, par. 1.2.

Il *Department of Energy* (DOE), guidato da un segretario nominato dal Presidente, include tra le proprie responsabilità amministrative la gestione del programma nucleare del Paese e dei relativi rifiuti, il risparmio energetico, la ricerca scientifica in materia di energia, il trasporto di petrolio attraverso oleodotti e, in generale, la produzione di energia domestica. Compito del DOE è favorire una cooperazione continua tra i vari dipartimenti del governo, le *agencies* (indipendenti ed esecutive) e gli Stati, funzionale alla determinazione e attuazione di una politica energetica fondata soprattutto su misure di sviluppo a fini commerciali delle energie rinnovabili, programmi di *energy conservation* e gestione condivisa di problematiche energetiche internazionali che possano avere un impatto diretto sulla produzione, utilizzo, conservazione, sviluppo e fornitura di energia negli Stati Uniti⁴⁶². Sotto questo ultimo aspetto, è bene sottolineare come ogni competenza a regolare la materia delle esportazioni e importazioni di energia elettrica e gas sia posta in capo al Dipartimento, a meno che il segretario decida di delegare tale competenza, o specifiche funzioni in essa rientranti, alla FERC⁴⁶³.

Le interazioni tra il DOE e la FERC si sviluppano lungo due linee parallele. In primo luogo, ogni volta che il Segretario propone l'adozione di regolamenti, programmi o comunque atti di applicazione generale nell'esercizio di una delle sue funzioni, deve darne comunicazione preventiva alla commissione che, con piena discrezionalità, ha la possibilità di determinare pubblicamente (attraverso un *public comment*) se la proposta suddetta interferisca con una delle sue attribuzioni e con l'esercizio delle sue funzioni. In tal caso, la FERC potrà decidere di concorrere all'adozione delle misure proposte dal Segretario, concorrere esclusivamente a patto che vengano effettuate delle modifiche da essa proposte o raccomandare che la misura in questione non venga adottata, motivando comunque la propria posizione. I commenti pubblicati dalla commissione incidono profondamente sull'autonomia decisionale del DOE.

Il Segretario, infatti, in seguito alla pubblicazione delle raccomandazioni emanate dalla FERC, potrà decidere di adottare una *final rule* nella forma conseguente alla partecipazione attiva della commissione, oppure come emendata in seguito all'accoglimento delle proposte di modifica presentate dalla stessa FERC. Egli non potrà,

⁴⁶² 42 U.S. Code § 7112.

⁴⁶³ 42 U.S. Code § 7172 (f). I vari segretari del DOE non hanno mai delegato completamente alla FERC il potere di regolamentare le importazioni ed esportazioni di energia. Nel 1984, tuttavia, il segretario ha attribuito alla commissione limitati poteri relativi al commercio estero di gas naturale (ma non di elettricità), dando la possibilità alla FERC di approvare o meno «the construction and operation of particular facilities, the site at which such facilities shall be located, and, with respect to natural gas that involves the construction of new domestic facilities, the place of entry for imports or exit for exports (...)». Cfr. J. H. McGrew, *op.cit.*, 6.

insomma, non tenere in considerazione la posizione espressa da un soggetto pubblico indipendente, dotato di particolare *expertise* tecnica e autorevolezza come la FERC, salva la possibilità di ritirare il progetto di regolamento, rinunciando alla sua approvazione piuttosto che accogliere le modifiche proposte dalla commissione⁴⁶⁴.

La FERC, dunque, svolge un ruolo di particolare rilevanza non solo attraverso l'esercizio delle competenze ad essa direttamente attribuite dalla legge, ma anche tramite una penetrante funzione di consultazione - *de facto* un veto - esercitabile nei confronti del Dipartimento dell'energia e del suo Segretario, in forza dalla posizione di estraneità rispetto agli indirizzi politici presidenziali (almeno sul piano formale) e della sua particolare competenza professionale. Le posizioni della FERC (espressione di un potere particolarmente ampio, se si considera che l'unico limite che la commissione incontra risiede nella circostanza, liberamente e discrezionalmente valutabile, che una determinata misura abbia un qualche effetto sulla sua azione) non possono non essere tenute in considerazione dal governo nell'adozione di provvedimenti, norme o di programmi nazionali incidenti sulle materie in relazione alle quali l'autorità indipendente è competente sul piano generale. La possibilità per la FERC di condizionare l'attività di *rulemaking* del Dipartimento dell'energia, in conclusione, le conferisce il potere di incidere indirettamente anche su materie che la legge attribuisce esclusivamente alle cure del DOE, come la regolazione delle importazioni ed esportazioni di gas ed elettricità⁴⁶⁵.

Il secondo piano lungo il quale si svolgono le relazioni tra il DOE e la FERC è, in un certo senso, opposto a quello in precedenza descritto. Il *Secretary of Energy* è, infatti, autorizzato a proporre l'adozione di una certa misura la cui approvazione rientri all'interno di una competenza attribuita alla commissione. Quest'ultima, che ha comunque sempre l'ultima parola sull'accoglimento della proposta, dovrà però sempre prenderla in considerazione entro un termine ragionevole, eventualmente fissato proprio dal Segretario. Questi, inoltre, ha il potere di intervenire in qualunque procedimento condotto dalla commissione o di fronte a essa, sia quelli destinati a concludersi con l'adozione di una decisione individuale, sia quelli di *rulemaking*, pur sempre nel rispetto delle stesse norme che regolano la partecipazione di qualunque persona fisica o giuridica ai procedimenti

⁴⁶⁴ 42 U.S. Code § 7174. Il segretario del DOE, inoltre, ha l'obbligo di fornire alla FERC ogni informazione in possesso del dipartimento che la commissione reputi necessaria all'esercizio delle proprie funzioni e responsabilità (42 U.S. Code § 7177 (a)).

⁴⁶⁵ Cfr. E. J. Grenier Jr., R. W. Clark III, *The Relationship between DOE and FERC: Innovative Government or Inevitable Headache?*, in *Energy L. J.*, 1, 1980, 337.

amministrativi⁴⁶⁶. Tale potere di intervento, certamente più blando rispetto alle corrispettive facoltà che la legge riconosce alla FERC all'interno dei procedimenti condotti dal DOE, si giustifica da un lato, con la necessità di coordinamento tra le politiche e le strategie regolatorie dei due soggetti pubblici, dall'altro rappresenta un elemento temperante rispetto agli ampi poteri regolatori di cui la FERC è dotata, inserendosi all'interno del complesso sistema di *check and balances* sui quali il rapporto tra la stessa commissione e l'amministrazione esecutiva è costruito.

La creazione della FERC negli anni Settanta rispose infatti a un'esigenza di centralizzazione delle competenze in materia energetica avvertita come attuale dell'amministrazione Carter, che si tradusse nell'istituzione di un'autorità indipendente di regolazione piuttosto che nell'attribuzione dei relativi poteri al Segretario dell'energia. Anzi, la peculiare posizione della commissione, operante all'interno del Dipartimento, si giustifica proprio in quanto argine ai potenziali eccessi dell'esecutivo⁴⁶⁷, che hanno inoltre legittimato l'attribuzione alla FERC del rilevante potere di condizionare l'azione del DOE in relazione a importanti questioni di regolazione⁴⁶⁸.

1.3. La regolazione delle infrastrutture energetiche. Il ruolo degli Stati e delle *Regional Transmission Organizations* (RTOs)

La FERC, come visto, è un regolatore dotato di ampi poteri, soprattutto relativi alla fissazione delle tariffe e delle condizioni di accesso alle reti di trasmissione trans-statali. Negli Stati Uniti, tuttavia, non si è mai veramente sviluppato un livello di regolazione federale per la pianificazione e costruzione di infrastrutture energetiche (soprattutto elettriche), comparto che presenta attualmente «marcati elementi di policentrismo» dovuti a un'elevata frammentazione delle relative competenze tra diversi livelli di governo⁴⁶⁹.

⁴⁶⁶ 42 U.S. Code § 7173, 7175.

⁴⁶⁷ 123 Cong. Rec. H5.313 (June 2, 1977).

⁴⁶⁸ Cfr. E. J. Grenier Jr., R. W. Clark III, *op. cit.*, 342, che sottolineano come il «DOE was well suited to propose and to advocate policy but not to provide final authorization. The FERC could provide that authorization, but it could not match DOE as a source of new policy initiatives or as a public advocate for them. Despite the “independence” and ultimate authority of the FERC in regulatory matters, it was in a weak position to defend itself, particularly during its early years, if the Administration wished to paint it as obstructionist. Thus, the FERC would be instinctively drawn toward a close relationship with the Energy Secretary, if only because a coordinated national energy policy would otherwise be unachievable».

⁴⁶⁹ Cfr. G. Bellantuono, *I poteri dei regolatori nazionali*, in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia* (2012), cit., 72, il quale pone l'accento sui riflessi negativi che tale frammentazione e la conseguente mancanza di una strategia nazionale sulle infrastrutture, producono sugli investimenti privati e pubblici nel settore che, nonostante un aumento rispetto agli anni Novanta, rimangono ancora insufficienti a garantire un corretto sfruttamento delle energie rinnovabili e la ristrutturazione e

La mancanza di una politica nazionale sulle infrastrutture e sugli investimenti da effettuare - campo di intervento in cui paradossalmente l'interesse pubblico, legato sia alla necessità di garantire su tutto il territorio nazionale l'approvvigionamento energetico in maniera continuativa ed efficiente, sia a quella di evitare il persistere di situazioni monopolistiche, è evidente - deriva, in primo luogo, da una carenza di centralizzazione. Tra i poteri attribuiti alla FERC, infatti, non rientra il rilascio di autorizzazioni alla costruzione di reti interstatali di trasmissione e produzione elettrica o alla realizzazione di nuovi impianti (se si escludono le sole centrali idroelettriche), né la commissione può imporre di propria iniziativa la costruzione di nuove reti.

L'assenza di un livello federale di regolazione rappresenta un problema all'interno di un contesto infrastrutturale, riguardante le reti di trasporto elettrico ad alta tensione, anziano, poco affidabile e bisognoso di investimenti. Il mercato energetico statunitense, caratterizzato da una domanda elevatissima, è in gran parte composto da operatori privati che non sempre sono anche proprietari delle reti di trasporto all'interno di una certa regione. Questi, obbligati a praticare tariffe di trasporto molto basse in base a quanto deciso a monte dalla FERC con riferimento alle tariffe *wholesale* (che, come detto, ha sempre privilegiato la tutela dei consumatori finali), spesso non sono in grado di rientrare delle spese sostenute e, quindi, effettuare nuovi investimenti nella costruzione ed espansione delle reti⁴⁷⁰.

Nel settore del gas naturale la situazione è diversa e più lineare. Il *Natural Gas Act*, infatti, attribuisce alla FERC l'autorità di determinare se, dove e come costruire reti e impianti per trasporto interstatale di gas naturale affidandole, dunque, il ruolo di guida della pianificazione e programmazione degli interventi in materia. Ogni impresa privata

ammodernamento delle reti di trasmissione. Per raggiungere tali obiettivi, infatti, sarebbe stato necessario lo stanziamento di almeno 9 miliardi di dollari annui fino al 2020 per le reti di trasmissione e di 26 per quelle di distribuzione (la fonte citata dall'A. è Committee on America's Energy Future, *America's Energy Future: Technology and Transformation*, Washington D.C., The National Academies Press, 2009, 592). Si veda la decisione della Corte Suprema *New York v. FERC*, 535 U.S. 1 (2002), in cui è stata definitivamente confermata la costituzionalità del provvedimento.

⁴⁷⁰ Cfr. L. De Palacio, *Nota d'informazione alla Commissione europea. Prima analisi del blackout negli Stati Uniti e nel Canada del 14 agosto 2003*. La situazione è poi resa ancora più complessa dall'approccio in materia di politica energetica, seguito storicamente negli Stati Uniti, che «attribuiscono una importanza limitata alla gestione della domanda, il che spiega la debolezza delle misure sul versante della domanda stessa. L'energia negli USA è poco costosa, le norme di rendimento energetico sono relativamente tolleranti e i progressi realizzati in materia di rendimento, negli anni '70 e '80, tendono a vanificarsi». Sulla fragilità e vulnerabilità del sistema infrastrutturale statunitense, si veda inoltre il rapporto della FERC del 2014, nel quale si sostiene che basterebbe che solo nove sottostazioni elettriche considerate centrali nelle diverse aree in cui la rete elettrica americana è divisa (*East, West e Texas*) smettessero di funzionare per realizzare un completo *blackout* del Paese. Il rapporto è stato pubblicato dal *The Wall Street Journal* ed è disponibile all'indirizzo web <https://www.wsj.com/articles/u-s-risks-national-blackout-from-small-scale-attack-1394664965?tesla=y>.

che abbia intenzione di costruire, acquistare o espandere una “natural gas facility” per il trasporto di gas destinato al commercio tra Stati, deve preventivamente chiedere e ottenere un’autorizzazione volta all’ottenimento di un certificato di “public convenience and necessity”, che la FERC rilascia solo qualora ritenga che il progetto presentato sia confacente rispetto alle esigenze di pubblico interesse⁴⁷¹. Il potere degli Stati di bloccare la realizzazione di progetti che potrebbero avere un pesante impatto sui territori da loro amministrati è ridotto e spesso si risolve in un’attività di mera partecipazione all’interno dei procedimenti di autorizzazione condotti dalla FERC⁴⁷².

L’attività di pianificazione delle infrastrutture elettriche è invece effettuata su base locale, ed è rimesso alle amministrazioni dei singoli Stati l’esercizio di poteri di autorizzazione geograficamente limitati all’interno delle tre regioni in cui la rete elettrica statunitense è suddivisa (Est, Ovest e Texas). Nel sistema giuridico americano un ruolo non trascurabile all’interno dei processi di regolazione federale (per quanto forse non adeguatamente studiato⁴⁷³) è giocato poi dalle agenzie dei singoli Stati (indipendenti o esecutive), con competenze che replicano a livello locale quelle delle omologhe commissioni federali.

I rapporti tra il livello statale e quello federale si fondano in larga parte su un’attività di consultazione, formale e informale, che le agenzie statali possono essere chiamate a svolgere nei processi di *rulemaking* e *adjudication* federali, aumentando il grado di *expertise* delle IRC, non solo attraverso la rappresentazione delle problematiche territoriali, ma anche proponendo soluzioni regolatorie dettate dalla loro esperienza sul campo⁴⁷⁴. Una

⁴⁷¹ 21. 15 U.S.C. § 717(b) (2006). Cfr. J. M. Darby, J. M. Robins, B. L. Webb, *The Role of FERC and the States in Approving and Siting Interstate Natural Gas Facilities and LNG Terminals After the Energy Policy Act Of 2005 - Consultation, Preemption And Cooperative Federalism*, in *Tex. J. Oil Gas & Energy L.*, 6, 2010-2011, 335 ss.

⁴⁷² Tra il 2000 e il 2011 le compagnie operanti nel settore hanno richiesto e ricevuto autorizzazioni dalla FERC per la costruzione di più di 16.000 miglia di condotte interstatali per il trasporto del gas naturale. Attualmente, ci sono quasi 3 milioni di miglia di gasdotti statali e interstatali negli Stati Uniti. Cfr. A. B. Klass, *The Electric Grid at a Crossroads: a Regional Approach to Siting Transmission Lines*, in *U.C.D. L. Rev.*, 48, 2014-2015, 1908.

⁴⁷³ M. Seifter, *State, Agencies, and Legitimacy*, in *Vand. L. Rev.*, 67, 2014, 443. Gli amministratori federali e statali condividono spesso esperienze professionali e *backgrounds* culturali simili. Ciò deriva dal fatto che molti membri delle commissioni federali precedentemente hanno lavorato nelle agenzie statali, con la conseguenza che, di solito, la loro sensibilità nei confronti delle istanze statali sia particolarmente sviluppata.

⁴⁷⁴ Nella pratica, tuttavia, la partecipazione delle agenzie statali all’attività di regolazione federale si rivela spesso in contrasto con gli obiettivi delle commissioni federali. In primo luogo perché gli esponenti delle amministrazioni statali sono naturalmente guidati dagli interessi dei propri Stati di origine; inoltre, perché i rappresentanti dei singoli Stati (o gruppi d’interessi locali) tendono ad “appiattare” le differenze esistenti tra loro al fine di assumere posizioni comuni ma, necessariamente, tendenti al raggiungimento di obiettivi al ribasso.

collaborazione che, però, non appare in grado di tradursi in risultati particolarmente apprezzabili dal punto di vista della condivisione delle scelte tra il livello centrale e quello locale, anche in settori incidenti su interessi diffusi, proprio come ambiente ed energia⁴⁷⁵.

Al fine di porre rimedio a tale situazione e ai suoi riflessi in termini di minore capacità attrattiva rispetto agli investimenti privati, di cui invece il sistema di produzione e trasmissione di elettricità avrebbe bisogno, il legislatore federale e la FERC hanno messo in campo diversi interventi di rilievo nel corso degli ultimi anni, funzionali alla realizzazione di programmi, se non su scala nazionale, almeno su base regionale.

La prima azione, attuata negli anni Novanta, è stata l'istituzione delle *Regional Transmission Organizations* (RTOs). Con il fine di correggere un mercato elettrico tradizionalmente caratterizzato dalla presenza di compagnie verticalmente integrate, proprietarie delle reti, e operanti in modo esclusivo nei settori della produzione, distribuzione e trasmissione di energia, già nel 1996 la commissione aveva emanato il fondamentale *Order n. 888*⁴⁷⁶. Tale provvedimento era diretto a evitare che le *public utilities* assumessero atteggiamenti discriminatori, negando determinati servizi di trasmissione alle imprese che delle predette reti dovessero fare necessariamente uso per erogare i propri servizi, oppure offrendo l'accesso alle infrastrutture a condizioni meno vantaggiose rispetto a quelle praticate alle proprie divisioni commerciali e operative. Questo provvedimento di liberalizzazione obbligava le *public utilities* a garantire un «nondiscriminatory open access» alle proprie reti di trasmissione a condizioni economiche prestabilite e trasparenti (c.d. *Pro forma Open Access Transmission Tariff* (OATT)⁴⁷⁷.

Il suddetto atto legislativo conteneva già i principi sui quali costituire, su base volontaria, gli *Independent System Operators* (ISOs), strutture indipendenti che avevano originariamente solo il compito di gestire le reti di trasmissione regionale, in maniera che l'accesso alle reti fosse garantito in modo non discriminatorio. Il successo di queste

⁴⁷⁵ Sulla giurisprudenza della Corte Suprema in tema di suddivisione delle competenze tra Stato federale e singoli stati in materia energetica si veda M. Anderson, *Note: The Role of The States in Energy Regulation*, in *Energy L. J.*, 4, 1983, 255.

⁴⁷⁶ *Order No. 888, Promoting Wholesale Competition Through Open Access Non-Discriminatory Transmission Services by Public Utilities; Recovery of Stranded Costs by Public Utilities and Transmitting Utilities*, F.E.R.C. STATS. & REGS. 31,036, 61 Fed. Reg. 21,540 (1996).

⁴⁷⁷ A tutte le *public utilities* proprietarie, o comunque in controllo delle reti, era richiesto «[T]o file open access non-discriminatory transmission tariffs containing, at a minimum, the non-price terms and conditions set forth in the Order, and (...) functionally unbundle wholesale power services. Under functional unbundling, the public utility must: (1) take transmission services under the same tariff of general applicability as do others; (2) state separate rates for wholesale generation, transmission, and ancillary services; and (3) rely on the same electronic information network that its transmission customers rely on to obtain information about its transmission system when buying or selling power». Cfr. J. S. Moot, *Whither Order No. 888?*, in *Energy L.J.*, 26, 2005, 327.

organizzazioni spinse la FERC ad aumentare gli sforzi verso una gestione quanto più trasparente, indipendente e ispirata ai principi concorrenziali del mercato energetico all'ingrosso, espandendo le funzioni degli ISOs oltre l'esclusiva gestione delle reti di trasmissione⁴⁷⁸.

Con l'*Order n. 2000* del 1999 furono quindi promosse le *Regional Transmission Organizations* (RTOs)⁴⁷⁹, organizzazioni no-profit sempre indipendenti dagli operatori economici che proseguirono l'esperienza degli ISOs nell'esercizio delle competenze relative alla gestione dei sistemi di trasmissione interstatale all'interno di macro-regioni, risoluzione delle congestioni attraverso strumenti di mercato e definizione delle tariffe di trasmissione⁴⁸⁰. Le RTOs acquisirono inoltre l'ulteriore funzione di coordinamento dei programmi di sviluppo, espansione e investimento delle infrastrutture a rete nelle medesime aree sottoposte al loro controllo. L'adesione alle nuove strutture, che si andavano ad affiancare agli ISOs senza sostituirli, rimaneva sempre volontaria. La FERC esercitò tuttavia una notevole pressione sulle *utilities* affinché vi aderissero (attraverso una sorta di sistema di *comply or explain* e garantendo ai soggetti partecipanti un ritorno sugli investimenti del 12%), nel convincimento che una «better regional coordination in areas such as maintenance of transmission and generation systems and transmission planning and operation» avrebbero aumentato l'affidabilità del sistema energetico e il suo livello di concorrenzialità⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ Cfr. M. H. Dworkin, R. A. Goldwasser, *Ensuring Consideration of the Public Interest in the Governance and Accountability of Regional Transmission Organizations*, in *Energy L.J.*, 28, 2007, 552, in cui è effettuata anche un'analisi della *governance* delle RTOs e dei loro sistemi di finanziamento.

⁴⁷⁹ *Order No. 2000*, F.E.R.C. STATS & REGS. 31,089 (1999). Una RTO viene definita come «An entity that is independent from all generation and power marketing interests and has exclusive responsibility for grid operations, short-term reliability, and transmission service within a region» (art. 116).

⁴⁸⁰ M. H. Dworkin, R. A. Goldwasser, *op. cit.*, 553, elencano alcune delle funzioni tipicamente svolte dalle RTOs: «In addition to operating the OATT, RTOs perform some, if not all, of the following tasks: Dispatch-the commands to turn on, turn off, hold in readiness, or repair significant generating units; Transmission scheduling-the decisions to open, close, or reserve transmission lines and to schedule, implement or defer desired maintenance; Planning-the projection of expected demand and potential and preferred ways of meeting that demand; Market management-conducting auctions which give participants the price signals to match scheduled load with expected demand; Market monitoring-maintaining market discipline based upon monitoring for and enforcement of sanctions for that abuse; and in the case of non-profit RTOs, the collection of billions of dollars through charges on the use of monopoly wires to be distributed to transmission owners in ways that will compensate past and incentivize future investment».

⁴⁸¹ *Id.*, 30, 999. Vedi *Bangor Hydro-Electric Co.*, F.E.R.C. Docket No. RTOI-86-000, at 2 (July 12, 2001), in cui si legge: «The Commission has been attempting to facilitate the development of large, regional transmission organizations since we issued Order No. 2000. We favor the development of one RTO for the Northeast, one RTO for the Midwest, one RTO for the Southeast, and one RTO for the West. Through their independence from market participants, RTOs can ensure truly nondiscriminatory transmission service and will instill confidence in the market that will support the billions of dollars of capital investment in generation and demand side projects necessary to support a robust, reliable and competitive electricity marketplace. RTOs are the platform on which our expectations of the substantial generation cost savings to American consumers are based». All'interno di ogni RTO è inoltre presente una «market monitoring unit»

L'obiettivo generale delle nuove strutture era ed è quello di garantire che i produttori, i fornitori nel *wholesale market* e le compagnie che si rivolgono agli utenti finali ("load-serving entities"), siano nel complesso in grado di fornire elettricità sufficiente a incontrare la domanda dei consumatori, senza intaccare le riserve energetiche. Pur mantenendo per sé il ruolo di regolatore generale e finale del mercato energetico all'ingrosso su tutto il territorio nazionale, la FERC ha affidato alle RTOs l'ambizioso compito di determinare alcune importanti regole per i mercati regionali, tra le quali i termini dell'attività di trasmissione e, sotto l'aspetto puramente infrastrutturale, l'attività di pianificazione delle reti necessaria a supportare un adeguato utilizzo delle risorse.

A tal fine, le RTOs devono dotarsi di un piano di monitoraggio delle porzioni di mercato dalle stesse amministrate, funzionale a garantire un'adeguata e obiettiva circolazione di informazioni, che permetteranno di intraprendere le azioni necessarie ad aumentare l'efficienza del sistema⁴⁸². Esse, infine, non operano esclusivamente all'interno della loro "giurisdizione", ma anzi possono creare e promuovere lo sviluppo di *spot markets* regionali nuovi, che travalichino i confini geografici dell'area inizialmente loro affidata, incoraggiando altre RTOs ad adottare un metodo condiviso di definizione dei prezzi di trasmissione⁴⁸³.

Il successo di queste strutture nel contemperare le esigenze della produzione energetica con quelle della concorrenza, tuttavia, è stato relativo: da un lato, infatti, non sono state sempre capaci di mediare alcuni conflitti interni emersi tra i diversi interessi presenti nelle organizzazioni, soprattutto relativi ai criteri di allocazione dei costi e ai programmi di aumento dello sfruttamento delle energie rinnovabili⁴⁸⁴; dall'altro, in alcune zone del Paese, come nel sud-est o nelle aree occidentali, le RTOs non sono neanche mai state istituite⁴⁸⁵. Al contrario, il tentativo della FERC di estenderne il modello a tutti gli

che, tra le altre funzioni, riporta alla FERC eventuali problemi e violazioni commesse dai privati nel mercato di riferimento. Sul punto v. Hon. S. G. Kelly, M.F. Vouras, J. S. Amerkhaif, *The Subdelegation Doctrine and the Application of Reference Prices in Mitigating Market Power*, in *Energy L. J.*, 26, 2005, 297 ss.

⁴⁸² Cfr. J. P. Perkins, *Electric Capacity Markets and Resource Adequacy: Recommendations to Properly Balance Competition and Reliability in RTO and ISO Regions*, in *Geo. Wash. J. Energy & Envtl. L.*, 5, 2014, 29.

⁴⁸³ Cfr. R. Pierce, M. Trebilcock, E. Thomas, *Regional Electricity Market Integration. A comparative Perspective*, in *Competition & Reg. Network Indus.*, 8, 2007, 230.

⁴⁸⁴ Così, G. Bellantuono, *op. cit.*, 76, che evidenzia come i progetti di aumento dell'utilizzo delle fonti rinnovabili siano stati spesso osteggiati dai gestori delle reti, interessati a perseguire lo sfruttamento delle linee ed energie tradizionali, mantenendo i medesimi margini di guadagno.

⁴⁸⁵ R. Pierce, M. Trebilcock, E. Thomas, *op. cit.*, 232, affermano che le modifiche strutturali apportate al sistema energetico U.S.A. dall'istituzione delle RTOs «worked reasonably well in those parts of the United States in which FERC has been successful in inducing market participants to adopt the structure: the Northeast, mid-Atlantic, and Midwest. It has had no effect in the Southeast and West, where market

Stati Uniti, con lo *Standard Market Design Proposal* del 2002, attraverso la definizione di regole uniche e comuni per l'intero mercato energetico all'ingrosso degli U.S.A., venne affossato dal Congresso⁴⁸⁶.

1.4. I tentativi di superare i limiti derivanti dal policentrismo regolatorio

Il problema di fondo che qualunque intervento settoriale in tema di programmazione infrastrutturale deve affrontare, riguarda l'assenza di un chiaro e univoco mandato da parte del legislatore teso a trasferire a livello federale tutte, o molte delle competenze necessarie. In diverse occasioni, infatti, proposte che si muovevano in tale direzione sono state oggetto di ostruzionismo da parte di numerosi parlamentari e di un forte contrasto politico da parte di quegli Stati caratterizzati da mercati energetici non ancora completamente liberalizzati⁴⁸⁷.

Un'eccezione è rappresentata dall'*Energy Policy Act* del 2005 (EPA) che, inserendosi all'interno di un più ampio progetto legislativo volto ad accentrare nella FERC tutti i poteri di regolazione federale relativi al comparto energetico, conteneva importanti disposizioni tese a superare la frammentarietà del quadro autorizzatorio in materia di infrastrutture di produzione e trasmissione di energia elettrica. A tal fine, la FERC è stata dotata del potere di rilasciare autorizzazioni generali alla costruzione di nuove linee di trasmissione elettrica interstatali (o alla modifica di quelle esistenti) all'interno di corridoi di trasmissione elettrica di interesse nazionale ("national interest transmission corridors") preventivamente individuati dal Dipartimento dell'energia in quanto caratterizzati da problemi di congestione o insufficiente capacità di trasmissione⁴⁸⁸. Questo potere, tuttavia, è esercitabile esclusivamente in caso di inerzia da parte della competente autorità statale,

participants and state regulators have refused to adopt the FERC model. With the exception of the now controversial and abandoned effort to restructure the California market, there has been no meaningful restructuring of electricity markets in the West or Southeast. In those regions, most utilities continue to operate as vertically integrated monopolies».

⁴⁸⁶ Sui limiti delle RTOs, in generale, si veda R. J. Pierce, Jr., *Why FERC Must Mandate Efficiently-Structured ISOs-Now!*, in *Elec. J.*, 12, 1999, 49; *Id.*, *Regional Transmission Organizations: Federal Limitations Needed For Tort Liability*, in *Energy L. J.*, 23, 2002, 62 ss.

⁴⁸⁷ È il caso dell'*American Clean Energy and Security Act of 2009* (H.R. 2454 of the 111th Congress) che, approvato con una maggioranza risicata in prima lettura dalla Camera dei rappresentanti, non fu mai neanche presentato al Senato. La legge, se varata, avrebbe obbligato entro il 2020 i produttori di energia elettrica a soddisfare la propria domanda per almeno il 20% attraverso energie rinnovabili. Il provvedimento, inoltre, avrebbe modernizzato la rete elettrica, delegando alla FERC la funzione di determinare i principi generali cui la pianificazione delle reti su tutto il territorio nazionale si sarebbe dovuta ispirare.

⁴⁸⁸ Il DOE è chiamato a individuare «any geographic area experiencing electric energy transmission capacity constraints or congestion that adversely affects consumers as a national interest electric transmission corridor».

prolungatasi per più di un anno dal ricevimento della richiesta di autorizzazione, o nel caso in cui uno Stato abbia approvato il progetto ma a condizioni economicamente non sostenibili o comunque tali da non ridurre significativamente i problemi di congestione interstatale⁴⁸⁹. La commissione è stata però “ingabbiata” nel concreto esercizio di tale competenza (c.d. “backstop siting authority”), soprattutto in seguito ad alcune pronunce giurisprudenziali che hanno interpretato restrittivamente le disposizioni dell’EPA, impedendo di fatto alla FERC di autorizzare la costruzione di nuove reti scavalcando l’intervento delle competenti autorità statali⁴⁹⁰.

L’EPA, infine, permette a tre o più Stati di accordarsi per la creazione di un’agenzia regionale comune per l’ubicazione delle linee di trasmissione trans-statali. Gli Stati sarebbero in teoria incentivati alla costituzione di tali organismi condivisi: la FERC, infatti, non può esercitare la propria “backstop authority” e autorizzare la costruzione di nuove linee in uno Stato parte di tali accordi⁴⁹¹. Anche in questo caso, però, il mancato esercizio del potere autorizzatorio generale da parte della FERC ha di fatto posto nel nulla tale incentivo e, a oggi, nessuna agenzia condivisa è stata istituita.

⁴⁸⁹ *Energy Policy Act*, Section n. 1221 (16 U.S.C. § 824p(a) (2008). Cfr. Barton, L. K. Barrera-Hernandez, A. R. Lucas, A. Ronne (ed.), *Regulating Energy and Natural Resources*, op. cit., 120-121, che evidenziano come alla base della misura vi fosse la necessità di superare gli atteggiamenti ostruzionistici degli stati, spesso vittime della c.d. “sindrome NIMBY” (*Not in my back-yard*) rispetto alla costruzione di nuove infrastrutture sui propri territori. Un’ulteriore ragione a supporto del tentativo di accentramento in capo alla FERC delle suddette funzioni deve individuarsi nel *blackout* che interessò nel 2003 gli stati del nord-est e del *Midwest*, facendo rimanere circa 50 milioni di persone senza elettricità in stati come Ohio, New York, Michigan, Connecticut, New Jersey e Massachusetts. Per il rapporto di causa-effetto tra il *blackout* e la riforma contenuta nell’EPA del 2005, si veda l’*House Energy and Commerce Committee Report on the Legislation* (H.R. Rep. No. 109-215, at 171 (2005). L’EPA, inoltre, attribuì al Segretario del DOE e alle altre autorità federali responsabili a rilasciare le autorizzazioni necessarie alla costruzione di reti di trasmissione, il compito di cooperare e implementare le procedure volte velocizzare e ottimizzare i processi conseguenti alla richiesta di localizzazione di nuove linee sui territori federali.

⁴⁹⁰ Cfr. G. Bellantuono, op. cit., 74. In questo senso, per esempio, si è espressa la *U.S. Court of Appeal for the Fourth Circuit* nel primo caso riguardante la “backstop authority” della FERC nel caso *Piedmont Environmental Council v. FERC* (558 F.3d 304, 314 (4th Cir. 2009). In questo caso, alcuni stati ritenevano, e la Corte con loro, che la FERC non avesse interpretato in modo corretto (ma anzi arbitrario) la norma che la autorizzava a intervenire in sostituzione delle amministrazioni statali in caso di inerzia di queste ultime, ritenendo inclusa in tale fattispecie anche la diversa ipotesi in cui una richiesta di autorizzazione fosse pervenuta allo Stato competente e successivamente oggetto di diniego. Ciò, da un punto di vista pratico, concede agli Stati la facoltà di evitare applicazione della Section 1221 dell’EPA semplicemente negando ogni richiesta di autorizzazione alla costruzione di nuove linee di trasmissione, «rather than taking too long to act or conditioning an approval excessively». In questi termini, D. Swanstrom, M. M. Jolivet, *Doe Transmission Corridor Designations & Ferc Backstop Siting Authority: Has the Energy Policy Act of 2005 Succeeded in Stimulating The Development of New Transmission Facilities?*, in *Energy L. J.*, 30, 2009, 449. Già nel 2007, inoltre, il DOE aveva per la prima volta individuato due corridoi di trasmissione interstatale, uno nel sud-est (dall’Arizona alla California) e l’altro nell’area atlantica (dallo Stato di New York a Washington D.C.). Nel 2011, tuttavia, la Corte di Appello federale del nono circuito considerò illegittime le designazioni effettuate dal Dipartimento, in quanto non aveva adeguatamente consultato le autorità degli Stati interessati (*Cal. Wilderness Coal. v. U.S. Dep’t of Energy*, 631 F.3d 1072, 1079(9th Cir. 2011).

⁴⁹¹ *Energy Policy Act of 2005*, Pub. L. 109-58, § 1221(i)(4).

Nel 2007 si è registrato un nuovo tentativo di incoraggiare una pianificazione delle infrastrutture ispirata a principi e obiettivi comuni, con l'adozione da parte della FERC dell'*Order n. 890*⁴⁹². Tale provvedimento aveva il fine di correggere alcune inadeguatezze riscontrate nel funzionamento del sistema di programmazione delle linee di trasmissione inaugurato con il precedente *Order n. 888*, che si era rivelato insufficiente sia sul piano dell'eliminazione delle discriminazioni all'ingresso nel mercato, sia su quello dell'attrazione degli investimenti necessari a evitare il ripetersi di fenomeni di congestione e aumento dei prezzi al consumo.

La FERC introdusse diverse modifiche al processo di pianificazione delle reti da parte delle autorità statali e delle RTOs, stabilendo innanzitutto l'obbligo di definire piani di sviluppo coerenti con i principi di trasparenza (indicando i criteri e i dati da utilizzare nella definizione dei piani di trasmissione, oltre a ulteriori doveri informativi) e partecipazione da parte di tutti gli *stakeholders* coinvolti e interessati. Nonostante il significativo miglioramento che tale provvedimento ha apportato al sistema di pianificazione delle infrastrutture elettriche, soprattutto a livello regionale, la commissione ne ha anche evidenziato a più riprese i limiti (soprattutto sul piano degli investimenti ancora necessari a ristrutturare tutto il sistema di trasmissione degli Stati Uniti), derivanti in gran parte dalla inesistenza di un obbligo legale per i gestori delle reti di rispettare i principi di pianificazione, con la conseguente necessità di varare riforme più incisive⁴⁹³.

L'ultimo rilevante intervento in ordine di tempo, sempre contenuto in un provvedimento amministrativo della FERC e non in un atto legislativo del Congresso, è rappresentato dall'*Order n. 1000*⁴⁹⁴, adottato nel 2011 proprio per porre rimedio alle deficienze dimostrate dal precedente provvedimento. Tale atto si è dimostrato l'intervento

⁴⁹² *Preventing Undue Discrimination and Preference in Transmission Service, Order No. 890*, FERC Stats. & Regs. 31,241, p. 422 (March 5th 2007).

⁴⁹³ Cfr. N. A. McTyre, *FERC's Order No. 1000 From a Historical Perspective: Restructuring and Reorganization of Electric Transmission Markets From 1996 Until Present*, Geo. Wash. J. Energy & Envtl. L., 2015, 52, che afferma come «[w]ithout a mandatory regional transmission planning process, transmission providers would not have enough information to determine which projects could most efficiently satisfy regional needs». Inoltre, «existing transmission planning processes failed to account for public policy requirements established by state or federal law, such as renewable energy standards, resulting in inadequate opportunity for transmission providers to integrate renewable generation resources into the transmission system». L'ulteriore limite dell'*Order n. 890* (ma anche dell'antecedente *Order n. 888*), consisteva, infine, nell'incapacità di porre fine o comunque di limitare in maniera determinante l'insorgere di atteggiamenti discriminatori nei confronti degli operatori *non-incumbent* che, seppure intenzionati a implementare piani e programmi di sviluppo delle reti a livello regionale o in alcune aree, vi erano impossibilitati dall'atteggiamento di chiusura da parte dei proprietari delle reti esistenti (c.d. "right of refusal").

⁴⁹⁴ *Transmission Planning and Cost Allocation by Transmission Owning and Operating Public Utilities, Order No. 1000*, 136 Ferc, 61, 051, July 21st 2011.

maggiormente avanzato sulla strada della definizione di principi comuni in materia di reti e infrastrutture a livello macro-regionale.

Ogni gestore di reti di trasmissione⁴⁹⁵ è obbligato a partecipare a un procedimento di pianificazione regionale, per programmare la costruzione e localizzazione delle relative infrastrutture, in maniera da soddisfare i principi contenuti nell'*Order n. 890*⁴⁹⁶. Tali processi di pianificazione dovranno condurre all'approvazione di piani regionali che tengano in considerazione le esigenze di natura pubblica e gli obiettivi fissati a livello locale, statale o federale⁴⁹⁷. I gestori operanti in regioni di confine dovranno coordinarsi qualora vi sia la possibilità di adottare soluzioni condivise che si dimostrino più efficienti rispetto alle esigenze di trasmissione⁴⁹⁸. La commissione, infine, obbliga i gestori a eliminare ogni diritto di prelazione sulla realizzazione di nuove reti ("right of first refusal") a favore degli operatori *incumbent*, individuati dai piani regionali⁴⁹⁹.

Come testimoniato dall'*Order n. 1000*, la completa assenza di un livello di regolazione nazionale sugli interventi da realizzare sulle infrastrutture elettriche, funzionale a modernizzare il sistema infrastrutturale statunitense, attraendo i necessari investimenti privati, rappresenta un problema cui non si è cercato di dare risposta (né si è potuto) attraverso una totale allocazione delle relative competenze in capo al regolatore federale, sottraendo spazio agli Stati. Si è tentato, piuttosto, di inserire degli elementi "gerarchici" all'interno dell'assetto esistente, finalizzati a correggerne l'altrimenti assoluto policentrismo (difficile sperare, infatti, in un coordinamento spontaneo e "dal basso" da parte degli Stati), aumentando il ruolo della FERC almeno nella definizione di principi e obiettivi generali⁵⁰⁰.

⁴⁹⁵ Il provvedimento parla di "public utility transmission provider", riprendendo la terminologia del Federal Power Act che, appunto, si riferisce a questi ultimi come «any person who owns or operates facilities [for the transmission of electric energy in interstate commerce and for the sale of electric energy at wholesale in interstate commerce] subject to the jurisdiction of the Commission».

⁴⁹⁶ *Order No. 1000*, FERC Stats. & Regs. 1 31,323, p. 146.

⁴⁹⁷ *Id*, p. 203.

⁴⁹⁸ *Id*, p. 63.

⁴⁹⁹ Cfr. N. A. McTyre, *op. cit.*, 54. Il ROFR viene definito come «a right of an incumbent transmission owner to construct, own, or propose a cost recovery mechanism for a new transmission project located within its own retail service territory».

⁵⁰⁰ È questo l'approccio definito "cooperative federalism", in cui, secondo una logica *top-down*, «the federal government sets the basic policy goals of a regulatory scheme, but states rather than federal subordinates are enlisted to carry out the mandate. These states are generally given some latitude in enforcement as long as they stay within the broad confines of the federal guidelines». Così, D. A. Lyons, *Federalism and the Rise of Renewable Energy: Preserving State and Local Voices in the Green Energy Revolution*, in *Case W. Res. L. Rev.*, 64, 2013-2014, 1651.

Un diverso approccio, invece, è stato seguito cercando di istituire dei livelli decisionali intermedi tra quello federale e quello statale, come nel caso dei piani di trasmissione regionali previsti dall'*Order n. 1000*⁵⁰¹. Il potere di autorizzare la costruzione di nuove infrastrutture (*siting authority*), indipendentemente dalla programmazione degli interventi da effettuare sulle reti di trasmissione, rimane però dislocata in capo agli Stati. Una maggiore integrazione a livello regionale tra le due funzioni sarebbe necessaria, ma non si può attribuire alle RTOs, e alla loro funzione di pianificazione su base volontaria, una tale responsabilità visto che, in quanto soggetti non statali, difettano della necessaria autorità e legittimazione.

Una “regional governance” delle infrastrutture elettriche dovrebbe essere incoraggiata attraverso un approccio *bottom-up* che stimoli e incentivi le autorità statali e locali a lavorare congiuntamente per il raggiungimento di obiettivi a livello macro-regionale⁵⁰² o, più modestamente, le obblighi almeno a tenere in considerazione le esigenze di approvvigionamento e decongestionamento della regione all'interno della quale operano, in ogni procedimento riguardante la costruzione di reti interstatali di trasmissione⁵⁰³.

2. La politica europea per il mercato unico dell'energia: il “terzo pacchetto” del 2009 e il ruolo della regolazione

Il diritto europeo ha svolto da sempre un ruolo primario nel percorso di progressiva liberalizzazione dei mercati dell'energia elettrica e del gas naturale, finalizzato alla costituzione di un mercato europeo unico e integrato. Gli artt. 34 e 35 del Trattato UE (*ex*

⁵⁰¹ In questi termini, G. Bellantuono, *op. cit.*, 78-79.

⁵⁰² Così, D. A. Lyons, *Federalism and the Rise of Renewable Energy*, *cit.*, 1651. È questo l'approccio seguito dall'EPA del 2005 che, idealmente, avrebbe dovuto spingere alla spontanea creazione (dal basso) di strutture locali condivise con compiti di pianificazione e localizzazione delle reti.

⁵⁰³ Cfr. A. B. Klass, *op. cit.*, 1951, che afferma: «Thus, in any siting or eminent domain proceeding for an interstate transmission line, federal law would require state PUCs and state courts to consider regional “need” and regional “public use” rather than in-state need and public use under existing state laws». Come l'A. evidenzia, il modello potrebbe essere rappresentato dal *Telecommunications Act* del 1996 (47 U.S.C. § 332 (2012) che era finalizzato a liberalizzare il settore delle comunicazioni elettroniche e a sviluppare quello della telefonia cellulare, ponendo fine ai comportamenti di molti *city councils* che in tutto il Paese tendevano a negare o ritardare le autorizzazioni per la costruzione di nuove torri di trasmissione per la rete mobile. La legge, anziché sottrarre competenze alla autorità locali, avocandole a livello federale, si limitò a porre una serie di principi che le stesse avrebbero dovuto rispettare (non discriminazione tra i fornitori richiedenti le autorizzazioni; obbligo di dare risposta alle richieste entro un termine ragionevole; possibilità per le compagnie richiedenti di impugnare di fronte a una corte federale l'eventuale diniego), creando una sorta di «hybrid federal-local framework» che permise la creazione di una rete mobile nazionale che tenesse comunque conto delle esigenze espresse dalle singole comunità locali.

artt. 28 e 29 TCE), che vietano le restrizioni quantitative alle importazioni ed esportazioni fra gli Stati membri, d'altro canto, sono sempre stati interpretati nel senso di includere tra le proprie disposizioni anche l'energia, da considerare alla stregua di qualunque altra merce⁵⁰⁴.

L'erogazione di energia, tuttavia, rappresenta un servizio di interesse economico generale che gli Stati hanno storicamente garantito in regime di monopolio, considerando la tutela degli interessi pubblici connessi prevalente rispetto a quelli della concorrenza. Il contemperamento tra queste due esigenze rappresenta da sempre la cifra degli interventi comunitari in materia e, al tempo stesso, un fattore di rallentamento nel processo di realizzazione del mercato unico⁵⁰⁵. Ulteriori circostanze che indubbiamente hanno ritardato il processo di costituzione di un mercato interno dell'energia e di armonizzazione delle regole sono ricollegabili sia alla presenza di interessi economici e strategie politiche diversificate, sia alle rilevanti differenze che caratterizzano i singoli mercati energetici nazionali dal punto di vista della composizione delle fonti di approvvigionamento primario, del livello di dipendenza dalle importazioni e del grado di apertura alla concorrenza⁵⁰⁶.

Il Trattato di Maastricht del 1992 ha per la prima volta inserito tra le competenze dell'Unione europea anche l'adozione di misure in materia di energia, nell'ambito di una strategia politica volta a sviluppare la creazione di reti trans-europee⁵⁰⁷. Il Trattato, tuttavia, non indicava principi e obiettivi generali cui la nuova politica europea in materia dovesse ispirarsi. L'avvio delle liberalizzazioni funzionali alla creazione e implementazione del mercato interno, attraverso l'eliminazione dei monopoli nazionali in modo da "aprire" i mercati nazionali alla concorrenza europea, dunque, si è presentato più

⁵⁰⁴ V., tra le molte, Corte di giustizia UE, 24 aprile 1994, C-393/92, *Comune di Almelo v. Energiebedrijf IJsselmij*; 23 ottobre 1997, C-158/94, *Commissione v. Repubblica italiana*.

⁵⁰⁵ Cfr. F. Vetrò, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, Giappichelli, 2005, 214.

⁵⁰⁶ Cfr. V. Termini, *Dall'armonizzazione al mercato unico dell'energia: ACER – L'agenzia europea per la regolazione dell'energia*, in P. Bilancia (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore*, cit., 136.

⁵⁰⁷ Art. 3, lett. n), t) TCE: «Ai fini enunciati all'articolo 2, l'azione della Comunità comporta, alle condizioni e secondo il ritmo previsti dal presente trattato: (...) n) l'incentivazione della creazione e dello sviluppo di reti transeuropee; (...) t) misure in materia di energia, protezione civile e turismo. Art. 129 B TCE: «Per contribuire al raggiungimento degli obiettivi di cui agli articoli 7 A e 130 A e per consentire ai cittadini dell'Unione, agli operatori economici e alle collettività regionali e locali di beneficiare pienamente dei vantaggi derivanti dall'instaurazione di uno spazio senza frontiere interne, la Comunità concorre alla costituzione e allo sviluppo di reti transeuropee nei settori delle infrastrutture dei trasporti, delle telecomunicazioni e dell'energia».

complesso in questo settore rispetto ad altri, ma le misure volte a costruire il mercato interno sono state numerose nel corso degli anni⁵⁰⁸.

Le prime direttive che hanno stabilito obiettivi e norme comuni per gli Stati membri sono state approvate nel triennio 1996-1998 e prevedevano l'apertura di una quota minima del mercato, anche se all'interno di una cornice normativa che permetteva ancora agli Stati di utilizzare gli ampi margini forniti dal principio di sussidiarietà per mantenere in piedi scelte protezionistiche⁵⁰⁹.

La Commissione è nuovamente intervenuta con la direttiva 2003/54/CE, la direttiva 2003/55/CE nel settore del gas e il regolamento 1228/2003, relativo agli scambi transfrontalieri di energia elettrica. Il fine ultimo di tali provvedimenti di "seconda generazione" era garantire che la liberalizzazione dei mercati interni degli Stati si accompagnasse alla creazione di un ampio e aperto mercato unico europeo dell'energia. I suddetti interventi, infatti, puntarono a sostituire la normativa precedente al fine di superarne i limiti attraverso, ad esempio, l'introduzione dell'accesso regolamentato e basato su tariffe non discriminatorie determinate da un'autorità pubblica; l'obbligo di separazione giuridica tra l'attività di trasmissione e distribuzione di energia elettrica; l'individuazione di un minimo di competenze da riservare alle autorità di regolazione nazionali; la previsione di obblighi di servizio universale⁵¹⁰.

Nel 2009 Parlamento e Consiglio hanno infine varato il c.d. "terzo pacchetto energia", elaborato e presentato nel 2007 dalla Commissione, vero e proprio punto di

⁵⁰⁸ Sul tema in generale si vedano, tra i molti, S. Cassese, *Il governo dell'energia*, Rimini, Maggioli, 1992; M. Fortis, C. Poli, *Le grandi infrastrutture di rete. L'Europa dell'energia: Francia e Italia*, Bologna, Il Mulino, 2004; V. Termini, *La liberalizzazione del settore dell'energia elettrica*, in *Riv. pol. econ.*, 7, 2005; E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2007.

⁵⁰⁹ Direttive 96/92/CE e 98/30/CE del Parlamento e del Consiglio del 22 giugno 1998. Così, G. Napolitano, *La politica europea per il mercato interno dell'energia e il suo impatto sull'ordinamento italiano*, in *Federalismi*, 4, 2012, 4. Le scelte degli Stati in sede di recepimento delle direttive furono diverse tra loro soprattutto dal punto di vista dei tempi previsti per completare i processi di liberalizzazione dei mercati dell'energia elettrica e del gas naturale. Quasi tutti gli Stati, infatti, hanno rispettato la soglia minima di apertura dei mercati, spesso elevandola o realizzando un'integrale liberalizzazione. Tuttavia, ciò non si è accompagnato all'eliminazione delle posizioni dominanti, soprattutto a causa delle diverse tecniche di separazione della gestione delle infrastrutture di volta in volta prescelte, le modalità di accesso alle reti e gli obblighi di servizio universale.

⁵¹⁰ *Ibidem*, 5. E. Ciaralli, *I mercati europei dell'elettricità e del gas. Il terzo pacchetto legislativo presentato dalla Commissione*, in *Merc. conc. regole*, 1, 2008, 179 ss. sottolinea come gli Stati si fossero dimostrati inadempienti rispetto a molte delle prescrizioni contenute nelle direttive europee in questione, in particolare quelle sul mantenimento di tariffe regolamentate, sugli obblighi di separazione dei gestori di rete di trasmissione nazionale (TSO) dalle attività commerciali e sull'indipendenza dei regolatori (cui, tra l'altro, non erano stati conferiti idonei poteri di controllo ed *enforcement*). M. De Bellis, *Energia elettrica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, Giuffrè, 2006, 2189 ss. definisce il servizio universale quale diritto di tutti gli utenti «alla fornitura di energia elettrica di una qualità specifica a prezzi ragionevoli, facilmente e chiaramente comparabili e trasparenti».

svolta nell'elaborazione di una reale politica europea nel comparto energetico⁵¹¹. Attraverso questo intervento, si rafforza il principio della separazione delle attività produttive e vendita di energia da quelle di gestione della rete (*unbundling*), attraverso l'imposizione di obblighi di separazione gestionale o proprietaria in capo alle imprese, pubbliche o private, che operino in forma verticalmente integrata sul mercato⁵¹². Si introduce, inoltre, un meccanismo di coordinamento obbligatorio tra i gestori statali delle reti, istituendo una rete europea dei sistemi di trasmissione di elettricità che ha l'obiettivo di assicurare una gestione ed evoluzione ottimale della rete europea di trasmissione e «superare l'inquadramento esclusivamente nazionale nella gestione delle infrastrutture che è stato all'origine di crisi di capacità e dei *black-out*»⁵¹³.

Si afferma la centralità delle autorità di regolazione nazionali, intervenendo per la prima volta sulla loro posizione istituzionale. Mentre le misure di “seconda generazione” si erano limitate a elencare una serie minima di funzioni che gli Stati avrebbero dovuto riconoscere alle autorità, in questa sede si stabilisce il principio che le autorità di regolazione nazionali dovranno essere necessariamente indipendenti nei confronti dei soggetti regolati e dei governi (si prescrive, infatti, che i membri delle ANR non possono chiedere o ricevere istruzioni dal governo o da altri soggetti pubblici) e caratterizzate da una struttura e da una *governance* che ne preservi l'autonomia organizzativa, operativa e finanziaria. Si prevede, infine, l'istituzione di un'Agenzia per la cooperazione tra i

⁵¹¹ Già nel marzo 2006 la Commissione aveva pubblicato il libro verde “Una strategia europea per un'energia sostenibile, competitiva e sicura”, SEC(2006)317, che conteneva *in nuce* quanto sarebbe poi stato sviluppato dal “terzo pacchetto” sul piano del rafforzamento del mercato interno. Nel documento si legge infatti che «[u]n autentico mercato unico europeo dell'energia elettrica e del gas porterebbe a prezzi inferiori, migliorerebbe la sicurezza di approvvigionamento¹ e promuoverebbe la competitività. Contribuirebbe anche alla preservazione dell'ambiente giacché di fronte alla concorrenza le imprese chiuderebbero gli impianti energetici meno efficienti». Il c.d. “terzo pacchetto” si compone di tre regolamenti (Reg. n.713/09/UE istitutivo dell'ACER; Reg. n. 714/09/UE sulle condizioni di accesso alla rete per gli scambi transfrontalieri di energia elettrica; Reg. n. 715/09/UE relativo alle condizioni di accesso alla rete di trasporto di gas naturale) e due direttive (direttiva n. 2009/72/UE che detta norme comuni per il mercato interno dell'energia; direttiva n. 2009/73/UE relativa al mercato del gas naturale). Tra i primi commenti all'attuazione del “terzo pacchetto” in Italia, attraverso il d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93, si veda, F. Di Cristina, *L'attuazione del “terzo pacchetto” e il nuovo assetto dei mercati energetici*, in *Giorn. dir. amm.*, 9, 2011, 925 ss.

⁵¹² Nella prima ipotesi, le imprese possono continuare a mantenere la proprietà delle reti di trasmissione ma la gestione delle stesse deve essere trasferita a un *independent system operator* (ISO) esterno. Nel caso della separazione proprietaria, che dovrebbe rappresentare la regola, gli Stati sono chiamati a intervenire per impedire che un operatore sia allo stesso tempo controllore di un'impresa di approvvigionamento energetico e di una di trasmissione, dovendosi attuare una distinzione, per l'appunto, sugli assetti proprietari delle due società. Sul punto e sui problemi che gli obblighi di separazione hanno creato, soprattutto in relazione alla reticenza di molti Stati membri a imporre alle imprese specifici obblighi di cessione di alcuni beni (le reti) o la loro gestione, v. A. Canepa, *La costruzione del mercato europeo dell'energia e il difficile percorso del “terzo pacchetto”*, in *Amministrare*, 2, 2009, 218 ss.

⁵¹³ Così, G. Napolitano, *L'agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, in P. Bilancia (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore*, cit., 160.

regolatori nazionali dell'energia, che rappresenta la novità probabilmente più rilevante per il quadro istituzionale europeo⁵¹⁴.

Il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea firmato a Lisbona nel 2009, infine, ha consolidato il predetto assetto, inserendo l'energia tra le materie di competenza concorrente tra Stati membri e Unione⁵¹⁵ e prevedendo quattro finalità fondamentali che entrambi, in «spirito di solidarietà» devono perseguire nel quadro dell'instaurazione e implementazione del mercato interno dell'energia: garantire il funzionamento del mercato energetico; assicurare la sicurezza dell'approvvigionamento energetico dell'Unione; promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie rinnovabili; favorire l'interconnessione delle reti. Tali obiettivi generali rappresentano un'ampia copertura all'adozione, da parte delle istituzioni europee, di incisive misure funzionali a incidere sui mercati e sulle reti nazionali, sugli organi domestici deputati alla regolazione pro-concorrenziale del settore, sulle scelte nazionali in materia ambientale e di fonti energetiche alternative, oppure misure volte al coordinamento tra i gestori delle reti di trasmissione⁵¹⁶.

I provvedimenti costituenti il “terzo pacchetto” devono essere inquadrati all'interno di un più ampio processo di “semplificazione” che ha condotto la politica energetica europea ad affrontare due questioni centrali e tra loro interconnesse: quella della sicurezza degli approvvigionamenti energetici (e quindi dello sviluppo di infrastrutture in grado di garantire una ripartizione efficiente dei flussi) e quella di una crescita ecosostenibile⁵¹⁷. La creazione e il rafforzamento di un mercato unico, competitivo e integrato, in grado di garantire a imprese e cittadini energia sicura e a prezzi non eccessivi, infatti, non possono non legarsi a obiettivi di promozione delle energie rinnovabili e di riduzione delle emissioni inquinanti nel breve-medio periodo⁵¹⁸.

⁵¹⁴ Cfr. G. Napolitano, *La politica europea per il mercato interno dell'energia*, cit., 6-7. Sulle caratteristiche dell'ACER, v. *infra*, par. 2.2.

⁵¹⁵ TFUE, art. 4, lett. i.

⁵¹⁶ Cfr. G. Napolitano, *L'agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, cit., 161.

⁵¹⁷ Così, A. Canepa, *La strategia europea per l'energia: mercato integrato, status prioritario dei progetti per le infrastrutture energetiche ed efficienza energetica*, in C. Buzzacchi (a cura di), *Il mercato dei servizi in Europa. Tra misure pro-competitive e vincoli interni*, Milano, Giuffrè, 2014, 142.

⁵¹⁸ *Ibidem*. Si vedano la comunicazione della Commissione europea del 3 marzo 2010, COM (2010) 2020, *Europa 2020: una strategia per una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva* e le direttive n. 2009/28/UE, n. 2009/29/UE, n. 2009/31/UE (“Green package”), contenenti i c.d. “traguardi 20-20-20”: incremento del 20% di energia prodotta da fonti rinnovabili; incremento del 20% dell'efficienza energetica; riduzione del 20% delle emissioni inquinanti. Tutti obiettivi da perseguire entro il 2020. L'Unione ha inoltre stabilito gli obiettivi da raggiungere entro il 2030: ridurre del 40% i gas serra; ottenere almeno il 27% dell'energia da fonti rinnovabili; aumentare l'efficienza energetica del 27-30%; portare l'interconnessione elettrica all'interno dei confini dell'UE al 15%. In generale, M. Cocconi, *Programmazione e regolazione*

Un ruolo nevralgico nei processi di liberalizzazione dei mercati energetici è indubbiamente svolto dalla regolazione che, nei casi in cui permangano monopoli naturali, deve assicurare un libero accesso alle reti di trasmissione e distribuzione, tariffe eque e non discriminatorie e tutelare i consumatori⁵¹⁹. Alla regolazione, inoltre, «si devono associare strumenti di *policy* in un’ottica dinamica, di lungo periodo, per continuare a garantire, laddove possibile, la sicurezza di approvvigionamento dei Paesi membri; la quale, una volta ridimensionati i “campioni nazionali” nel processo di liberalizzazione del mercato, non potrà più essere assicurata dalla forza negoziale della grande impresa di Stato, monopolista pubblico»⁵²⁰.

In seguito all’adozione delle misure costituenti il “terzo pacchetto” il sistema europeo della regolazione si è rafforzato e consolidato sia sul piano nazionale sia su quello comunitario. Dal primo punto di vista, la definizione di uno statuto minimo di indipendenza istituzionale, operativa e finanziaria per le autorità di regolazione domestiche, infatti, si accompagna a una definizione più puntale e ampia delle loro competenze e dei loro poteri⁵²¹. Viene dunque riconosciuto un fondamentale ruolo alle autorità amministrative indipendenti nel processo di integrazione europea, potendo le stesse svolgere il ruolo di “cerniera” tra istituzioni rappresentative nazionali, categorie (in virtù del loro ruolo di vigilanza dei mercati di settore e ai poteri di segnalazione e proposta

dell’energia elettrica da fonte rinnovabile, in *Il diritto dell’economia*, 1, 2014, 131 ss. Per un quadro d’insieme sulle politiche europee in tema di efficienza energetica si veda L. Carbone, G. Napolitano, A. Zoppini, *Annuario di diritto dell’energia. Politiche pubbliche e disciplina dell’efficienza energetica*, Bologna, Il Mulino, 2016.

⁵¹⁹ Sul ruolo della regolazione nella tutela dei consumatori finali in Italia si veda A. Police, *Distribuzione del gas e protezione degli utenti: il ruolo dell’Autorità per l’Energia Elettrica ed il Gas*, in G. Napolitano, A. Zoppini, *Annuario di diritto dell’energia 2013. Quali regole per il mercato del gas?*, Bologna, Il Mulino, 2014, 217 ss.

⁵²⁰ Così. V. Termini, *Dall’armonizzazione al mercato unico dell’energia*, cit., 135.

⁵²¹ Cfr. l’art. 37 della direttiva n. 2009/72/UE, relativa al settore dell’energia elettrica, e l’art. 41 della direttiva n. 2009/73/UE relativa al gas naturale. Si aggiunga, inoltre, che nello stesso arco temporale alcuni Paesi che ancora non ne erano dotati, come la Germania, hanno istituito appositi organismi di regolazione per il settore energetico. E. Bruti Liberati, *La nuova governance europea dei mercati energetici*, in AA.VV., *La regolazione dei mercati energetici nel “terzo pacchetto” comunitario*, Milano, Vita e Pensiero, 2010, 59, evidenzia come la disciplina del “terzo pacchetto” presenti tuttavia tre limiti: in primo luogo, nonostante la previsione esplicita dei casi in cui è ammissibile la revoca dei membri delle ANR, nulla dicono le direttive sui requisiti e le procedure di nomina dei vertici delle stesse. In secondo luogo, la tecnica utilizzata per definire le competenze delle ANR appare troppo vaga (principi generali cui si accompagna la determinazione non di poteri definiti in modo chiaro, ma «mere tipologie di poteri») aprendo la strada a possibili dubbi e controversie sui poteri impliciti. Infine, la previsione che impone agli Stati di designare un’autorità di regolazione nazionale non è inderogabile ma, anzi, può essere aggirata dagli Stati a favore di altri organi pubblici, come i ministeri.

ai governi e agli organi legislativi) e istituzioni europee, nei cui confronti sono chiamate anche a svolgere un ruolo ausiliario⁵²².

Per quanto invece riguarda il livello comunitario, già nel periodo tra i provvedimenti del 2003 e il “terzo pacchetto” erano state implementate e migliorate le forme di coordinamento e confronto tra le singole ANR, grazie alla creazione dell’ERGEG, in cui i singoli regolatori hanno la possibilità di entrare in contatto diretto con la Commissione, senza l’intermediazione necessaria dei propri governi (v. *infra* par. 2.1.). La creazione di un’agenzia europea deputata a svolgere il compito di catalizzatore della cooperazione tra le ANR, al fine di armonizzare la regolazione transfrontaliera e rimuovere gli ostacoli alla creazione del mercato integrato, infine, rappresenta l’elemento di maggior rilievo contenuto nelle misure del 2009, che va nella direzione della creazione di un livello di regolazione per la prima volta originariamente europeo.

2.1. La cooperazione a rete tra le autorità di regolazione dell’energia: dal CEER all’ACER

La costruzione dell’ACER rappresenta un passaggio fondamentale dell’intero “terzo pacchetto” e una novità assoluta nel panorama della *governance* del settore energetico. L’istituzione di un’agenzia europea, centralizzata e indipendente, per la cooperazione dei regolatori nazionali si è resa necessaria per permettere agli Stati membri di cooperare in maniera stabile e prolifica per rimuovere tutti gli ostacoli agli scambi transfrontalieri di elettricità e gas, al fine di raggiungere gli obiettivi che la politica energetica europea si pone, colmare il vuoto normativo a livello comunitario e contribuire all’efficace funzionamento dei mercati energetici interni.

L’Agenzia dovrebbe altresì «consentire alle autorità nazionali di regolamentazione di intensificare la loro cooperazione a livello comunitario e di partecipare, su base di reciprocità, all’esercizio di funzioni a livello comunitario»⁵²³. L’obiettivo primario dell’Agenzia è quello di rafforzare la regolazione europea attraverso una nuova forma di collaborazione orizzontale tra le autorità di regolazione nazionali, soprattutto al fine di

⁵²² Cfr. P. Bilancia, *Attività normativa delle autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in S. Labriola (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 1999, 175.

⁵²³ Regolamento (CE) n. 713/2009 del Parlamento e del Consiglio del 13 luglio 2009, considerando n. 5.

intervenire in modo più deciso sul sistema degli scambi transfrontalieri, caratterizzato da un elevato *gap* regolatorio tra i diversi mercati domestici⁵²⁴.

La rimozione degli ostacoli agli scambi e la riduzione delle differenze tra i vari Stati membri nell'attuazione degli obblighi di derivazione europea rappresentano, in realtà, obiettivi perseguiti già in precedenza attraverso altre forme di coordinamento spontanee basate sulla creazione di reti tra le singole autorità nazionali. Composti da autorità nazionali di regolazione, strumentali alla produzione e acquisizione di informazioni da porre successivamente alla base dei provvedimenti di regolazione del settore, questi *networks* hanno successivamente iniziato a svolgere, su impulso delle istituzioni comunitarie, un ruolo di facilitazione della cooperazione orizzontale, nel perseguimento di obiettivi pubblici condivisi e determinati a livello europeo⁵²⁵. Con l'avvio delle liberalizzazioni in un settore come quello energetico, caratterizzato dal fondamentale ruolo svolto dalle reti nell'erogazione dei servizi e nel collegamento tra domanda e offerta, infatti, fu da subito chiaro come fosse necessario creare organismi di raccordo, in grado di garantire un più stretto coordinamento tra le autorità indipendenti nazionali con funzioni di regolazione nello stesso mercato e tra questi e la Commissione europea⁵²⁶.

Le prime forme di cooperazione amministrativa tra le autorità pubbliche competenti si svilupparono all'interno di sedi informali volte a realizzare un coordinamento orizzontale su base volontaria tra le ANR, i governi nazionali, le istituzioni comunitarie e gli *stakeholders*⁵²⁷. Alla fine degli anni Novanta, su impulso della Commissione, vennero creati il *Forum* di Firenze per l'energia elettrica (1998, *European Electricity Regulatory Forum*) e il *Forum* di Madrid dedicato al gas naturale (1999, *European Gas Regulatory*

⁵²⁴ L. Ammannati, *L'Agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell'energia: organismo europeo di regolazione o di coordinamento dei regolatori nazionali?*, in P. Bilancia (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore*, cit., 198.

⁵²⁵ Sul ruolo e sulle caratteristiche generali dei *regulatory networks*, istituiti contestualmente anche in altri settori, v. *supra*, Cap. II, par. 2.1.

⁵²⁶ Cfr. F. Scuto, *La governance del settore energia e gas attraverso la «rete» europea delle autorità indipendenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2007, 282. G. Della Cananea, *L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica e il gas*, cit., 1387-1388, sottolinea come alla base delle modifiche apportate nel corso degli ultimi anni al sistema di *governance* dell'energia vi sia una chiara impostazione ideologica, secondo cui «l'Unione dovrebbe assumere la disciplina e il controllo del mercato dell'energia elettrica. L'assunto è che l'unificazione del mercato richieda quella del governo dell'energia. Più che le motivazioni addotte a sostegno di questa opzione (la dipendenza da fonti di approvvigionamento esterne, la necessità di negoziare con il cartello dei Paesi produttori di petrolio, l'OPEC), interessa il modello di pubblico potere cui essa si ispira, che è chiaramente di tipo monista. Venuta meno la coestensione del mercato e dello Stato, quest'ultimo verrebbe sostituito dall'Unione europea».

⁵²⁷ La cooperazione tra i regolatori dell'energia ebbe inizio con un incontro tra le competenti autorità di regolazione di Italia, Spagna e Portogallo che si riunirono di propria iniziativa a Lisbona nel 1997 e, in seguito, in altri seminari tenutisi fino al 1998.

Forum), il cui obiettivo era quello di istituire un luogo di incontro volontario tra i regolatori nazionali interessati alla costruzione del mercato unico, favorendo un costante scambio di informazioni ed esperienze e, in alcuni casi, l'adozione di soluzioni comuni a questioni condivise (attraverso l'approvazione di codici di comportamento)⁵²⁸.

L'elevata informalità dei *fora* e l'eccessivo numero di soggetti partecipanti (e dei relativi eterogenei interessi) impedirono tuttavia che questi appuntamenti si trasformassero in reali occasioni per individuare soluzioni efficaci al *regulatory gap* e realizzare una regolazione maggiormente coordinata. A tal fine, nel 2000, su iniziativa delle stesse ANR, che adottarono un apposito *memorandum of understanding*, venne creato il CEER (Consiglio dei regolatori europei dell'energia), i cui obiettivi consistevano nella promozione, attraverso una cooperazione rafforzata, dello sviluppo dei mercati del gas e dell'elettricità; nel dialogo continuo e nello scambio di informazioni e conoscenze; nello sviluppo di approcci comuni⁵²⁹.

Il CEER nacque per raggiungere fondamentalmente due risultati: aumentare il peso delle autorità nazionali di regolazione a discapito di altri soggetti coinvolti nei *fora*⁵³⁰ e implementare i rapporti verticali e la collaborazione con la Commissione europea, permettendo alle ANR di parlare con una sola voce⁵³¹. Ancora una volta, però, il limite operativo maggiore del CEER, indubbiamente utile per favorire l'elaborazione di posizioni comuni e lo scambio di informazioni, si dimostrò la volontarietà che caratterizzava l'attuazione domestica degli accordi raggiunti tra i regolatori nazionali, nonché l'assenza di una effettiva legittimazione giuridica di diritto europeo.

Per ovviare a tali lacune, la Commissione, con la decisione n. 2003/796/CE del 14 novembre 2003, istituì il «Gruppo dei regolatori europei per il gas e l'energia elettrica» (ERGEG), che si inserisce all'interno di una più ampia tendenza alla formalizzazione e

⁵²⁸ Cfr. A. Canepa, *Reti europee in cammino*, cit., 50.

⁵²⁹ *Ibidem*, 50-51. Sul CEER, in generale, si vedano L. Ammannati, *La regolazione «cooperativa» del mercato interno dell'energia e l'organizzazione comune tra i regolatori europei dell'energia elettrica e del gas*, in L. Ammannati (a cura di), *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, Giuffrè, 2005, 367 ss. P. Bilancia, L. Ammannati (a cura di), *Governance multilivello, regolazione e reti*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2008, 83 ss.

⁵³⁰ Non è un caso che, a differenza della precedente esperienza, l'impulso alla creazione del nuovo organismo sia giunto non dalla Commissione, ma “dal basso”, ad opera delle ANR, in prima fila quella italiana.

⁵³¹ Così, F. Scuto, *op. cit.*, 289. Nell'organo più importante del CEER, l'Assemblea generale, sono infatti rappresentati solo i regolatori nazionali degli Stati membri e da quelli dell'Area Economica Europea (EEA). L'altra struttura fondamentale dell'organismo è il *Board of directors*, che si compone di cinque direttori, tra cui un Presidente, con compiti di direzione e rappresentanza esterna. Il CEER si articola in cinque gruppi di lavoro: Elettricità; Gas; Singolo mercato dell'energia; Regolazione energetica del sud-est Europa; Informazione, istruzione e monitoraggio.

istituzionalizzazione di *European regulatory networks* anche in altri settori chiave (come la concorrenza e le telecomunicazioni), attraverso atti di diritto europeo che ne rappresentano la base legale e ne delineano, con una più estesa delega di funzioni rispetto alle esperienze pregresse, composizione, competenze e poteri. Carattere tipico di questi organismi, inoltre, è il ruolo maggiormente significativo giocato dalla Commissione europea⁵³².

Composto dai presidenti delle ANR e da un rappresentante della Commissione senza diritto di voto, la *mission* del Gruppo consiste nel favorire la consultazione e la cooperazione tra i diversi regolatori nazionali e tra questi e la Commissione, al fine di consolidare il mercato interno dell'energia elettrica e del gas attraverso una coerente applicazione delle norme europee nei diversi Stati membri e una costante consultazione dei soggetti operanti nel mercato, in primo luogo i consumatori. Ogni anno il Gruppo deve predisporre una relazione da sottoporre alla Commissione la quale, in seguito, la trasmette, eventualmente corredata da proprie osservazioni, al Parlamento e al Consiglio. La dimensione verticale della cooperazione viene, infine, ad essere rafforzata: il Gruppo, infatti, deve fornire assistenza e consulenza alla Commissione, soprattutto in riferimento alla preparazione di progetti di norme nei due settori di riferimento e su tutti gli aspetti relativi al mercato interno del gas e dell'elettricità⁵³³.

Il Gruppo è stato efficacemente definito come «un ordinamento in parte comunitario, in parte comune»⁵³⁴: da un lato, le norme istitutive e che regolano l'agire quotidiano del Gruppo, sono tutte norme europee; dall'altro, però, sono le autorità nazionali che, concretamente, esercitano le funzioni attribuite all'ERGEG, emanando «precetti complementari e interpretativi» e svolgendo controlli nel rispetto dei confini tracciati dal diritto comunitario, senza che la Commissione abbia alcun compito né di coordinamento dei membri, né di direzione⁵³⁵.

⁵³² Cfr. D. Coen, M. Thatcher, *Network governance and multi-level delegation: European networks of regulatory agencies*, cit., 56, che affermano come gli *European Regulatory Networks* (ERNs) «are given tasks of co-ordinating national regulatory authorities through functions such as providing 'technical' advice to the Commission, consulting the industry monitoring compliance with EU regulation, and establishing norms and benchmarks, which are forms of soft law. However, in pushing for the creation of the ERN, the Commission, under pressure from the IRAs and the European Parliament, made a number of important concessions on its right of veto over the decisions of IRAs concerning regulatory harmonisation remedies».

⁵³³ Cfr. F. Scuto, *op. cit.*, 294.

⁵³⁴ La felice espressione è di G. Della Cananea, *L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica e il gas*, cit., 1390, e vuole testimoniare come, ad avviso dell'A., siano in realtà meri preconcetti sia quello della assoluta indifferenza del regolatore nazionale rispetto al diritto comunitario, sia la convinzione che al fine di sviluppare una politica comune, l'Unione europea non possa che accentrare a livello comunitario tutte le funzioni normative e amministrative.

⁵³⁵ *Contra*, F. Scuto, *op. cit.*, 294, che sottolinea come alla Commissione venga affidata una funzione di «guida e controllo» all'interno del Gruppo.

Le difficoltà maggiori dell'ERGEG sono derivate proprio dalla sua composizione, che rende necessario l'accordo di 27 membri e di più di 30 gestori di sistemi di trasmissione per esprimere posizioni comuni su qualunque argomento e, a maggior ragione, per adottare *standard* condivisi. Il massimo risultato ottenuto, in virtù di un approccio di graduale convergenza, è stata l'adozione di diversi codici di rete non vincolanti (*grid codes*), con la conseguenza che le regole tecniche valide per gli operatori elettrici differiscono ancora tra gli Stati membri⁵³⁶.

La necessità di liberalizzare definitivamente gli scambi transfrontalieri, favorendo un'effettiva armonizzazione normativa tra gli Stati membri e una maggiore interconnessione tra le reti⁵³⁷, ha spinto le istituzioni europee a superare, senza però abbandonare né ripudiare, l'esperienza dei *networks*, puntando invece sulla creazione di una struttura comunitaria indipendente, espressione diretta dei regolatori nazionali, ritenuti gli unici dotati della necessaria *expertise* tecnica e in grado di concentrare tutte le risorse funzionali a perseguire tali obiettivi⁵³⁸.

⁵³⁶ Cfr. L. Ammannati, *Il ruolo delle Agenzie nella regolazione del settore energetico*, in V. Salvatore (a cura di), *Le Agenzie dell'Unione europea. Profili istituzionali e tendenze evolutive*, Pavia, Jean Monnet Centre of Pavia, 2011, 106.

⁵³⁷ V. G. Morbidelli, *Regolazione e concorrenza nel mercato energetico*, in *Munus*, 2011, 5, ad avviso del quale le reti e la loro gestione rappresentano il vero punto debole del "sistema energia".

⁵³⁸ Cfr. L. Ammannati, *L'Agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell'energia e la costruzione del mercato unico dell'energia*, cit., 681-682. Già prima del "terzo pacchetto" del 2009, la Commissione, con la Comunicazione del 10 gennaio 2007, "Una politica energetica per l'Europa" (COM(2007)1), aveva proposto tre soluzioni alternative per superare le difficoltà incontrate dall'ERGEG, che non era stato in grado di garantire la *governance* necessaria, dal momento che la maggior parte delle norme tecniche differivano da uno Stato all'altro. Le proposte della Commissione consistevano nel «rafforzare la collaborazione tra i regolatori nazionali imponendo agli Stati membri di assegnare ai regolatori nazionali un obiettivo comunitario e introdurre un meccanismo che consenta alla Commissione di esaminare alcune decisioni dei regolatori nazionali che hanno un impatto sul mercato interno dell'energia; Rete europea di regolatori indipendenti ("ERGEG+"): nell'ambito di questo sistema, sarebbe ufficializzato il ruolo dell'ERGEG che dovrebbe strutturare delle decisioni vincolanti per i regolatori e gli operatori del mercato interessati, come gli operatori di rete, le borse elettriche o i generatori di energia, riguardanti aspetti tecnici particolari e meccanismi relativi alle questioni transfrontaliere; Istituzione di un nuovo organo unico a livello comunitario incaricato, in particolare, di adottare decisioni individuali per il mercato comunitario del gas e dell'elettricità riguardanti aspetti tecnici e di regolamentazione importanti per consentire un funzionamento efficace agli scambi transfrontalieri». La creazione dell'ACER, con le sue peculiari caratteristiche e poteri, si pone in un certo senso a metà tra il rafforzamento della rete delle ANR (ERGEG +) e l'istituzione di un nuovo e autonomo organismo di regolazione del settore. Come evidenziato anche dal considerando n. 3 del Regolamento 713/2009/UE istitutivo dell'ACER: «Il lavoro intrapreso dall'ERGEG sin dalla sua istituzione ha fornito un contributo positivo al progresso del mercato interno dell'energia elettrica e del gas naturale. È tuttavia auspicio generale del settore, ed è quanto è stato proposto dallo stesso ERGEG, che la cooperazione volontaria delle autorità nazionali di regolamentazione si svolga ormai nell'ambito di una struttura comunitaria dotata di competenze precise e del potere di adottare decisioni individuali di regolamentazione in una serie di casi specifici». L. Caianiello, *I recenti sviluppi della regolazione indipendente in Europa, alla luce del modello organizzativo emerso con l'istituzione dell'Acer*, cit., 1204, evidenzia come la scelta di istituire una nuova agenzia europea sia stata in realtà frutto di un compromesso politico tra gli Stati membri e la Commissione. Dal momento che «[l]e ipotesi prospettate dalla Commissione, di estendere i propri poteri di controllo nei confronti delle Anr oppure di creare un regolatore indipendente, si scontrano con le posizioni dei regolatori nazionali e degli Stati membri, preoccupati di non perdere parte delle loro prerogative a

L'ACER, creato dal “terzo pacchetto” del 2009, si presenta da questo punto di vista come un ibrido, in cui la rete delle ANR viene rinforzata e collocata all'interno dell'involucro formale dell'agenzia europea, anche al fine di renderne gli atti impugnabili e giustiziabili, dal momento che il nuovo soggetto comunitario viene dotato, tra gli altri, del potere di adottare decisioni individuali vincolanti nei confronti dei terzi, i cui diritti devono dunque essere rinforzati⁵³⁹.

2.2. La natura, la *governance* multilivello e l'indipendenza dell'ACER

L'ACER, istituito con il regolamento n. 713/2009/UE del 3 luglio 2009, si pone in linea di continuità con l'esperienza istituzionale delle agenzie europee, ma in parte se ne distacca e va oltre, assorbendo e sviluppando caratteristiche proprie del *network* di regolatori nazionali che ne rappresenta il predecessore. Si parla di “network agency” proprio per indicare la sua posizione assunta nel nuovo sistema di governo dell'energia, caratterizzata da una necessaria indipendenza rispetto alla Commissione europea e agli esecutivi statali. Indipendenza che finisce per produrre effetti positivi e di rafforzamento nei confronti dei singoli governi europei anche per le autorità nazionali che dell'ACER fanno parte, giacché, è bene ricordarlo, non tutti i regolatori godono del medesimo livello di indipendenza e autonomia dai rispettivi governi⁵⁴⁰.

La scelta in favore del modello dell'agenzia è stata dettata dalla possibilità che esso concede di «conciliare, nel silenzio dei Trattati, la continua espansione dei poteri comunitari con le esigenze degli Stati a non vedersi privati di rilevanti compiti, anche quando svolti in esecuzione del diritto europeo», soddisfacendo al tempo stesso tre esigenze tra loro interconnesse: razionalizzare lo svolgimento di funzioni pubbliche che

vantaggio di una istituzione sovranazionale «forte». Peraltro, gli Stati membri manifestano contrarietà anche al rafforzamento dei poteri e dell'indipendenza delle Anr. L'unica strada percorribile prevede, allora, di rafforzare il ruolo e i poteri di una struttura organizzativa preesistente (la «rete» di Anr) e di incardinarla in un organismo dotato di una chiara indipendenza rispetto al potere politico nazionale, alla Commissione, nonché ai privati».

⁵³⁹ Così, L. Ammannati, *L'“Agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell'energia”*, cit., 683. L'A. sottolinea come nell'esperienza del CEER e dell'ERGEG la quasi totalità degli atti espressione dell'attività delle reti avesse valore non vincolante sul piano giuridico. Ciò non impediva, tuttavia, che in alcuni casi alcuni effetti si producessero sul piano dell'influenza o pressione che le reti (e le singole ANR) potevano comunque avere sugli *stakeholders*. Tuttavia, la circostanza che la regolazione non vincolante espressa dalle reti «abbia la possibilità, anche se indirettamente, di modificare o limitare la sfera giuridica dei soggetti operanti sul mercato porta in primo piano la questione della responsabilità intesa come obbligo di dare conto delle azioni compiute (la cosiddetta *accountability*) (...) collegata al riconoscimento e alla tutela dei diritti dei soggetti interessati dalle attività delle reti» (682).

⁵⁴⁰ Cfr. L. Ammannati, *L'Agenzia per la cooperazione*, cit., 201.

richiedono misure sia a livello domestico che europeo; decentralizzare l'esercizio di attività tecniche che non possono essere svolte dalla Commissione; favorire la partecipazione integrata e la cooperazione di funzionari ed esperti europei e nazionali⁵⁴¹.

Organismo dell'UE cui è stata conferita personalità giuridica⁵⁴², l'ACER è dotato di una propria organizzazione multilivello, distinta da quella dei singoli regolatori nazionali che ne fanno parte, e in cui poteri, competenze e responsabilità sono suddivisi tra Agenzia, Commissione, ANR e Stati membri. È inoltre dotata di personale e proprie fonti di finanziamento⁵⁴³. Per quanto riguarda l'architettura interna, essa rispecchia la natura "dualistica" dell'Agenzia, che si struttura intorno a quattro organismi: un Direttore, un Consiglio di amministrazione, un Comitato dei regolatori con funzione di coordinamento tra le autorità nazionali dell'energia, principale elemento di differenza rispetto al modello tradizionale di agenzia europea. A tali organi, presenti anche nelle *network agencies* attive in altri settori di intervento, si aggiunge una Commissione di ricorso interna, composta da esperti del settore nominati dal Consiglio di amministrazione su proposta della Commissione europea.

Il Comitato dei regolatori, che rappresenta la novità maggiore dal punto di vista della *governance* interna delle agenzie della "quarta ondata"⁵⁴⁴, è l'organo di regolazione tecnica dell'Agenzia ed è composto dai rappresentanti di alto livello⁵⁴⁵ di ogni autorità indipendente di regolazione degli Stati membri (che, da regolamento, agiscono a nome della rispettiva autorità di appartenenza) e da un esponente della Commissione senza diritto di voto. Il Presidente dell'Agenzia viene eletto da e tra i membri del Comitato stesso. Il Comitato elegge tra i suoi membri un Presidente e un Vice-presidente per un mandato di due anni e mezzo. Il mandato di entrambi scade, in ogni caso, quando cessano di essere

⁵⁴¹ In questi termini, G. Napolitano, *L'agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, in P. Bilancia, *op. cit.*, 165-166.

⁵⁴² Art. 2, c. 1 regolamento ACER. Il successivo c. 2 specifica le conseguenze pratiche dell'attribuzione della personalità giuridica all'agenzia, la quale «gode, in ciascuno Stato membro, della più ampia capacità giuridica riconosciuta alle persone giuridiche dalla legislazione nazionale. In particolare può acquistare o alienare beni mobili e immobili e stare in giudizio».

⁵⁴³ Le fonti di finanziamento dell'Agenzia sono molteplici: un contributo della Commissione europea a carico del bilancio generale dell'Unione; contributi versati *una tantum*, in caso di esenzioni concesse dall'Agenzia circa il rispetto dell'obbligo di accesso a terzi per nuove infrastrutture; infine, contributi volontari degli Stati membri o delle ANR.

⁵⁴⁴ V. *supra*, Cap. II, par. 2.3.

⁵⁴⁵ Non necessariamente il presidente, quindi, ma anche un'altra figura apicale dell'organizzazione amministrativa interna dell'autorità nazionale, come un segretario generale.

membri del Comitato dei regolatori, per esempio la scadenza del mandato come componente della ANR di appartenenza⁵⁴⁶.

Il Consiglio di amministrazione, composto da nove membri due dei quali nominati rispettivamente dalla Commissione e dal Parlamento mentre i restanti cinque dal Consiglio, ha il compito generale di garantire che l'Agenzia raggiunga gli obiettivi che le sono affidati⁵⁴⁷. In tale funzione rientra anche la nomina del Direttore esecutivo, con compiti di rappresentanza esterna e di gestione operativa dell'Agenzia, dopo aver consultato il Comitato dei regolatori e la Commissione dei ricorsi. Il Consiglio approva il programma di lavoro annuale e quello pluriennale, precedentemente varati dal Comitato dei regolatori, e presenta la relazione annuale sull'attività svolta da inviare alle istituzioni europee.

I deputati del Parlamento europeo e i membri del Comitato dei regolatori non possono far parte del Consiglio di amministrazione. Mentre la prima incompatibilità mira a evitare che il Parlamento sfrutti in maniera abusiva il proprio potere di nomina, la seconda è tesa a impedire il verificarsi di conflitti di interesse tra chi è detentore del potere di regolazione del mercato energetico e chi deve assicurare la buona gestione amministrativa dell'Agenzia⁵⁴⁸. Appare subito evidente come la presenza di soggetti espressione delle *authorities* nazionali di regolazione sia prevista esclusivamente per il Comitato dei regolatori⁵⁴⁹ ma non per il Consiglio di amministrazione, come invece accade per le tre autorità di vigilanza finanziaria. Si è voluto in tal modo garantire una maggiore rappresentanza ai governi all'interno di questo organo (che rimane chiaramente sotto il controllo del Consiglio), pur superando il tradizionale metodo intergovernativo tipico delle agenzie europee precedenti.

Il Direttore, che ha la rappresentanza legale all'esterno dell'Agenzia e provvede alla sua gestione⁵⁵⁰, viene nominato dal Consiglio di amministrazione sulla base di una lista composta dalla Commissione, con parere favorevole del Comitato dei regolatori, sulla base dei suoi meriti ed esperienza. Il suo mandato è di cinque anni, rinnovabile dal Consiglio di

⁵⁴⁶ Art. 14 e ss. regolamento ACER.

⁵⁴⁷ Art. 12 e ss. regolamento ACER. La durata del mandato dei consiglieri è di quattro anni, rinnovabile per una volta, mentre il mandato del Presidente e del Vice-Presidente, eletti all'interno del Consiglio di amministrazione, è di due anni e mezzo ed è rinnovabile una sola volta.

⁵⁴⁸ Cfr. G. Napolitano, *L'agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, cit., 183.

⁵⁴⁹ Art. 14, c. 1 regolamento ACER.

⁵⁵⁰ Art. 17, c. 1 regolamento ACER.

amministrazione su proposta della Commissione e solo in casi in cui ciò si giustifichi sulla base dei doveri e dalle necessità dell'Agenzia, per un massimo di tre anni⁵⁵¹.

La Commissione dei ricorsi, infine, è composta da sei membri, scelti dal Consiglio di amministrazione su proposta della Commissione, tra gli alti funzionari ancora in carica o fuori servizio delle autorità nazionali dell'energia, della concorrenza o comunque che abbiano un'esperienza nel settore energetico. Qualunque persona fisica o giuridica può presentare un ricorso alla Commissione contro una decisione presa dall'Agenzia nei suoi confronti o che comunque, pur essendo indirizzata ad altri, la riguardi individualmente. Il termine per proporre ricorso è di due mesi dall'adozione della decisione. Contro le decisioni della Commissione è possibile proporre impugnazione di fronte agli organi giurisdizionali dell'Unione, Tribunale di primo grado e Corte di giustizia⁵⁵².

Il carattere fondamentale e distintivo dell'ACER è, come detto, la sua indipendenza. Requisito che vale a distinguere tale organo non solo dalle agenzie comunitarie affermatesi nell'ordinamento europeo in qualità di soggetti serventi la Commissione fino al 2009 – in cui l'indipendenza si declina al massimo come autonomia di valutazione scientifica – ma anche dalle reti di regolatori nazionali, le quali godevano di un'indipendenza formale solo nei confronti dei regolati, non già dal potere politico e dalla Commissione. L'indipendenza è riconosciuta sia all'Agenzia nel suo complesso⁵⁵³, sia ai singoli organi che la compongono. Il regolamento istitutivo prescrive, infatti, che il Comitato dei regolatori, debba «agire in piena autonomia, senza chiedere né accettare istruzioni da parte dei governi degli Stati membri, della Commissione o da un altro soggetto pubblico o privato»⁵⁵⁴.

Naturalmente, il fatto che i membri del Comitato agiscano in nome dell'autorità nazionale di appartenenza, come prescritto dal regolamento, non si pone in contrasto con l'indipendenza riconosciuta all'organo, poiché anche per le ANR le direttive europee prescrivono specifici requisiti di autonomia e indipendenza dai governi e dai soggetti regolati⁵⁵⁵. Il ruolo istituzionale delle ANR, anzi, viene a essere nettamente rafforzato sia

⁵⁵¹ Art. 16 e ss. regolamento ACER.

⁵⁵² Artt. 18, 19 regolamento ACER.

⁵⁵³ Cfr. considerando n. 6: «[...] è necessario garantire l'indipendenza dell'Agenzia nei confronti dei produttori di energia elettrica e di gas, dei gestori dei sistemi di trasmissione e distribuzione, siano essi pubblici o privati, e dei consumatori e assicurare la conformità delle sue azioni con la legislazione comunitaria, le sue competenze tecniche e di regolamentazione, nonché la sua trasparenza, subordinazione al controllo democratico ed efficienza».

⁵⁵⁴ Art. 14, c. 5 regolamento ACER.

⁵⁵⁵ E. D'Alterio, *op. cit.*, 812, evidenzia come l'utilizzo del termine «autonomia» al posto di «indipendenza» non sia casuale e sembri aprire a un possibile condizionamento esterno sull'azione delle

sul piano dell'indipendenza, attraverso il riconoscimento dell'autonomia rispetto alle istruzioni dei governi (fermo il loro diritto di esercitare poteri di indirizzo di natura politico-strategica, che indirettamente possono condizionare l'azione delle ANR), sia riconoscendo loro competenze regolatorie di natura originariamente comunitaria. Contribuiscono a rendere effettivamente indipendente l'azione del Comitato dei regolatori, inoltre, l'elevato *quorum* deliberativo previsto (pari ai due terzi dei presenti); l'inaMOVibilità dei suoi membri, se non in caso di gravi motivi e sempre su decisione del Consiglio di amministrazione e parere conforme del Comitato stesso; le diverse incompatibilità con la carica di membro del Comitato, previste dal regolamento di base. Previsioni simili sono previste per il Consiglio di amministrazione e per il Direttore⁵⁵⁶.

L'indipendenza riconosciuta esplicitamente all'ACER e alle sue articolazioni interne viene a configurarsi non solo nella sua accezione tradizionale, ossia tecnico-scientifica, ma anche quale terzietà e neutralità rispetto a tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti. Essa si declina in tre dimensioni: nei confronti dei soggetti regolati, operatori economici, gestori di sistemi di trasmissione, produttori di energia, pubblici o privati, e consumatori, che non

ANR, legato al fatto che comunque i regolatori nazionali possono dare sempre istruzioni ai propri rappresentanti nell'agenzia, i quali appunto agiscono sempre in nome delle autorità di appartenenza. È però vero che nel considerando n. 6, il regolamento, riferendosi all'ACER nel suo complesso, parla espressamente di indipendenza «dell'Agenzia nei confronti dei produttori di energia elettrica e di gas, dei gestori dei sistemi di trasmissione e distribuzione, siano essi pubblici o privati, e dei consumatori e assicurare la conformità delle sue azioni con la legislazione comunitaria, le sue competenze tecniche e di regolamentazione, nonché la sua trasparenza, subordinazione al controllo democratico ed efficienza». Il considerando n. 18, inoltre, afferma come l'ACER «dovrebbe disporre dei poteri necessari per svolgere le sue funzioni di regolamentazione in maniera efficiente, trasparente, ponderata e soprattutto indipendente. L'indipendenza dell'Agenzia dai produttori di energia elettrica e di gas, dei gestori dei sistemi di trasmissione e distribuzione costituisce, oltre che un principio basilare di corretta governance, anche una condizione fondamentale per assicurare la fiducia del mercato». È chiaro allora che la possibilità che i membri del Comitato dei regolatori agiscano a nome della propria autorità nazionale non dovrebbe rappresentare uno strumento per aggirare il requisito dell'indipendenza dell'Agenzia dagli esecutivi statali, «posto che il terzo pacchetto in parallelo garantisce l'impermeabilità alle influenze di questi ultimi anche per le autorità nazionali di regolamentazione». Così, G. Napolitano, *L'agenzia dell'energia*, cit., 170. L. Caianiello, *op. cit.*, 1208, pone l'accento sull'influenza, diretta o indiretta, che gli esecutivi nazionali comunque esercitano sulle nomine dei vertici delle ANR, in relazione alla quale «[p]are legittimo nutrire alcuni dubbi sull'indipendenza dei membri designati, soggetti al potenziale condizionamento governativo, malgrado le formali ed altisonanti disposizioni di principio, che permeano tutta la normativa di riferimento». Una garanzia circa la reale indipendenza del Comitato è rappresentata invece dalle norme regolamentari che riconoscono uguale diritto di voto ai suoi componenti, al fine di ricercare soluzioni ampiamente condivise. Si supera in tal modo la regola del voto ponderato, che invece è tipica delle istituzioni europee, evitando così sul nascere eventuali atteggiamenti prevaricatori da parte di singoli Stati membri.

⁵⁵⁶ Art. 12, c. 7 regolamento ACER: «[...] i membri del consiglio di amministrazione si impegnano ad agire in modo indipendente ed obiettivo nell'interesse pubblico, senza sollecitare né accettare alcuna istruzione politica. A tal fine ciascun membro rende una dichiarazione scritta d'impegno e una dichiarazione scritta d'interessi con la quale indica l'assenza di interessi che possano essere considerati contrastanti con la sua indipendenza o interessi diretti o indiretti che possano essere considerati tali». Art. 16, c. 1: «(...) il direttore non sollecita né accetta alcuna istruzione da alcun governo, dalla Commissione o da alcun soggetto pubblico o privato».

devono essere in grado di condizionarne le scelte⁵⁵⁷; degli Stati membri e dei singoli interessi nazionali; e, soprattutto, della Commissione europea, la quale, anzi, in alcuni casi eserciterà i propri poteri decisionali proprio sulla scorta degli indirizzi forniti dall'ACER, ferma la possibilità di sollecitarne l'intervento e valutare l'efficacia della sua azione⁵⁵⁸.

2.3. I poteri dell'Agenzia, il ruolo degli Stati e la posizione della Commissione.

Il regolamento istitutivo prevede che lo scopo dell'ACER sia «assistere le autorità di regolamentazione (...) nell'esercizio a livello comunitario delle funzioni di regolamentazione svolte negli Stati membri e, se necessario, coordinarne l'azione»⁵⁵⁹. I compiti dell'Agenzia sono divisi in tre macroaree: l'attività di agevolazione, stimolo e monitoraggio della cooperazione tra i gestori nazionali dei sistemi di trasmissione, volta a creare una rete di trasmissione europea soprattutto attraverso lo sviluppo di codici di rete condivisi e piani di sviluppo infrastrutturale⁵⁶⁰; il coordinamento delle attività regolatorie svolte dalle diverse ANR⁵⁶¹, funzionale all'effettivo funzionamento dei mercati energetici europei attraverso l'innalzamento del livello di integrazione tra le reti di trasporto e produzione; infine, l'ACER esercita determinati poteri in tema di accesso transfrontaliero e sicurezza operativa delle infrastrutture stesse⁵⁶².

Accanto ai compiti che l'Agenzia esercita in questi tre settori, il regolamento istitutivo prevede da un lato generali funzioni di monitoraggio dei mercati interni dell'energia elettrica e del gas naturale, in particolare dei prezzi al dettaglio, del rispetto della disciplina in tema di accesso e della tutela dei consumatori⁵⁶³; dall'altro, la possibilità che all'ACER vengano attribuiti, nel rispetto di determinate condizioni prestabilite dalla Commissione, nuovi e non previsti compiti supplementari (purché non comportino

⁵⁵⁷ V. considerando n. 18 del regolamento ACER: «L'Agenzia dovrebbe disporre dei poteri necessari per svolgere le sue funzioni di regolamentazione in maniera efficiente, trasparente, ponderata e soprattutto indipendente. L'indipendenza dell'Agenzia dai produttori di energia elettrica e di gas, dei gestori dei sistemi di trasmissione e distribuzione costituisce, oltre che un principio basilare di corretta governance, anche una condizione fondamentale per assicurare la fiducia del mercato».

⁵⁵⁸ Così, G. Napolitano, *L'agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, cit., 170.

⁵⁵⁹ Art. 1, c. 2 regolamento ACER.

⁵⁶⁰ Art. 6 regolamento ACER.

⁵⁶¹ Art. 7 regolamento ACER.

⁵⁶² Art. 8 regolamento ACER.

⁵⁶³ Poteri di monitoraggio generale sono attribuiti all'Agenzia anche dal regolamento sulla trasparenza e integrità dei mercati dell'energia contro le manipolazioni degli stessi (REMIT, 1227/11/UE).

l'esercizio di poteri decisionali) su questioni relative agli obiettivi che essa persegue⁵⁶⁴. L'Agenzia, infine, può sempre presentare un parere o una raccomandazione al Parlamento europeo, al Consiglio o alla Commissione su una questione connessa alla propria *mission*⁵⁶⁵.

I poteri dell'Agenzia in questi settori si esprimono in primo luogo attraverso l'adozione di atti consultivi che possono assumere la forma di pareri, orientamenti e raccomandazioni (ma secondo il modello del *comply or explain*) nei confronti dei regolatori nazionali, dei gestori e delle istituzioni europee, funzionali alla diffusione di buone pratiche, al maggior coordinamento tra i regolatori statali e al monitoraggio dell'attività svolta dalle Reti Europee dei Gestori dei Sistemi di Trasmissione (REGST)⁵⁶⁶. L'ACER, in particolare, sottopone un parere alla Commissione in merito al progetto di statuto delle REGST, all'elenco dei loro membri, al progetto di regolamento interno e, in generale, controlla l'esecuzione dei loro compiti⁵⁶⁷.

L'Agenzia presenta inoltre un parere relativo al programma di lavoro annuale dei gestori di rete e al progetto di sviluppo decennale delle reti a livello comunitario, che deve indicare le infrastrutture di trasmissione di energia elettrica e di gas realizzabili e le interconnessioni regionali necessarie, oltre che le prospettive sull'adeguatezza della capacità di produzione europea⁵⁶⁸. I piani di sviluppo delle reti a livello comunitario devono essere elaborati ogni due anni dalle REGST e non sono vincolanti. Ai sensi dell'art. 8, c. 11 del regolamento n. 714/2009, l'ACER deve anche fornire «un parere sui piani decennali di sviluppo della rete a livello nazionale per valutarne la coerenza con il piano di sviluppo della rete a livello comunitario». Se rileva delle incoerenze tra un piano nazionale ed il piano comunitario, l'agenzia raccomanda le opportune modifiche all'uno e/o all'altro.

⁵⁶⁴ Artt. 9 e 11 regolamento ACER.

⁵⁶⁵ Art. 5 regolamento ACER.

⁵⁶⁶ La struttura della REGST dell'energia elettrica e quella del gas sono state create rispettivamente con il regolamento (CE) n. 714/2009 e con il regolamento (CE) n. 715/2009. Si tratta di organismi che dovrebbero favorire una più efficace cooperazione e consultazione permanente, funzionale all'unificazione delle reti nazionali e regionali dei sistemi di trasmissione. Ai sensi dell'art. 4 del regolamento n. 714/2009 suddetto, infatti, «[t]utti i gestori del sistema di trasmissione cooperano a livello comunitario mediante la REGST dell'energia elettrica allo scopo di promuovere il completamento e il funzionamento del mercato interno dell'energia elettrica come pure gli scambi transfrontalieri e di garantire una gestione ottimale e coordinata e un'evoluzione tecnica soddisfacente della rete europea di trasmissione dell'energia elettrica».

⁵⁶⁷ Art. 6, par. 1-2 regolamento ACER.

⁵⁶⁸ Art. 6, par. 3, lett. b) regolamento ACER.

L'attività consultiva condotta dall'Agenzia può in alcuni casi assumere un valore coercitivo grazie alla collaborazione della Commissione. L'ACER, infatti, partecipa allo sviluppo dei codici di rete elaborati dai gestori dei sistemi di trasmissione, presentando alla Commissione un orientamento quadro non vincolante contenente i principi che i codici stessi dovranno rispettare⁵⁶⁹. L'agenzia, che controlla l'attuazione dei codici elaborati dalle REGST, ha la facoltà di sottoporli alla Commissione affinché li renda vincolanti attraverso la procedura comitologica⁵⁷⁰.

Se la REGST dell'energia elettrica o quella del gas non hanno elaborato un codice di rete entro il periodo fissato dalla Commissione, infine, quest'ultima può chiedere all'Agenzia di elaborare un progetto di codice in via sostitutiva⁵⁷¹. L'attività consultiva dell'Agenzia può rappresentare un efficace strumento di pressione informale nei confronti dei regolatori nazionali. Essa, infatti, su richiesta di un'autorità nazionale o della Commissione, ha la possibilità di esprimere un parere circa la conformità di una decisione individuale presa da una ANR con la normativa europea di riferimento. Qualora una ANR non si conformi al parere dell'agenzia entro un periodo di quattro mesi, questa ne informa la Commissione e lo Stato membro coinvolto⁵⁷².

Il secondo tipo di provvedimenti che l'ACER può adottare rientra nella categoria delle decisioni a carattere vincolante, che l'Agenzia (il Comitato dei regolatori, nello specifico) può prendere esclusivamente in casi predeterminati dal regolamento istitutivo. Si tratta di provvedimenti individuali relativi a questioni tecniche (quando siano previste dalla normativa comunitaria) o concernenti le richieste di esenzione rispetto all'obbligo di accesso e/o di separazione strutturale per nuove infrastrutture, ma solo qualora le autorità interessate non abbiano raggiunto un accordo entro sei mesi dalla presentazione della domanda di esenzione o dietro espressa richiesta delle ANR coinvolte⁵⁷³.

Il rilevante potere di adottare decisioni giuridicamente vincolanti per i destinatari, dunque, viene bilanciato attraverso la previsione di stringenti condizioni di esercizio volte a impedire che le stesse divengano espressione di scelte politico-discrezionali. Anche se le

⁵⁶⁹ Art. 6, par. 4 regolamento ACER. I codici di rete sono strumentali a «fornire e gestire un accesso transfrontaliero effettivo e trasparente alle reti di trasmissione e per garantire una pianificazione coordinata e sufficientemente lungimirante e un'evoluzione tecnica adeguata del sistema di trasmissione nella Comunità, compresa la creazione di capacità di interconnessione, prestando la necessaria attenzione al rispetto dell'ambiente» (considerando n. 6, regolamento n. 714/2009).

⁵⁷⁰ Art. 6, par. 4 regolamento ACER. Cfr. G. Bellantuono, *I poteri dei regolatori nazionali e il ruolo dell'Agenzia europea*, in G. Napolitano, A. Zoppini, *Annuario di diritto dell'energia*, cit., 51.

⁵⁷¹ Art. 6, c. 10 regolamento n. 714/2009 e n. 715/2009.

⁵⁷² Art. 7, par. 4 regolamento ACER.

⁵⁷³ Art. 4, lett.d), art. 7, par. 1, art. 9, par. 1 regolamento ACER.

competenze predette si inseriscono all'interno di un'area di regolazione tecnica più che di vera discrezionalità, esse sono funzionali alla realizzazione di un contemperamento tra l'interesse alla creazione di un sistema di produzione e trasporto effettivamente concorrenziale nel breve periodo e quello del raggiungimento di un sufficiente livello di investimenti nel medio-lungo periodo⁵⁷⁴.

L'ACER, infine, è titolare di una residuale ma originale funzione che, pur assumendo la forma classica della decisione, sottende in realtà l'esercizio di un potere regolamentare di fatto che può essere definito di "quasi-regulation". L'Agenzia può infatti adottare decisioni su «questioni di regolamentazione» riguardanti le condizioni di accesso alle infrastrutture dell'energia elettrica e del gas che collegano o potrebbero collegare almeno due Stati membri e di sicurezza operativa delle stesse. Il potere è esercitabile tuttavia solo quando le competenti autorità nazionali di regolamentazione non abbiano raggiunto un accordo entro un periodo di sei mesi dal giorno in cui è stata adita l'ultima delle suddette autorità; oppure su richiesta congiunta delle competenti autorità nazionali⁵⁷⁵. La Commissione può adottare orientamenti sulle situazioni in cui l'Agenzia acquista la competenza a decidere sulle condizioni di accesso alle infrastrutture transfrontaliere o di sicurezza operativa.

Queste decisioni "atipiche" sono il frutto dell'esercizio di un potere eventuale e sostitutivo rispetto alle autorità nazionali. Pur all'interno di questi non sottovalutabili limiti, lungi dal riguardare esclusivamente i regolatori nazionali interessati, questi provvedimenti sono in realtà in grado di produrre i propri effetti nei confronti di una platea potenzialmente generale e astratta di destinatari, formalmente "terzi" rispetto ai destinatari diretti della decisione. Le condizioni di accesso alle infrastrutture transfrontaliere, infatti, includono la disciplina delle procedure di assegnazione della capacità, i tempi di assegnazione e l'imposizione di corrispettivi agli utenti delle infrastrutture. Si tratta di situazioni predeterminate oggettivamente la cui disciplina non riguarda esclusivamente e individualmente i regolatori nazionali interessati, ma produce conseguenze di ordine giuridico su soggetti non determinati o determinabili *ex ante* (tra cui, per esempio, i consumatori e i gestori delle reti nazionali)⁵⁷⁶.

⁵⁷⁴ Cfr. L. Ammannati, *L' "Agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell'energia"*, *op. cit.*, 692.

⁵⁷⁵ Art. 7, par. 7 e art. 8, par. 1 regolamento ACER.

⁵⁷⁶ Cfr. C. Tovo, *op. cit.*, 309, che sottolinea come il riconoscimento della natura generale alle decisioni in questione non sia reso impossibile dall'esclusiva applicabilità agli atti vincolanti a portata individuale della disciplina in materia di impugnabilità delle decisioni adottate dalle agenzie europee. Infatti, «l'ambito di applicazione materiale della competenza attribuita alle commissioni di ricorso interne non comprende tutti gli atti vincolanti adottati da ACER». In questo senso dispone anche l'art. 19 del regolamento

Dello stesso tenore appare il potere contenuto nell'art. 12 del regolamento n. 247/2013/UE⁵⁷⁷, che rimette all'Agenzia l'adozione di decisioni relative alla realizzazione di investimenti in comparti transfrontalieri e, nello specifico, relative alla ripartizione dei costi di investimento che ogni gestore dei sistemi di trasmissione deve sostenere per il progetto di interesse comune, nonché sulla loro inclusione nelle tariffe. Il potere viene esercitato, tuttavia, solo qualora le autorità statali coinvolte non abbiano raggiunto un'intesa sulla richiesta di investimento o ne facciano richiesta congiunta. Siamo in presenza, insomma, di provvedimenti giuridici che assumono la forma della decisione individuale, ma che hanno il contenuto di un regolamento generale.

L'ACER, nell'esercizio delle proprie attribuzioni, si muove all'interno di una intricata rete di relazioni sia con la Commissione, sia con i singoli regolatori nazionali. La Commissione, infatti, se da un lato non può limitare l'autonomia decisionale e funzionale dell'Agenzia (il suo rappresentante nel Comitato dei regolatori non ha neanche il diritto di voto)⁵⁷⁸, si pone comunque come fulcro dei procedimenti di regolazione, attraverso il riconoscimento di poteri particolarmente incisivi - quali l'approvazione dei codici di rete o

ACER, il quale afferma che il ricorso è proponibile contro una decisione adottata nei confronti di una persona o «che, pur apparendo come una decisione presa nei confronti di un'altra persona, la riguardi direttamente e individualmente». L'A. riporta anche l'opinione contraria di H. Von Rosenberg, *No Ace to Win the Trick. The Proposed ACER and the Influence on EC Competition Law*, in *European Competition Law Review*, 29(9), 2008, 24, secondo cui le decisioni dell'ACER avrebbero solo portata individuale perché indirizzate esclusivamente ai due Stati interessati, senza potersi applicare ai terzi. Sul punto, un'opinione ancora diversa è quella di S. Lucatini, *La rete procedimentale europea dell'energia*, in *Munus*, 1, 2015, 35, che afferma come le decisioni adottate dall'ACER nei settori dell'accesso infrastrutturale e della sicurezza operativa riflettano l'esercizio non di un potere decisionale di tipo amministrativo, né tantomeno regolamentare, quanto di tipo para-giurisdizionale e volto alla risoluzione dei conflitti insorti tra le ANR che non essendo riuscite a raggiungere un accordo, si siano rivolte congiuntamente all'Agenzia per dirimere una questione relativa alle materie suddette. Si tratterebbe, dunque, di un potere quasi arbitrale che viene conferito all'ACER, accanto all'alternativa rappresentata dal ricorso alla decisione della Commissione europea. Questa interpretazione, pur non condivisa da chi scrive, ha comunque il merito di mettere in luce l'avvicinamento della struttura e delle funzioni attribuite all'autorità dell'energia al modello classico delle autorità indipendenti di regolazione, il cui ruolo come foro alternativo per la risoluzione extra-giurisdizionale dei conflitti tra i soggetti regolati assume indubbiamente un'importanza non secondaria.

⁵⁷⁷ Regolamento (UE) n. 347/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 aprile 2013 sugli orientamenti per le infrastrutture energetiche transeuropee e che abroga la decisione n. 1364/2006/CE e che modifica i regolamenti (CE) n. 713/2009, (CE) n. 714/2009 e (CE) n. 715/2009. In attuazione di tale articolo, l'Agenzia ha adottato la decisione n. 01/2014 dell'11 agosto 2014 «On the investment request including cross-border cost allocation for the gas interconnection poland-lithuania project of common interest n. 8.5» e la decisione n. 02/2015 del 16 aprile 2015 «On the investment request including cross-border cost allocation for the Lithuanian part of the interconnection between Alytus (Lt) and the Lithuania/Poland border project of common interest n. 4.5.1».

⁵⁷⁸ Come rilevato da V. Termini, *Dall'armonizzazione al mercato unico: ACER – L'Agenzia europea per la regolazione dell'energia*, cit., 141, il rischio che la Commissione “catturi” il regolatore è molto basso, visto l'elevato numero dei membri dell'organo di governo dell'Agenzia e la presenza di un Direttore responsabile di assicurare un percorso decisionale rapido. La presenza di un componente della Commissione in qualità di osservatore all'interno del Comitato dei regolatori, d'altra parte, ha il vantaggio di accorciare la catena decisionale, rendendo più rapide alcune fasi di confronto tra ACER e Commissione (soprattutto nell'approvazione dei codici di rete).

la certificazione dei gestori dei sistemi di trasmissione - in grado di rendere vincolanti anche le scelte dell'ACER che, seppur dotata di poteri decisionali innovativi rispetto alle precedenti esperienze comunitarie, rimane formalmente un organo di "regolazione tecnica"⁵⁷⁹.

Il ruolo delle autorità nazionali di regolazione, invece, è stato indiscutibilmente accresciuto dall'istituzione dell'Agenzia, che ne ha rinforzato - attraverso il loro coinvolgimento diretto e la creazione di stabili relazioni orizzontali - la capacità di partecipazione alle scelte di regolazione a livello comunitario e di attuazione del diritto europeo a livello domestico (rendendole dunque anche più forti nei confronti dei rispettivi governi). Sul piano verticale, invece, le ANR vedono in un certo senso ristretti i propri margini di azione, data la possibilità per l'agenzia di imporre, in alcuni casi, alle stesse autorità di conformarsi alle scelte effettuate in sede europea⁵⁸⁰.

Il rapporto tra i regolatori nazionali e l'agenzia è espressione di «una rete di produzione normativa pluricentrica e plurifase», cui partecipano a vario titolo, e in momenti diversi, una molteplicità di attori pubblici e privati, nazionali ed europei: le ANR, l'ACER, i gestori di rete, la Commissione e gli Stati membri. Reticolati procedurali che si concretizzano in connessioni originali e non sempre tipizzabili, come nel caso del processo di adozione dei codici di rete, che si svolge prevalentemente a livello sovranazionale, ma in cui le regole prodotte hanno effetto direttamente negli ordinamenti statali, stimolando la competizione dei regolatori nazionali volta a far prevalere a livello comunitario le scelte di regolazione più vicine ai propri assetti interni e ai propri interessi⁵⁸¹.

2.4. Verso la creazione di un'autorità indipendente europea? Qualche riflessione sulle scelte dell'ACER alla luce della "questione infrastrutturale"

L'ACER, dunque, ha dato vita a un soggetto nuovo nel panorama europeo, innovando profondamente l'architettura amministrativa dell'Unione. Differentemente dalle agenzie classiche, essa dà voce non ad amministrazioni tradizionali, ma ad autorità indipendenti che operano per il raggiungimento di fini comuni (con il loro bagaglio di conoscenze tecnico-professionali) all'interno dell'Agenzia, attraverso un organo

⁵⁷⁹ Così, L. Ammannati, *L'Agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell'energia*, cit., 206-207.

⁵⁸⁰ *Ibidem*.

⁵⁸¹ In questi termini, S. Lucattini, *op. cit.*, 23. Le varietà procedurali che sono rinvenibili nel settore dell'energia riflettono la natura reticolare e transnazionale del mercato interno.

sovrana nazionale che dà loro rappresentanza. La regolazione del settore energetico e la creazione di uno “spazio regolatorio europeo”⁵⁸², vengono in questo modo affidate contestualmente a soggetti nazionali indipendenti dagli organi di governo, con l’obiettivo di evitare pratiche protezionistiche contrastanti con il mercato unico, e a un soggetto europeo indipendente con funzioni di ordinazione, «che opera quale *server* di rete, chiamato a coadiuvare la Commissione»⁵⁸³.

L’ACER non è, chiaramente, un’autorità indipendente equiparabile a quelle nazionali. Essa, d’altro canto, è indubbiamente dotata di poteri meno incisivi rispetto alle autorità europee del settore finanziario, alle quali sono stati attribuiti di veri e propri poteri sostitutivi rispetto alle autorità di regolazione statali⁵⁸⁴. Ciò non impedisce tuttavia di riscontrare nel regolamento istitutivo di ACER e nella sua azione concreta delle caratteristiche che avvicinano questa agenzia al modello dell’*authority* indipendente di regolazione.

Al di là del già richiamato carattere dell’indipendenza istituzionale e funzionale, essa è dotata di incisivi poteri decisionali relativi a singoli casi e destinatari predeterminati, ma è in grado di esercitare anche dei poteri sostanzialmente regolamentari, attraverso atti che assumono la forma della decisione, ma che sono relativi a questioni di regolamentazione riguardanti le condizioni di accesso alle infrastrutture energetiche che collegano almeno due Stati membri, seppur soltanto in caso di inerzia delle competenti autorità nazionali. Decisioni potenzialmente vincolanti per i terzi che, tra l’altro, sono impugnabili, e dunque sindacabili, di fronte alla Commissione ricorso interna ed, eventualmente, in sede giurisdizionale.

L’originale organizzazione, l’indipendenza, le funzioni dell’Agenzia, allora, renderebbero riduttiva una lettura in termini di mero adattamento del modello tradizionale, frutto dell’innesto con la rete dei regolatori nazionali. Siamo di fronte, piuttosto, a un modello istituzionale nuovo, che potrebbe permettere di intravedere, in *nuce*, una futura

⁵⁸² N. Bassi, E. Bruti Liberati, F. Donati, *La governance dell’energia*, Rapporto OPEF, Roma 20 novembre 2012, 10, in cui si legge che “il modello adottato dal terzo pacchetto energia mira a bilanciare l’esigenza di uniformità del quadro regolatorio, connessa alla realizzazione del mercato unico, con l’esigenza di lasciare agli Stati membri la possibilità di scelte capaci di tenere conto delle specificità nazionali”.

⁵⁸³ Così, L. Caianiello, *I recenti sviluppi della regolazione indipendente in Europa*, cit., 1206. Secondo l’A. «il modello che si è tratteggiato sembra imporre, per certi versi, un *aut aut*, perché concepito sul paradigma dell’indipendenza: sottrarsi al rispetto di principi comuni e negoziare, di volta in volta, le regole del gioco, attraverso gli atti regolamentari, consente la realizzazione di un piccolo paradosso, per il quale la logica aperta e compromissoria che ha consentito, nel recente passato, al processo di integrazione europea di compiere passi in avanti importanti rischia, ora, di essere un suo rilevante elemento di disturbo, in quanto consente al potere politico di sovrapporsi, talvolta, in maniera indebita, al potere tecnico ed indipendente».

⁵⁸⁴ V. *supra*, Cap. II, par. 2.5.

(anche se non nel breve periodo) evoluzione volta a rafforzare il ruolo delle ANR rappresentate nel Comitato dei regolatori, irrobustirne l'autonomia dai rispettivi esecutivi e, dunque, condurre a una europeizzazione della regolazione energetica, sempre più indipendente da indirizzi e logiche particolaristiche⁵⁸⁵.

Si tratta di un percorso molto lungo e accidentato, il cui esito - la creazione di un organismo europeo soggettivamente e oggettivamente neutrale, con compiti di *economic regulation* del settore - è tutt'altro che sicuro. È tuttavia vero che il principio dell'indipendenza amministrativa enunciato dall'art. 298, c. 1 del Trattato di Lisbona («Nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente»), rappresenta una base giuridica idonea al rafforzamento del modello organizzativo emerso con l'ACER e con le altre *network agencies*. Ciò è maggiormente vero se si legge il secondo comma della summenzionata disposizione normativa, secondo cui il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare disposizioni finalizzate a garantire il rispetto del principio di indipendenza, autonomia ed efficienza dell'amministrazione europea. Il legislatore europeo, insomma, potrebbe dettare autonomamente una disciplina legislativa speciale, volta a garantire, attraverso *standard* univoci, margini di autonomia dal potere politico ancora maggiore alle agenzie di nuova generazione, potendo contare su una solida base giuridica all'interno del sistema dei Trattati⁵⁸⁶.

Molto dipenderà, oltre che dalla volontà politica degli Stati membri⁵⁸⁷, dal livello di incisività con cui l'ACER eserciterà nei prossimi anni le proprie competenze e dai risultati che sarà in grado di raggiungere nell'integrazione dei mercati nazionali e delle reti di trasmissione e distribuzione. Sotto questo aspetto, i segnali sono incoraggianti. L'ACER ha, nei suoi pochi anni di vita, esercitato le proprie competenze con discreto successo, soprattutto nella definizione di linee guida tecniche e di regolazione relative

⁵⁸⁵ *Contra*, E. Chiti, *Le trasformazioni delle agenzie europee*, cit., 70, ad avviso del quale: «Anche ammettendo che le agenzie dei settori dell'energia e della vigilanza finanziaria siano qualitativamente differenti dal modello consolidato di agenzia europea, si potrebbe dubitare della possibilità di ravvisare in alcuni specifici sviluppi settoriali i segni di una tendenza più generale, relativa alla graduale formazione di un nuovo tipo di agenzie».

⁵⁸⁶ Cfr. L. Caianiello, *op. cit.*, 1210. Nello stesso senso, anche se all'interno di una più ampia prospettiva di codificazione del procedimento amministrativo europeo, P. Craig, D. Curtin, G. della Cananea, H.C.H. Hofmann, O. Mir, J. Schneider, M. Wierzbowski, J. Ziller, *Book I - General Provisions* in H.C.H. Hofmann, J. Schneider, J. Ziller (a cura di), *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, 14-21.

⁵⁸⁷ Quella della Commissione europea sembra già essere nettamente indirizzata verso un rafforzamento delle funzioni dell'ACER. V. la Comunicazione del 25 febbraio 2015 citata *supra*, Cap. II, par. 2.6., nota 417.

all'abbattimento delle barriere interstatali e all'integrazione dei mercati e delle infrastrutture di trasporto e distribuzione. Particolarmente importante, per esempio, è stata la definizione da parte dell'Agenzia dei codici di rete per l'allocazione dei diritti di trasporto del gas transfrontaliero (definiti come una vera e propria «pietra miliare nel percorso di apertura dei mercati del gas nei Paesi membri»⁵⁸⁸) e la determinazione di regole comuni per lo scambio di energia elettrica all'ingrosso tra Stati membri (c.d. "market coupling").

Il rovescio della medaglia è però rappresentato dall'incapacità dell'Agenzia di esercitare con altrettanta convinzione i poteri decisionali relativi alle questioni di regolamentazione riguardanti le condizioni di accesso alle infrastrutture energetiche, di cui agli artt. 7 e 8 del regolamento istitutivo. Negli ultimi dieci anni, soprattutto nei primi anni successivi allo scoppio della crisi economico-finanziaria, la regolazione del mercato europeo dell'energia ha assunto un carattere marcatamente finalistico e dirigista, con un aumento del peso dei governi e della Commissione, a discapito dei regolatori nazionali e, quindi, dell'ACER. Quest'ultima, infatti, ha stentato a ritagliarsi un ruolo da protagonista nell'adozione di scelte che, seppur eventualmente, finirebbero per assumere un valore puramente regolatorio: di fatto, le decisioni espressione del potere di quasi-regolazione summenzionato non sono mai state adottate con sufficiente incisività⁵⁸⁹.

L'ACER, inoltre, dovrà essere in grado di affrontare un tema centrale dei prossimi anni, legato al bisogno urgente di costruire nuove infrastrutture che rispondano al crescente fabbisogno energetico continentale e che permettano di raggiungere significativi obiettivi di riduzione delle emissioni inquinanti. Gli investimenti necessari a realizzare reti trasmissione e produzione e impianti di stoccaggio di nuova generazione, ovviamente, dipendono da scelte di politica economica e industriale e dovranno essere reperiti in parte

⁵⁸⁸ Così, V. Termini, *Dall'armonizzazione al mercato unico: ACER – L'Agenzia europea per la regolazione dell'energia*, in P. Bilancia (a cura di), *op. cit.*, 146. Nel dettaglio, le regole proposte dall'ACER consistono nell'attribuzione dei diritti di trasporto transfrontaliero di gas naturale da un Paese all'altro sulla base di un meccanismo fondato su gare, funzionali a eliminare il più possibile le barriere tra i mercati nazionali. In aggiunta, dovrebbe realizzarsi lo spostamento dello scambio di gas dalle frontiere nazionali ad appositi *hub* e l'eliminazione della necessità per gli operatori economici di acquistare in due momenti distinti i diritti di uscita da un mercato e quelli di ingresso in un altro. Sul punto si vedano le *Framework Guidelines on rules regarding harmonised transmission tariff structures for gas*, FG-2013-G-01, adottate dall'Agenzia il 29 novembre 2013, sulle cui previsioni sono fondati i codici di rete.

⁵⁸⁹ Cfr. E. Bruti Liberati, *La governance in tema di esenzioni nel quadro della regolazione e della politica infrastrutturale energetica*, disponibile sul sito internet dell'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico (Aeegsi). Si veda, da ultimo, la decisione n. 07/2017 del 14 dicembre 2017 "On the congestion income distribution methodology", adottata su richiesta congiunta di tutte le ANR competenti, riunite nell'*Energy Regulators Forum*.

dal mercato e in parte attraverso risorse pubbliche⁵⁹⁰. L'Agenzia, tuttavia, ha le competenze necessarie ad assumere una posizione di primo piano nell'attività di redazione dei piani di sviluppo decennale delle reti a livello regionale, nazionale ed europeo, vero e proprio banco di prova per testare la sua capacità di ritagliarsi un ruolo da protagonista nella *governance* multilivello dell'energia e contemperare gli interessi particolari degli Stati, convogliandoli verso il raggiungimento di fini comuni⁵⁹¹.

L'ACER, infatti, può influenzare il contenuto dei piani decennali di sviluppo infrastrutturale in due distinti ma connessi momenti: quello della redazione da parte dei gestori di reti europei e quello dell'attuazione. Nella prima fase i gestori sono obbligati a sottoporre all'Agenzia il progetto di piano sul quale essa presenta un parere. Nel caso riscontri l'inadeguatezza di alcuni aspetti del progetto circa, per esempio, un sufficiente livello di interconnessione tra le reti nazionali o un adeguato ammontare di investimenti programmati, essa può esercitare una discreta pressione nei confronti dei gestori e spingerli ad adeguarsi ai propri indirizzi, sfruttando il peso della propria *expertise* tecnico-professionale. Nella fase attuativa, invece, è possibile riscontrare la presenza di maggiori elementi gerarchici. Nel caso in cui l'Agenzia verifichi, nell'esercizio della sua funzione di monitoraggio dei mercati energetici, delle incongruenze tra i piani, pur sempre non vincolanti, e gli investimenti effettivamente realizzati o le opere costruite, può raccomandare formalmente l'adozione delle misure necessarie ai gestori di rete, ai regolatori nazionali e alle altre istituzioni competenti⁵⁹².

⁵⁹⁰ La Commissione stima gli investimenti necessari in circa 200 miliardi di euro, da realizzare entro il 2020. V. Commissione europea, Sec (2010) 1395 def., del 17 dicembre 2010. Sul punto, M. Stella Richter Jr, *Incentivi e finanziamenti per lo sviluppo delle infrastrutture dell'energia*, in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Il regime giuridico delle infrastrutture dell'energia*, cit., 101, ss.

⁵⁹¹ Cfr. G. Bellantuono, *op. cit.*, 52. V. art. 6, c. 3 e 4 del regolamento ACER.

⁵⁹² *Ibidem*, 55. L'A. evidenzia come tale potere sia effettivamente poco incisivo di per sé, ma può comunque essere compensato dalla presenza di strumenti coercitivi a livello nazionale. In assenza degli investimenti previsti, infatti, le ANR coinvolte potrebbero trasferire i relativi compiti dai gestori di rete ad altri investitori, proprio su stimolo e spinta dell'ACER, di cui fanno parte attraverso il Comitato dei regolatori.

CAPITOLO IV
ESPERIENZE A CONFRONTO: PROFILI DI COMPARAZIONE NELL’OTTICA
DELL’INTEGRAZIONE

1. Perduranti differenze e spazi di convergenza tra i due modelli di regolazione indipendente: il modello statunitense e i nuovi organismi europei. – 1.1. Rapporti particolari: il ruolo delle autorità statali nel sistema federale americano e nelle nuove agenzie europee. – 1.2. Il settore energetico come campo privilegiato di analisi: ACER e FERC allo specchio. – 1.3. Il percorso del sistema europeo della regolazione indipendente verso quello statunitense: *non delegation doctrine* e “dottrina Meroni”. – 1.4. L’indipendenza del regolatore europeo e le spinte della globalizzazione. Un fenomeno di “americanizzazione del diritto”? – 1.5. Un bilancio (necessariamente) provvisorio alla luce dei cambiamenti “costituzionali” europei.

1. Perduranti differenze e spazi di convergenza tra i due modelli di regolazione indipendente: il modello statunitense e i nuovi organismi europei

Qualunque tentativo di comparazione tra il sistema della regolazione indipendente negli Stati Uniti e le nuove agenzie e autorità europee istituite nei mercati di settore deve necessariamente prendere le mosse da un dato: queste ultime agiscono in un sistema giuridico sovranazionale relativamente giovane e *sui generis*, fondato su un modello di *governance* squisitamente intergovernativo in costante evoluzione, mentre le *Independent Regulatory Commissions* operano da più di un secolo all'interno di una cornice istituzionale stabilmente federale. Secondo una definizione ormai classica, la forma di governo federale viene identificata in «un sistema di governo che incorpora prevalentemente una divisione dei poteri tra autorità generale (federale) e regionali (o statali), ognuna delle quali, nella sua propria sfera, è coordinata con le altre e indipendenti da esse»⁵⁹³.

L'ordinamento americano ruota intorno a un'autorità centrale composta da quattro rami: uno legislativo a struttura bicamerale (Camera dei rappresentanti e Senato), uno esecutivo con a capo il Presidente e uno giudiziario, rappresentato al più alto livello dalla Corte Suprema. Vista l'imponente crescita degli apparati amministrativi, le agenzie federali sono spesso indicate come un "fourth branch of government". Nell'Unione europea, le istituzioni maggiori sono quattro: il Parlamento europeo, che condivide il potere legislativo con il Consiglio a composizione intergovernativa, la Commissione europea con funzioni in senso lato di esecuzione e la Corte di giustizia.

L'origine storica delle agenzie indipendenti americane è inoltre profondamente diversa da quella degli omologhi organismi sorti, molto dopo, in quasi tutti gli ordinamenti nazionali europei: se le prime hanno rappresentato il tentativo di introdurre correttivi pubblici in settori economici precedentemente autoregolati e lasciati alla "mano invisibile" del mercato⁵⁹⁴, in Europa esse hanno perseguito il diverso obiettivo di alleggerire

⁵⁹³ K. C. Wheare, *Del governo federale*, Bologna, Il Mulino, 1997, 394. Il governo federale, nell'impostazione di Wheare, non va tuttavia confuso con la "costituzione federale", dal momento che «[u]na nazione può avere una Costituzione federale, ma in pratica attuare tale costituzione in maniera che il governo non rispetti il principio federale; o al contrario un paese dalla Costituzione non federale può agire in maniera da offrire un esempio di governo federale». La possibile esistenza di un governo federale anche all'interno di una cornice costituzionale di diversa impostazione è importante per l'analisi che si è condotta in questa sede, soprattutto al fine di intravedere dei cambiamenti in senso "federalista" anche nel contesto sovranazionale dell'Unione europea.

⁵⁹⁴ C. Harlow, *The 'Hidden Paw' of the State and the Publicisation of Private Law*, in D. Dyrenhaus (ed.), *A Simple Common Lawyer. Essays in honour of Michael Taggart*, Hart Publishing, 2009, 75 ss. parla appunto di "zampa nascosta dello Stato" che si affianca alla mano invisibile del mercato di cui parlava Adam

l'intervento pubblico dello "Stato imprenditore" attraverso strumenti di regolazione condizionale neutrali rispetto a tutti gli interessi in gioco e dotati di elevata caratura tecnico-professionale. È alla luce di tali differenze di partenza che l'attività di comparazione a livello istituzionale, organizzativo e funzionale deve necessariamente muoversi.

Nell'ordinamento giuridico e politico americano l'istituzione di soggetti indipendenti dall'esecutivo dotati di poteri di *adjudication* e soprattutto di *rulemaking* generali ha sollevato (e in parte ancora solleva) problematiche di ordine costituzionale relative al rispetto del principio della tripartizione dei poteri. Questioni risolte dalla Corte Suprema attraverso il c.d. "intelligible principle test", che permette di considerare legittima solo una delega di poteri che sia assistita da limiti, obiettivi e vincoli prestabiliti dal Congresso⁵⁹⁵. I tre *government branches*, infatti, non si pongono su tre piani rigidamente separati, ma ognuna di esse ha la possibilità di invocare l'azione dell'altra al fine di conformarsi ai propri doveri di ordine costituzionale. I dubbi relativi alla delega di funzioni miste alle IRC erano e sono originate soprattutto dalla possibilità che le stesse godano di un'eccessiva discrezionalità, che non troverebbe alcun fondamento democratico in soggetti posti al di fuori del circuito politico-rappresentativo.

Democraticità che, allora, viene recuperata "dal basso" attraverso strumenti di *accountability* come il rispetto del giusto procedimento (incentrato sulla partecipazione dei privati ai procedimenti di regolazione, soprattutto attraverso il meccanismo del *notice and comment*) e tramite il sindacato giurisdizionale sugli atti. Le IRC, inoltre, sono poste al centro di un complesso sistema di relazioni istituzionali con il Presidente e il Congresso che, seppur nel pieno rispetto del principio dell'indipendenza e dell'autonomia funzionale, permette comunque al potere legislativo (tramite gli strumenti del *Congressional oversight*) e a quello esecutivo (attraverso gli *executive orders* presidenziali e il potere di nomina dei commissari) di svolgere un fondamentale ruolo di *check and balance*.

Una dinamica di questo tipo non sarebbe ovviamente replicabile nell'odierna configurazione dell'ordinamento europeo, caratterizzato dall'assenza di una figura politica forte come quella del Presidente, dalla presenza di un'istituzione, la Commissione, solo genericamente assimilabile a un esecutivo e da un Parlamento ancora rappresentativo "dei

Smith. Per il rilevante, ma a volte nascosto, ruolo svolto dallo Stato anche in sistemi economici liberalizzati, come quello statunitense, si veda M. Mazzucato, *Lo Stato innovatore*, Bari-Roma, Laterza, 2013.

⁵⁹⁵ Cfr. A. Shapiro, P. R. Verkuil, *Administrative Law and Process*, cit., 48; T. W. Merrill, *Delegation and Judicial Review*, cit., 73; E. Carolan, *Democratic Accountability and the Non-Delegation Doctrine*, cit., 225. V. *infra*, par. 1.3.

popoli europei”. L’ostacolo maggiore alla costituzione di veri e propri regolatori indipendenti comunitari è stato sempre costituito inoltre dalla c.d. “dottrina Meroni”, con cui la Corte di giustizia ha affermato l’impossibilità di delegare poteri di regolazione a soggetti diversi dalle istituzioni previste dai Trattati per non alterare il sistema delle responsabilità da questi previsto. Alle agenzie, dunque, potrebbero essere delegate solo funzioni esecutive il cui esercizio dovrebbe essere sottoposto alla completa supervisione dell’organo legittimamente delegante in quanto titolare delle relative competenze⁵⁹⁶.

Le rilevanti diversità di contesto non impediscono tuttavia di riscontrare nelle nuove autorità e agenzie europee istituite a partire dal 2009 nel settore finanziario e in quello energetico⁵⁹⁷ caratteristiche organizzative ed operative del tutto nuove che, inserite in un contesto generale che sembrerebbe preludere al superamento delle restrizioni della “dottrina Meroni”, quantomeno nella sua lettura più intransigente, potrebbero aprire la strada a un avvicinamento al modello statunitense.

In primo luogo, le agenzie europee non sono menzionate nei Trattati, similmente a quelle statunitensi che non ricevono un esplicito riconoscimento costituzionale. In entrambi gli ordinamenti siamo di fronte a organismi dotati di personalità giuridica “di diritto secondario”, nel senso che sono poste al di fuori della cerchia delle istituzioni europee propriamente dette e, sempre come le commissioni americane, perseguono obiettivi speciali e non generali, come invece fa la Commissione europea. Ciò aumenta la loro capacità di agire come “independent expert organisations”⁵⁹⁸.

Un elemento di comunanza tra i due modelli può essere identificato nel centrale requisito dell’indipendenza che, per la prima volta, viene espressamente riconosciuta in capo alle agenzie della “quarta ondata”. Chiaramente, si tratta di un’indipendenza che si declina in modo diverso nei due contesti, ma che comunque persegue il medesimo scopo di fondo: “isolare” il regolatore permettendo l’assunzione di scelte neutre e autonome rispetto all’interesse politico. Negli Stati Uniti le IRC godono storicamente di indipendenza nei confronti del Presidente e del Congresso attraverso la previsione normativa di regole

⁵⁹⁶ Corte di giustizia UE, 13 giugno 1958, C-9/56 e C-10/56, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche s.p.a. c. Alta Autorità*.

⁵⁹⁷ Come visto nel Cap. 2, par. 2.3., il BEREC istituito nel settore delle comunicazioni elettroniche, pur godendo di un certo grado di decentramento amministrativo e di autonomia operativa, non è un’agenzia dal punto di vista tecnico e gode di poteri e competenze limitate rispetto alle *network agencies* propriamente dette (almeno fino a una sua riforma, pur prospettata dalla Commissione).

⁵⁹⁸ A. Forgács, *The Regulatory Powers of Agencies in the United States and in the European Union*, in *Eur. Networks L. & Reg. Q.*, 3, 11 2015, 20.

particolari in tema di nomina dei commissari, limiti alla loro rimozione e durata del mandato.

L'indipendenza che caratterizza le IRC, che si fonda soprattutto su garanzie di neutralità ed equidistanza dai due partiti dominanti e dal ondo degli interessi privati, non può chiaramente trovare applicazione nel diverso contesto europeo⁵⁹⁹.

Nelle nuove *network agencies* europee l'indipendenza viene invece difesa e rafforzata sia riconoscendola direttamente nei regolamenti istitutivi, sia coinvolgendo negli organi interni di maggior peso proprio le autorità indipendenti di regolazione nazionali. L'indipendenza assume allora un duplice significato: autonomia decisionale dell'agenzia nei confronti delle istituzioni europee, nazionali e dei soggetti regolati; rafforzamento dell'indipendenza delle singole *authorities* nazionali di settore nell'esprimere la propria volontà a livello europeo, impegnando direttamente lo Stato membro di appartenenza. Un'indipendenza che non rappresenta tuttavia solo una caratteristica propria dell'amministrazione europea, quanto anche il risultato delle peculiarità dei singoli regolatori nazionali.

L'indipendenza delle nuove agenzie, oltre che riconosciuta formalmente dai regolamenti istitutivi, dunque, deriva da quella delle singole autorità domestiche, secondo il modello dell'amministrazione comune, che si basa sull'attribuzione a soggetti europei originali di funzioni di regolazione che a livello interno sono svolte da autorità indipendenti. La nozione comunitaria di indipendenza finisce dunque per assumere un nuovo significato rispetto al passato, in cui la dimensione istituzionale della stessa era stata sempre sacrificata a favore di un'interpretazione tesa a dare risalto al concetto di "neutralità tecnica" di cui le agenzie erano portatrici. Tale lettura viene oggi superata attraverso il riconoscimento espresso alle *network agencies* di una posizione separata e autonoma rispetto alle altre istituzioni europee (e soprattutto alla Commissione) all'interno dell'architettura amministrativa dell'Unione.

Un altro punto di contatto tra i due modelli può riscontrarsi sul piano dei poteri e delle funzioni. Sia le IRC che le nuove autorità europee esercitano poteri generalmente catalogabili come *soft law*, poteri di risoluzione delle controversie (almeno le autorità

⁵⁹⁹ Cfr. M. Shapiro, *A comparison of US and European independent agencies*, in S. Rose Ackerman, P. L. Lindseth (a cura di), *Comparative Administrative Law*, cit., 301, che afferma come ciò derivi principalmente dall'enorme *deficit* democratico di cui l'Unione europea soffre atavicamente. Negli Stati Uniti, «independence is independence from or, at least, attenuation of, a party politics seeking electoral advantage. The politics most feared in the EU is not party politics in the direct sense. (...) Although not all the independent agencies have exactly the same structure, typically they reflect the tension between national political interests and optimal EU performance».

finanziarie), nonché poteri decisionali indirizzati a destinatari specifici e predeterminati. È indubbiamente vero, però, che le autorità indipendenti statunitensi esercitano poteri di *rulemaking* vincolanti e a carattere generale, che permettono loro di esercitare un vero e proprio potere normativo di secondo grado da cui scaturiscono diritti e doveri per gli operatori economici il cui esercizio è formalmente precluso alle nuove agenzie ed autorità europee.

La suddetta differenza, tuttavia, non impedisce a queste ultime di operare tramite poteri che *de facto* producono i medesimi effetti e che si esprimono attraverso atti non legislativi vincolanti e a portata generale. Il potere che ESMA, EBA ed EIOPA possono esercitare, seppur in situazioni di carattere emergenziale e residuale, di proibire o limitare temporalmente lo svolgimento di determinate attività finanziarie quando considerate pericolose per il corretto funzionamento e l'integrità dei mercati o per la stabilità del sistema finanziario dell'Unione, depone in questo senso. Le ESA, poi, elaborano norme tecniche di regolamentazione o di attuazione che possono essere rese vincolanti dalla Commissione. Si tratta di regole che si indirizzano in maniera generale a qualunque soggetto detentore di uno specifico strumento finanziario o che effettui una specifica operazione. Poteri di quasi-regolazione sono attribuiti anche all'ACER⁶⁰⁰, senza dimenticare che le nuove agenzie europee sono comunque in grado di influenzare i settori regolati attraverso *guidelines* non vincolanti, raccomandazioni e altri atti di *soft law*.

Le nuove autorità e agenzie europee, dunque, presentano indubbiamente elementi che le rendono avvicinabili al modello statunitense, storicamente il primo ad affermarsi con caratteri ancora oggi riscontrabili. Le differenze, tuttavia, sono altrettanto, sia sul piano dei poteri e delle attribuzioni, sia su quello del ruolo svolto all'interno del sistema economico e sociale. Il vero valore aggiunto dei nuovi soggetti comunitari, però, risiede nel contesto culturale, politico e giuridico, in cui sono nate e si sono affermate, che, seppur con diversi limiti (in primo luogo legati al fenomeno della “cattura del regolatore” e alla lentezza dei processi regolatori), ancora vede nella regolazione indipendente un efficace mezzo per raggiungere obiettivi di pubblico interesse, al di fuori di logiche di breve periodo legate ai cicli elettorali cui la politica tende a rispondere.

Negli Stati Uniti, infatti, si è assistito a partire dagli anni Novanta a un «declino del governo tramite autorità indipendenti», o comunque una fase di stallo caratterizzata dall'incapacità di rinnovamento del modello, che ha stimolato numerosi tentativi legislativi

⁶⁰⁰ V. *infra*, par. 1.3.

di riformarne il ruolo sociale ed economico⁶⁰¹. Un parziale invecchiamento che deriva in larga parte dal modificarsi dei rapporti di forza all'interno del sistema federale tra poteri pubblici e forze economiche private, in cui sembrano da un lato ampliarsi gli spazi del mercato, dall'altro diminuire la fiducia in una regolazione amministrativa di tipo tecnico, a vantaggio del potere politico tradizionale. Il modello di *agency* americano, d'altro canto, è sempre stato caratterizzato dall'evidente limite rappresentato dalla costante "revisione" del concetto e delle dimensioni dell'autonomia operata dai Presidenti in relazione ai diversi momenti politici e rapporti di forza tra i poteri statali.

Un'indipendenza "a geometrie variabili" che ha finito per rappresentare un decisivo ostacolo alla capacità delle autorità indipendenti di affermarsi negli anni delle presidenze caratterizzate da un maggiore protagonismo a livello regolatorio ed economico. L'incapacità delle autorità indipendenti di prevenire e rispondere celermente alla crisi economica e finanziaria scoppiata nel 2007, infine, ha ulteriormente accelerato il predetto processo di invecchiamento, aumentando la sfiducia dell'opinione pubblica verso la loro effettiva capacità di vigilare sul rispetto delle regole nei mercati.

In Europa, invece, l'esperienza dei nuovi regolatori europei, è all'inizio, ma si inserisce all'interno di un contesto generale in cui la diffusione di istituzioni non maggioritarie non ha ancora perso il suo slancio e la sua spinta propulsiva, anzi. La crisi ha certamente avuto conseguenze negative sul modello e sulla sua affidabilità anche negli Stati europei, producendo su entrambe le sponde dell'Atlantico reazioni simili con riferimento al nuovo ruolo dei poteri pubblici in economia.

Dopo l'iniziale reazione di sfiducia nei confronti dei regolatori indipendenti, che si andava a innestare in un contesto di scarso *appeal* del modello, tuttavia, si è ora generato anche negli Stati Uniti un clima di rinnovata (per quanto non sempre condivisa) fiducia nei confronti di forme di intervento maggiormente improntate a *standard* di terzietà (declinata negli U.S.A. soprattutto come distanza rispetto agli interessi privati, in particolare quelli

⁶⁰¹ Così, G. Giraudi, M. S. Righettini, *Le autorità amministrative indipendenti*, Roma-Bari, Laterza, 2001, 38. Spesso tali tentativi di riforma si sono mossi nella direzione di aumentare l'influenza del potere legislativo sull'azione delle IRC, riconducendole a una qualche forma di responsabilità democratica altrimenti assai annacquata e limitando al tempo stesso il controllo presidenziale. In questo senso si è mossa l'importante riforma promossa dal Congresso nel 1996 (*Public Law 104-121 – The contract with the American Advancement Act*), con cui tutte le agenzie federali, esecutive o indipendenti, devono sottoporre alla revisione del Congresso una serie di attività di regolamentazione e regolazione tecnica (comprensiva sia delle *major rules* che delle altre decisioni minori). Cfr. anche A. Scalia, *Le Independent Regulatory Agencies nell'ordinamento statunitense*, in *Attività regolatoria e Autorità indipendenti. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas, Atti del convegno, Roma 2-3 febbraio 1996*, in *Quaderni della Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 13, 1996, 313 ss.

legati al mondo di Wall Street, che avevano condotto alla crisi in assenza di adeguati cordoni pubblici) e professionalità.

Se è vero che in un primo momento la risposta alle sollecitazioni della bolla finanziaria e della conseguente recessione economica si è tradotta nell'aumento degli interventi diretti da parte dei governi, finalizzati al salvataggio dei settori bancari, assicurativi e di numerosi comparti produttivi strategici (come la produzione automobilistica), successivamente si è reso necessario sperimentare nuovi e ancora più intensi meccanismi di regolazione del mercato che da un lato, sostituissero la ormai non plausibile capacità di auto-disciplina dello stesso e, dall'altro, fossero in grado di ricondurre la responsabilità di scelte sistemiche e di lungo periodo a un sistema di decisione pubblico capace di tenere in considerazione tutti gli interessi in gioco, collettivi e individuali⁶⁰².

In Europa è la ricerca di nuovi modelli cui ispirare l'intervento pubblico economico e sociale che ha condotto a una più generale riflessione sulla dimensione della regolazione stessa: se le questioni e i problemi posti dalla crisi (ma più in generale dalla modernità e dalla globalizzazione) assumono una dimensione mondiale, la risposta regolatoria non potrà che assumere una dimensione sovranazionale se vuole essere efficace⁶⁰³. È in questa cornice che si inserisce la creazione degli organismi europei con funzioni non solo di coordinamento tra le autorità indipendenti nazionali, ma anche di regolazione continentale, strumentale al rafforzamento del mercato unico e alla prevenzione rispetto al ripetersi di crisi sistemiche.

La dimensione europea ha fornito alle pubbliche amministrazioni statali «una proiezione oltre i confini nazionali, sia sul piano funzionale – perché i provvedimenti adottati spesso hanno effetti non limitati all'ordinamento nazionale di provenienza – sia sul piano strutturale, perché i regolatori nazionali sono organizzati in reti alle quali partecipa, con un ruolo di volta in volta più o meno significativo, anche la Commissione»⁶⁰⁴.

⁶⁰² Così, L. Torchia, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, cit., 12. Sul punto si veda E. Balleisen, D. Moss (a cura di), *Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation*, disponibile al sito internet <http://www.tobinproject.org>.

⁶⁰³ La necessità di regole quanto più condivise a livello internazionale per rispondere a istanze e pressioni globali è sottolineata da J. E. Stiglitz, *Making Globalization Work*, New York, W. W. Norton and Company, 2006. C. Scott, *Regulatory Governance and the Challenge of Constitutionalism*, EUI Working Papers, 7, 2010, 5, evidenzia come rientri nel concetto stesso di “regulatory capitalism” (sul quale si rinvia al Cap. I) l'idea della crescita, accanto alla regolazione statale, di forme di “non-state regulation” imputabili ad attori sovranazionali, all'interno di un fenomeno di «simultaneous re-centring and de-centring».

⁶⁰⁴ Così, L. Torchia, *La regolazione dei mercati di settore fra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, cit., 6. La nuova dimensione europea non risolve, però, le problematiche da sempre legate

L'insufficienza delle politiche nazionali rispetto ai problemi posti dalla globalizzazione e a fenomeni economici di natura mondiale, infatti, ha reso pressante l'esigenza di coordinare, integrare e accentrare a livello comunitario politiche di regolazione ormai insufficienti e inefficaci se condotte e applicate a livello esclusivamente nazionale.

1.1. Rapporti particolari: il ruolo delle autorità statali nel sistema federale americano e nelle nuove agenzie europee

Nonostante le differenze che indubbiamente caratterizzano i due sistemi, tra i punti di convergenza si può identificare l'attualità della "questione del federalismo" e del connesso dibattito circa i rapporti tra il livello di governo centrale (l'amministrazione federale americana o l'UE) e quello periferico (gli Stati)⁶⁰⁵. Se in Europa, infatti, si è assistito negli ultimi decenni a una tendenza alla allocazione delle competenze dagli Stati membri al livello comunitario, negli U.S.A. la crescita del governo federale degli anni Sessanta e Settanta ha comportato la "federalizzazione" di una serie di attribuzioni e campi di intervento, come l'energia e la protezione dell'ambiente⁶⁰⁶.

Un ruolo importante nei processi di regolazione statunitensi è giocato dalle agenzie dei singoli Stati, indipendenti o esecutive, che compiono scelte che molto spesso non coinvolgono questioni di particolare interesse nazionale e rilevanza, ma che comunque riguardano da vicino gli appartenenti alle singole comunità locali.

Tale attività viene condotta attraverso l'utilizzo di molteplici strumenti giuridici di *policymaking*, tra i quali l'adozione di decisioni prese a conclusione di "contested case proceedings", che permettono alle agenzie di adottare scelte innovative destinate a produrre di fatto effetti a carattere generale, ma all'interno di un procedimento di carattere para-giurisdizionale. Le agenzie statali, così come quelle federali, sono poi chiamate al rispetto delle procedure amministrative prescritte dall'*Administrative Procedure Act*, quando intendono adottare regole generali, esercitando i propri poteri di *rulemaking*⁶⁰⁷.

all'attività delle autorità indipendenti, in primo luogo la tendenza al sezionalismo e al conseguente rischio di cattura del regolatore da parte dei soggetti regolati.

⁶⁰⁵ G.A. Bermann, *Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States*, in *Colum. L. Rev.*, 94, 1994, 332.

⁶⁰⁶ D. Geradin, *The Development of European Regulatory Agencies: What the EU Should Learn from the American Experience*, in *C.J.E.U.L.*, 11, 2004, 6.

⁶⁰⁷ Non sempre, però, le norme procedurali prescritte a livello legislativo vengono rispettate, soprattutto per l'importante dispendio di tempo che esse comportano. Spesso le agenzie statali cercano altri metodi informali per attuare le proprie scelte di regolazione. Cfr. G. A. Beck, *State Agency Policymaking: More Interpretation or Illegal Rulemaking?*, in *Hennepin Law*, 54, 1984-1985, 10 ss., che sottolinea come lo

I rapporti tra il livello centrale e quello periferico sono basati sostanzialmente su un'attività di consultazione che le agenzie statali svolgono nei processi di *rulemaking* e *adjudication* federali. Gli Stati hanno accesso ai procedimenti di regolazione federale in primo luogo grazie a una serie di prescrizioni legali che obbligano le agenzie federali a tenere in considerazione il loro parere nell'ambito di procedure consultive formali. È questo il caso del *Unfunded Mandates Reform Act* del 1995, che impone alle agenzie di consultare i rappresentanti degli Stati e presentare loro una dettagliata analisi di impatto della regolazione prima di adottare qualunque provvedimento vincolante che comporti un onere a carico degli Stati per un importo complessivo maggiore di cento milioni di dollari (anche sotto forma di riduzione dei fondi federali destinati a finanziare programmi statali o regionali)⁶⁰⁸.

L'influenza maggiore che gli Stati sono in grado di esercitare a livello centrale, tuttavia, si sviluppa seguendo canali informali che ruotano intorno a incontri e gruppi di lavoro bilaterali variamente denominati, in grado di creare strutture e meccanismi che potrebbero addirittura essere definito di "co-regolazione"⁶⁰⁹. Ciò deriva dalla circostanza che il successo e l'efficacia delle misure promosse dalle autorità federali dipendono in larga parte dal livello di attuazione che esse riceveranno a livello locale (e, quindi, dall'intensità con cui le agenzie statali le porteranno in esecuzione garantendone l'*enforcement*).

Le agenzie federali, infine, sono particolarmente incentivate all'ascolto delle istanze periferiche in conseguenza della peculiare sensibilità mostrata dalla Corte Suprema in relazione agli interessi statali, non tollerando e considerando non conformi alla Costituzione provvedimenti di regolazione che non avessero tenuto in debito conto le posizioni espresse dagli Stati o che non avessero garantito adeguati diritti partecipativi ai loro rappresentanti⁶¹⁰.

strumento di *policy* amministrativa che maggiormente ha suscitato reazioni da parte degli organi legislativi e giurisdizionali sia stato quello relativo all'adozione di una dichiarazione (sotto forma di *guidelines* interne, bollettini, manuali, direttive o istruzioni) scritta da parte dell'agenzia, contenente la descrizione degli obiettivi e della politica che la stessa intende perseguire, al di là e indipendentemente dai procedimenti di *rulemaking* e di *adjudication* prescritti dall'*Administrative Procedure Act*.

⁶⁰⁸ *Unfunded Mandates Reform Act of 1996*, Pub. L. No. 104-4, 1996. U.S.C. § 1534(a).

⁶⁰⁹ M. Seifter, *op. cit.*, 468, il quale aggiunge poi che la natura condivisa dei programmi di regolazione, e il lavoro svolto insieme, spinge i regolatori federali e statali a sviluppare stretti legami e condividere «a sense of a common ground and mission». Spesso, inoltre, ci sono considerazioni squisitamente politiche dietro la scelta di accogliere a livello federale determinate istanze provenienti da collegi elettorali particolarmente delicati per gli esiti delle elezioni legislative o presidenziali.

⁶¹⁰ Cfr. B. Galle, M. Seidenfeld, *Administrative Law's Federalism: Preemption, Delegation, and Agencies at the Edge of Federal Power*, in *Duke L.J.*, 54, 2008, 1978. La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie perseguono oggi gli obiettivi del c.d. "federalismo amministrativo", impostazione ideologica e

Nella pratica, tuttavia, la partecipazione delle agenzie statali all'attività di regolazione federale si rivela spesso non in linea con gli obiettivi perseguiti delle commissioni federali e comunque non in grado di assicurare un contributo positivo in termini di maggiore condivisione e legittimazione dei provvedimenti di regolazione centrali.

In primo luogo perché gli esponenti delle amministrazioni statali sono naturalmente ed “egoisticamente” guidati dagli interessi particolari e diversificati dei propri Stati di origine⁶¹¹; inoltre, perché i rappresentanti delle diverse amministrazioni statali (e dei gruppi d'interessi e pressione locali) tendono ad “appiattire” le differenze esistenti tra loro al fine di assumere posizioni comuni e acquisire maggiore potere negoziale nei confronti delle misure di regolazione proposte Washington. Ciò comporta, conseguentemente, il perseguimento e l'eventuale raggiungimento di obiettivi al ribasso.

Il ruolo e il peso delle autorità indipendenti di regolazione nazionali negli equilibri delle *network agencies* europee è, ovviamente, diverso ma anche maggiore rispetto a quanto avviene oltreoceano. Le agenzie e autorità nate dopo il 2009, infatti, non sono dotate degli stessi incisivi poteri normativi di secondo livello che sono invece quotidianamente esercitati dai regolatori statunitensi (si pensi alla funzione di *price setting* o di determinazione generale degli obblighi di accesso e interconnessione alle infrastrutture a rete). Il rapporto tra le autorità statali e le commissioni indipendenti, inoltre, va inserito all'interno della cornice istituzionale federale degli Stati Uniti, in cui la ripartizione delle competenze tra governo centrale e singoli Stati è sancita direttamente dalla Costituzione.

La natura ibrida dei nuovi organismi comunitari, unita al loro ruolo di strumento funzionale a favorire la cooperazione orizzontale e il graduale accentramento a livello europeo di determinate competenze (decisionali, paragiurisdizionali e di semi-regolazione), allora, fa sì che il rapporto centro-periferia non possa essere interpretato e compreso se non

giuridica che dovrebbe sempre caratterizzare i rapporti verticali tra i diversi livelli di governo negli Stati Uniti, imponendo al livello federale di tenere in considerazione gli *input* provenienti dagli Stati (cui deve essere garantito accesso ai procedimenti decisionali federali), alle corti di limitare il loro atteggiamento di “deference” nei confronti delle agenzie federali quando queste abbiano omesso di collaborare con i rappresentanti statali e concedendo agli Stati di godere di un certo grado di discrezionalità dell'attuazione del diritto federale. In generale sull’“administrative federalism” v. R. M. Hills, Jr., *The Political Economy of Cooperative Federalism: Why State Autonomy Makes Sense and “Dual Sovereignty” Doesn't*, in *Mich. L. Rev.*, 96, 942-43 &n.422, 1998, 813.

⁶¹¹ E. Ryan, *Negotiating Federalism*, in *B.C. L. Rev.* 52, 2011, 28. L'A. afferma infatti come sia erronea la convinzione che la partecipazione degli Stati ai procedimenti di regolazione federale sollevi questioni uniche e diverse da quelle tipiche connesse alla partecipazione dei privati ai procedimenti amministrativi. Infatti, «[S]tate agents negotiate with federal policymakers just like any other lobby to protect their interests during federal lawmaking. These negotiations reflect the normal workings of our interest group representation model of governance, in which stakeholders leverage their representation to accomplish their preferences during the legislative process».

tenendo conto dell'originale configurazione istituzionale e organizzativa delle agenzie europee.

Le ANR, infatti, sono direttamente rappresentate all'interno dei nuovi organismi e compongono l'organo cui sono rimesse le decisioni fondamentali, il Comitato dei regolatori o Consiglio delle Autorità di vigilanza per le autorità del settore finanziario. La minor incisività dei poteri di cui le agenzie sono dotate, dunque, viene in un certo senso compensata dal protagonismo delle autorità statali che da un lato, agiscono a livello europeo, sì rappresentando e impegnando il proprio Paese, ma, dall'altro, sono (o dovrebbero essere) completamente autonome e indipendenti dagli indirizzi governativi e della Commissione, ritagliandosi un ruolo di evidente centralità nell'economia operativa e decisionale degli organismi europei. Il minor grado di centralismo decisionale a livello europeo, rispetto a quanto accadrebbe in un ordinamento compiutamente federale, dunque, viene controbilanciato dalla maggiore e incisiva presenza e azione statale negli organismi dell'Unione e, di conseguenza, da un maggior grado di condivisione delle scelte tra livelli di governo diversi.

Il ruolo delle *authorities* nazionali è stato dunque accresciuto dall'istituzione delle nuove agenzie europee, non solo dal punto di vista della loro capacità di partecipare alle scelte assunte a livello europeo, derivante dal loro coinvolgimento diretto in sede comunitaria, ma anche sul piano interno. Esse sono infatti direttamente responsabili dell'attuazione del diritto europeo sul territorio nazionale e, conseguentemente, più forti e autonome nei confronti dei rispettivi esecutivi. La creazione di stabili soggetti europei dotati di poteri innovativi e di un elevato grado di indipendenza a trecentosessanta gradi, d'altro canto, comporta anche che sul piano verticale le ANR subiscano per certi versi una restrizione dei propri margini di manovra, vista la possibilità per le agenzie europee di cui fanno parte di imporre loro l'adozione di determinate scelte o di far valere la supremazia del diritto europeo su quello nazionale⁶¹².

Se, dunque, negli Stati Uniti le autorità indipendenti federali esercitano compiti tipicamente di regolazione, ma all'interno di un contesto generale in cui è particolarmente difficile che quelle scelte siano frutto di un processo di condivisione con le agenzie

⁶¹² Si veda, per esempio, l'art. 19 dei regolamenti istitutivi di EBA, ESMA ed EIOPA che attribuiscono alle autorità finanziarie il potere di inserirsi all'interno di un contrasto tra due ANR circa il contenuto o il procedimento seguito per l'adozione di una misura di regolazione, prima attribuendo loro un potere conciliativo, poi, in caso di insuccesso della fase di conciliazione, dando loro il potere di imporre alle autorità nazionali l'adozione di «una decisione per imporre loro di adottare misure specifiche o di astenersi dall'agire al fine di risolvere la questione, con valore vincolante per le autorità competenti interessate, e assicurare il rispetto del diritto dell'Unione».

rappresentative degli interessi statali, il cui apporto partecipativo spesso non appare in grado di legittimare “dal basso” le decisioni delle IRC, nel contesto europeo accade in un certo senso l’opposto. L’assenza di autorità indipendenti europee propriamente dette e di poteri regolatori incisivi come quelli esercitati dalle *authorities* nazionali, insieme alla peculiare *governance* dei nuovi organismi comunitari, fa sì che il ruolo delle ANR sia centrale nella determinazione degli indirizzi e delle decisioni volte a orientare e disciplinare i mercati di settore (decisioni che, conseguentemente, non potranno che essere il risultato di un’azione di cooperazione volta al raggiungimento di un’intesa tra le varie autorità nazionali).

1.2. Il settore energetico come campo privilegiato di analisi: ACER e FERC allo specchio

Anche nel settore energetico la maggiore differenza tra i due sistemi è rappresentata dalla presenza, nell’ordinamento americano, di un forte regolatore federale indipendente, la *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC). Dotata di compiti di regolazione, che esercita attraverso penetranti poteri normativi di secondo livello generali e astratti, e supervisione sulle industrie di energia elettrica, gas naturale, trasporto di prodotti petroliferi, la FERC si occupa, tra le molte materie di sua competenza, di vendite interstatali di elettricità; fissazione delle tariffe nel settore del gas; concessione di licenze per la produzione di energia⁶¹³.

Tra le altre funzioni, essa è responsabile della supervisione sui prezzi che le compagnie produttrici di energia elettrica praticano nei confronti delle imprese di distribuzione nel mercato all’ingrosso e sulle tariffe di trasmissione interstatale di elettricità e gas, al fine di verificare che siano “just and reasonable”; regola la trasmissione e la vendita di gas e petrolio nel commercio interstatale all’ingrosso; rilascia licenze per la realizzazione di progetti idroelettrici; approva la localizzazione di condotte interstatali per il trasporto di gas naturale e di strutture di stoccaggio; vigila sull’affidabilità del sistema nazionale di trasmissione elettrica ad alto voltaggio; monitora il mercato energetico, esercitando funzioni antitrust volte a impedire concentrazioni dannose per la concorrenza; può stabilire severe sanzioni pecuniarie a carico di persone fisiche e giuridiche in caso di violazioni normative da essa accertate.

⁶¹³ V. *supra*, Cap. III, par. 1.

L'ACER non è dotata di tali competenze. Questa agenzia per la cooperazione tra i regolatori nazionali esercita funzioni consultive nei confronti delle autorità statali ed europee ed è dotata di facoltà meno incisive anche rispetto alle autorità del settore finanziario, le quali godono di veri e propri poteri di quasi-regolazione sostitutivi rispetto alle autorità statali. Tuttavia, è comunque possibile evidenziare nel regolamento istitutivo dell'ACER, e nel programma portato avanti fino a questo momento, rilevanti elementi che avvicinano quest'agenzia più al modello dell'*authority* indipendente di regolazione che a quello dell'agenzia europea tradizionale e che, di conseguenza, consentono di individuare anche nel settore energetico i segni di quel percorso che si ritiene stia lentamente avvicinando il sistema della regolazione europea a un modello più accentrato, come quello nordamericano.

Un percorso che ha visto nel “terzo pacchetto” un passaggio fondamentale verso il superamento delle disomogeneità e divisioni delle politiche e degli approcci amministrativi degli Stati membri, da un lato attraverso il rafforzamento della posizione dei regolatori indipendenti nazionali rispetto ai governi e, dall'altro, tramite una maggiore centralizzazione (o “europeizzazione”) dei poteri di regolazione⁶¹⁴. La logica del *network* su cui si era fondata la precedente esperienza dell'ERGEG, infatti, si era rivelata insufficiente e incapace di sviluppare *standard* tecnici e approcci condivisi per lo sviluppo del mercato interno e di quelli regionali. Gli obiettivi predetti, dunque, passano necessariamente per l'istituzione di un organismo europeo stabile, che assuma la forma dell'agenzia ma che comunque sia espressione dei regolatori nazionali, gli unici dotati dell'*expertise* necessaria a raggiungerli.

L'ACER è dotata di incisive potestà decisionali relative a singoli casi e destinatari predeterminati e può esercitare poteri atipici sostanzialmente regolamentari e a efficacia

⁶¹⁴ In questi termini, E. Bruti Liberati, *La nuova governance europea dei mercati energetici*, cit., 66. Un'interpretazione diversa è invece data da L. Hancer, A. de Hauteclouque, *Manufacturing the EU Energy Markets: the Current Dynamics of Regulatory Practice*, in *Competition and Regulation in Network Industries*, 11, 3, 2010, 315, secondo cui l'ACER sarebbe in realtà privo di reali poteri decisionali e di veto, mentre la Commissione avrebbe iniziato a fare uso di un potere di regolazione quasi *ex ante* grazie alle proprie funzioni antitrust, al fine di correggere i difetti dei mercati energetici. Tale interpretazione è in parte fatta propria anche da P. Bilancia, *L'Agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell'energia*, cit., 697, che si chiede se non sia il caso di vedere nell'ACER uno strumento di semplice raccordo tra le ANR e la Commissione, funzionale per permettere quest'ultima di attrarre i regolatori statali nella propria area di influenza. La stessa A., tuttavia, dubita che l'ACER nel medio-lungo periodo possa diventare «il braccio armato della Commissione», vista la centralità del Comitato dei regolatori, vero e proprio «contropotere nei confronti della Commissione» e della natura tecnica dell'Agenzia. Si potrebbe inoltre aggiungere che tale visione, eccessivamente pessimistica nei confronti del potenziale e della reale autonomia e neutralità dell'ACER, parrebbe essere smentita anche dall'impossibilità, se non attraverso canali informali, per la Commissione di prendere parte alle decisioni del Comitato, visto che il suo rappresentante è sprovvisto di diritto di voto.

generale, attraverso provvedimenti che assumono la forma della decisione ma che sono relativi a questioni di regolamentazione riguardanti le condizioni di accesso alle infrastrutture energetiche che collegano almeno due Stati membri, seppur soltanto in caso di disaccordo tra le competenti autorità nazionali.

Si tratta di decisioni che, nonostante la forma giuridica, sono in grado di produrre effetti nei riguardi di destinatari non individuati *ex ante*. Lo stesso potenziale è insito nelle decisioni relative alla realizzazione di investimenti transfrontalieri e alla suddivisione dei costi di investimento tra i vari gestori dei sistemi di trasmissione⁶¹⁵.

Infine, l'Agenzia esercita importanti competenze nel settore infrastrutturale, definendo i criteri e le linee guida che dovranno essere rispettate nella definizione dei codici di rete (che, su proposta dell'ACER stessa, potranno essere eventualmente resi successivamente vincolanti per tutti i Paesi membri dalla Commissione) e nella determinazione dei piani di sviluppo decennale delle reti di trasporto e distribuzione di elettricità e di gas naturale.

Un utile mezzo per rafforzare tali poteri di “quasi-regolazione” a efficacia di fatto generale, e per dare loro una legittimazione di carattere democratico, anche se dal basso, potrebbe essere rappresentato dalla previsione di adeguati strumenti di partecipazione da parte degli *stakeholders* nei procedimenti volti all'adozione sia degli atti di *soft law* che delle decisioni vere e proprie. Strumenti che a oggi sono previsti, ma non appaiono sufficientemente sviluppati. Al di là delle previsioni regolamentari di carattere generale⁶¹⁶, infatti, vincoli procedurali incisivi sono previsti solo in relazione all'adozione degli orientamenti quadro o alla proposta dei codici di rete, dovendo l'Agenzia indicare in quale misura le osservazioni ricevute durante la consultazione sono state prese in considerazione. Qualora non dia seguito ad alcune delle osservazioni ricevute, ne deve indicare le ragioni⁶¹⁷.

⁶¹⁵ Il concetto di “regolazione”, d'altronde, non appare imbrigliabile all'interno di confini definitivi fissi e stabili. Come evidenziato da E. Bruti Liberati, *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2014, 93, «in definitiva la soluzione che appare preferibile è quella di definire di volta in volta i confini della categoria in relazione allo specifico problema o alla specifica disciplina da considerare».

⁶¹⁶ L'unica disposizione del regolamento istitutivo che fa riferimento a un'attività di consultazione che permetta la partecipazione dei regolati è l'art. 10, ai sensi del quale: «Nello svolgimento dei suoi compiti, in particolare nel processo di sviluppo di orientamenti quadro a norma dell'articolo 6 del regolamento (CE) n. 714/2009, e dell'articolo 6 del regolamento (CE) n. 715/2009, nonché nel processo di proposta di modifiche dei codici di rete di cui all'articolo 7 dei suddetti regolamenti, l'Agenzia consulta ampiamente e tempestivamente i soggetti partecipanti al mercato, i gestori dei sistemi di trasmissione, i consumatori, gli utenti finali e, se del caso, le autorità della concorrenza, fatte salve le rispettive competenze, in modo aperto e trasparente, specialmente quando i suoi compiti riguardano i gestori dei sistemi di trasmissione».

⁶¹⁷ Art. 10, c. 3 del Regolamento ACER.

Non sono tuttavia previste procedure di consultazione strutturate sul modello del *notice and comment* statunitense che, attraverso l'obbligo per il regolatore di pubblicare preventivamente la bozza di decisione, permetterebbe di rendere queste ultime non solo più condivise con i soggetti regolati, ma anche più trasparenti. L'originale configurazione dell'ACER, così distante dalla classica *governance* che invece caratterizza la FERC (che si compone di cinque membri nominati secondo una logica *bipartisan* dal Presidente per un mandato di cinque anni, assistito dalle garanzie di inamovibilità e autonomia operativa tipiche di tutte le *Independent Commissions*), potrebbe paradossalmente rappresentare una soluzione a una delle criticità maggiormente avvertite nel quotidiano agire della FERC.

Negli Stati Uniti, come visto, la presenza di un regolatore federale non impedisce che il sistema presenti nel suo complesso (soprattutto, ma non solo, con riferimento alle infrastrutture energetiche) caratteri fortemente policentrici. La mancanza di una politica federale sulle reti e la frammentazione delle competenze si accompagnano all'impossibilità per la FERC di autorizzare la costruzione di reti elettriche, competenza che appartiene alle autorità dei singoli Stati⁶¹⁸. Queste tendenzialmente possono, in maniera esclusiva, pianificare la costruzione delle infrastrutture all'interno delle aree geografiche di riferimento. Alla luce dei molti tentativi di superare questa situazione⁶¹⁹, effettivamente limitante rispetto alla realizzazione di ingenti investimenti nel settore, la comparazione con la soluzione organizzativa scelta a livello europeo assume un nuovo significato.

Come detto, la *governance* multilivello costruita dal regolamento istitutivo dell'ACER ricerca un delicato equilibrio tra un assetto di tipo gerarchico e il tentativo di favorire la cooperazione spontanea tra i regolatori dell'energia. Il ruolo da protagonista assegnato ai regolatori nazionali all'interno del Comitato dei regolatori, organo di vertice dell'Agenzia, quindi, rappresenta un efficiente strumento di coinvolgimento delle autorità statali e di coordinamento a livello centrale delle diverse strategie infrastrutturali relative alle reti transfrontaliere, vero punto nodale delle politiche energetiche dei prossimi decenni. Il superamento della rete di regolatori nazionali, dunque, assume il senso del passaggio verso una costruzione comune più complessa ma più stabile, in cui la voce del

⁶¹⁸ Cfr. K. Porter, S. Fink, *State Transmission Infrastructure Authorities: the Story so Far*, in *Electricity Journal*, n. 2, 22, 2009.

⁶¹⁹ Si pensi ai già trattati *Independent System Operators* e alle *Regional Transmission Organizations*, istituite dalla FERC proprio per coordinare i piani infrastrutturali predisposti nelle singole aree geografiche, oppure all'*Order 1000* del 2010 con cui la stessa Autorità ha stabilito l'obbligo per ogni gestore di rete di partecipare a un programma di pianificazione regionale che tenga conto degli obiettivi stabiliti a livello federale. Cfr. G. Bellantuono, *op. cit.*, 77; N. A. McTyre, *op. cit.*, 51 ss.

regolatore europeo sia in grado di sostituirsi progressivamente a quella delle autorità nazionali in un'ottica maggiormente "federale".

1.3. Il percorso del sistema europeo della regolazione indipendente verso quello statunitense: *non delegation doctrine* e "dottrina Meroni"

Un ulteriore fattore di vicinanza tra il sistema della regolazione indipendente statunitense e le agenzie e autorità europee della "quarta ondata" è rappresentato dal fondamento giuridico che nei due ordinamenti è stato individuato, in sede giurisprudenziale, al fine di legittimare l'attribuzione di poteri di regolazione a soggetti terzi rispetto al circuito politico-rappresentativo o, nel contesto comunitario, a organismi distinti rispetto alle istituzioni europee previste dai Trattati. Negli Stati Uniti, nella fase iniziale di sviluppo e diffusione delle *Independent Regulatory Commissions*, la Corte Suprema si era sempre opposta in maniera decisa a deleghe legislative di poteri normativi che, secondo una lettura restrittiva della Costituzione, era impossibile fossero attribuiti ed esercitati da soggetti diversi dal Congresso⁶²⁰.

Era questa la c.d. "non-delegation doctrine" che, nel corso del ventesimo secolo, fu tuttavia superata al fine di prendere atto dell'enorme crescita dello Stato amministrativo e delle sue varie forme organizzative. La Corte, in questo senso, legittimò la delega di poteri di *rulemaking* alle commissioni indipendenti e alle agenzie esecutive, seppur all'interno di limiti tesi a realizzare un equo contemperamento tra l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa e il rispetto della tripartizione e reciproco controllo tra i poteri dello Stato. L'attribuzione di poteri a soggetti diversi dagli organi costituzionali è, infatti, ancora oggi legittima solo qualora il Congresso adotti un provvedimento di delega contenente un principio che, in maniera chiara e univoca, sia in grado di indirizzare l'azione regolatoria di un'agenzia, vincolandola e limitandone la discrezionalità ("intelligibile principle test")⁶²¹.

⁶²⁰ *Field v. Clark*, 143 US 649, 962 (1892).

⁶²¹ *J. W. Hampton Jr. & Co. v. United States*, 276 US 394 (1928); *Chrysler Corp. v. Brown*, 441 U.S. 281, 302 (1979) ("[T]he exercise of quasi legislative authority by governmental departments and agencies must be rooted in a grant of such power by the Congress and subject to limitations which that body imposes"); *Whitman v. Am. Trucking Ass'ns*, 531 U.S. 457, 472 (2001). C. R. Sunstein, *Nondelegation Canons*, in *U. Chi. L. Rev.*, 67, 2000, 215 ss. afferma come, in realtà, la "non-delegation doctrine" non sia mai stata abbandonata del tutto, ma sia stata semplicemente rinominata e reinterpretata in maniera meno ferrea, identificandosi in una serie di «nondelegation canons», non organizzati sistematicamente né riconosciuti formalmente come tali, «which forbid executive agencies from making certain decisions on their own. These canons forbid extraterritorial application of national law, intrusions on state sovereignty, decisions harmful to Native Americans and absolutist approaches to health and safety».

Ulteriori fattori di legittimazione costituzionale della regolazione indipendente sono, infine, da un lato il sindacato giurisdizionale sugli atti delle IRC, che dovrà permettere al potere giudiziario di verificare se gli obiettivi e i limiti imposti dal Congresso nel provvedimento di delega siano stati rispettati; dall'altro, il rispetto del principio del giusto procedimento ("due process") e, in particolare, delle norme dell'*Administrative Procedure Act* che assicurano la partecipazione dei soggetti privati all'interno dei procedimenti decisionali e di regolazione.

L'esperienza europea sembra ripercorrere, sempre evitando inopportune sovrapposizioni, quanto accaduto negli Stati Uniti con l'abbandono della *non delegation doctrine*. Il superamento della lettura restrittiva della "dottrina Meroni" operata nel 2014 dalla Corte di giustizia dell'UE, infatti, sembra rappresentare quel passaggio fondamentale teso a legittimare anche nel contesto europeo l'attribuzione di poteri generali di regolazione a soggetti diversi dalle istituzioni europee (sostanzialmente, la Commissione⁶²²), di fatto aprendo la porta alla possibile creazione di autorità indipendenti dell'Unione, che potrebbe trovare un appiglio giuridico nell'art. 114 TFUE. L'istituzione di nuove agenzie ben può identificarsi, infatti, in uno strumento atto a realizzare quel «ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno» di cui parla la norma⁶²³.

Nell'ormai celebre "caso ESMA" del 2014, infatti, la Corte ha superato la restrittiva interpretazione dei Trattati risalente agli anni Cinquanta, secondo cui ogni tipo di delega di poteri di regolazione a soggetti diversi dalle istituzioni europee espressamente previste dagli stessi avrebbe dovuto essere considerata non conforme al diritto europeo, in quanto ne avrebbe alterato il sistema delle conseguenze derivanti dall'esercizio dei poteri stessi, sostituendo gli apprezzamenti dell'autorità delegata a quelli dell'autorità delegante. Le uniche deleghe ammesse riguardavano poteri esclusivamente esecutivi, circoscritti nei fini e nei mezzi e il cui esercizio fosse sottoposto al controllo del soggetto delegante⁶²⁴.

⁶²² L'opposizione delle istituzioni europee a ipotesi di ampie deleghe a favore delle agenzie aveva ragioni più politiche che giuridiche. Il Consiglio e la Commissione, infatti, temevano di perdere la propria sfera di influenza in ampi settori di intervento a favore di potenziali regolatori europei.

⁶²³ La Corte avrebbe in questo modo individuato un nuovo e aggiuntivo sistema di delegazione rispetto a quelli previsti dai Trattati, ossia una "terza via" rispetto agli *implementing* e *delegated acts* della Commissione, di cui agli artt. 290 e 291 TFUE. In questo senso, R. Van Gestel, *European Regulatory Agencies Adrift?*, in *Maastricht Journal Europ. Comp. Law*, 2014, 196; V. Babis, *The power to ban short selling and financial stability*, in *Cambridge Law J.*, 73(2), 2014, 268.

⁶²⁴ Corte di giustizia UE, 13 giugno 1958, C-9/56 e C-10/56, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche s.p.a. c. Alta Autorità*. Come ricordato dalla stessa Corte nella pronuncia "short selling" del 2014, nella sentenza Meroni «la Corte ha essenzialmente sottolineato che le conseguenze scaturenti da una delega di

Nella lettura più recente, invece, la Corte ha considerato legittima una delega di poteri «quasi legislativi di portata generale» a un'agenzia europea, purché il potere delegato venga esercitato alle medesime condizioni procedurali che l'autorità delegante avrebbe dovuto rispettare e sempre che nel provvedimento di delega siano individuabili criteri e condizioni che vadano a delimitare il campo d'azione dell'agenzia delegata.

Viene dunque ammessa l'esistenza di un certo grado di discrezionalità in capo al soggetto delegato, purché in presenza di adeguati meccanismi di controllo. La possibilità di impugnare in sede giurisdizionale gli atti espressione del potere delegato, facendo eventualmente valere la violazione dei criteri di esercizio stabiliti dal soggetto delegante, infine, rappresentano, ad avviso dei giudici del Lussemburgo, un'ulteriore garanzia nei confronti di illegittimi trasferimenti di responsabilità a carico di organi diversi da quelli previsti dai Trattati.

Nell'Unione europea così come negli Stati Uniti, quindi, l'individuazione preventiva da parte di un atto legislativo del potere e delle sue condizioni di esercizio da parte di un'agenzia, sindacabili *ex post* in sede giurisdizionale, diventa il criterio discriminante circa il rispetto dell'assetto costituzionale o, in Europa, degli equilibri istituzionali e delle relative responsabilità stabiliti dai Trattati⁶²⁵. L'esperienza americana, d'altro canto, dimostra come una lettura più flessibile della “delegation doctrine” non solo sia perfettamente compatibile con il rispetto del bilanciamento istituzionale tra i poteri pubblici, ma rafforzi addirittura tale equilibrio permettendo alle istituzioni rappresentative

poteri sono molto diverse a seconda che essa riguardi, da un lato, poteri di esecuzione nettamente circoscritti e il cui esercizio, per tale ragione, è soggetto a un controllo rigoroso in base a criteri oggettivi stabiliti dall'autorità delegante, oppure, dall'altro, un potere discrezionale che comporti una ampia libertà di valutazione ed atto ad esprimere, con l'uso che ne viene fatto, una politica economica vera e propria». M. Chamon, *The Empowerment of Agencies under the Meroni Doctrine and Article 114 TFEU*, cit., 392, l'operazione realizzata dalla Corte sarebbe in realtà una semplificazione, riducendola al suo nucleo essenziale: vietare la delega di poteri discrezionali. D. Geradin, *op. cit.*, 9, sottolinea come la portata restrittiva della sentenza Meroni sia stata comunque fraintesa nel corso dei decenni precedenti alla sua rivisitazione. In primo luogo, la dottrina era stata elaborata in un contesto molto diverso dall'attuale, ossia quello peculiare della CEE, in cui l'Alta Autorità aveva ampi poteri regolatori e di attuazione che, nell'attuale assetto europeo sono invece attribuiti in larga parte alle autorità nazionali. Di conseguenza, «one can argue that the granting of implementation powers to agencies would not amount to a delegation of powers by an EU institution to a regulatory authority but rather to the extraction of powers from the national administrations».

⁶²⁵ Sul principio di legalità dell'ordinamento europeo e sulle differenze rispetto alla nozione accolta negli ordinamenti nazionali, si veda A. Adinolfi, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 20-22 settembre 2007, Milano, Giuffrè, 2007, 87 ss. Se il diritto europeo infatti, non può avere un valore di volontà della maggioranza, a differenza di quanto accade nei contesti statuali, allora la “legalità europea” consiste «in un insieme di regole e principi, diversi nella loro specifica finalità e nella loro origine, che convergono tutti nel garantire che l'ordinamento giuridico comunitario risponda a regole di certezza e, in definitiva, di ragionevolezza e di non arbitrarietà, nell'adozione e applicazione – a livello sia comunitario sia nazionale – delle disposizioni del trattato e delle norme derivate» (96).

di concentrarsi sulle loro funzioni politiche originarie, lasciando a organismi terzi il compito di esercitare le competenze regolatorie in settori particolarmente tecnici e a rischio di obsolescenza, che necessitano di interventi particolarmente rapidi⁶²⁶.

La determinazione *ex ante* degli obiettivi e dei criteri cui il potere delegato dovrà sottostare, seppur all'interno di un necessario e inevitabile spazio di discrezionalità riservato al soggetto delegato, permette alla commissione indipendente o all'agenzia europea di effettuarne un esercizio rispettoso del principio di democraticità, superando dunque una rigida impostazione antinomica tra il valore dell'indipendenza e il principio democratico. Principio che è uno dei fondamenti dell'ordinamento giuridico europeo e che, come sottolineato anche dalla Corte di giustizia, «non osta all'esistenza di autorità pubbliche collocate al di fuori dell'amministrazione gerarchica classica e più o meno indipendenti dal governo»⁶²⁷.

1.4. L'indipendenza del regolatore europeo e le spinte della globalizzazione. Un fenomeno di “americanizzazione del diritto”?

La proliferazione a livello globale di istituti, strutture e tecniche di regolazione di ispirazione neoliberista trova le proprie origini in meccanismi di natura interna ai singoli ordinamenti giuridici nazionali interessati, sia in un fenomeno di emulazione normativa e di pressione esercitata in e da organizzazioni internazionali. La globalizzazione economica e la rete di relazioni multilivello tra i soggetti operanti sui mercati internazionali rappresentano, come visto⁶²⁸, il sostrato sul quale le autorità indipendenti di regolazione si sono affermate come nuovo modello di riorganizzazione del moderno stato amministrativo, quale canale di trasmissione di norme e *standard* omogenei a livello globale.

⁶²⁶ Cfr. D. Geradin, *op. cit.*, 51; J. Alberti, *Delegation of powers to EU Agencies after the Short Selling Ruling*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2, 2015, 491. A livello europeo non c'è neanche bisogno di scomodare la dottrina del *New Public Management* che negli scorsi decenni ha ispirato la proliferazione di agenzie a livello nazionale, dal momento che ciò che interessa è l'applicazione di un principio classico del diritto amministrativo, sul quale la stessa struttura del potere esecutivo poggia: la distinzione tra governo e amministrazione, sulla quale si fonda anche la legittimazione della delegazione di poteri alle agenzie europee invece che alla Commissione (489).

⁶²⁷ Corte di giustizia UE, 9 marzo 2010, C-518/07, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*.

⁶²⁸ Per una più approfondita disamina del tema si rinvia al Cap. 1. Secondo B. Simmons, F. Dobbin, G. Garrett, *Introduction: The International Diffusion of Liberalism*, in *Int'l Org.*, 60, 2006, 787, si può parlare di “international policy diffusion” quando le scelte politiche del governo di un Paese sono sistematicamente condizionate da precedenti scelte di *policy* assunte in altri Stati, a volte mediate dall'attività di organizzazioni internazionali o di attori privati.

La privatizzazione e liberalizzazione dei mercati europei, dunque, con la contestuale creazione delle *authorities* quali strumenti funzionali al loro governo, ha indotto alcuni autori a parlare di “americanizzazione” del diritto europeo: «The idea is that global competition, the European Union, and aggressive American businesses and law firms are compelling or inducing European nations to emulate neoliberal American laws and to adopt America’s adversarial, litigation-encouraging modes of governance thereby eroding the “European Way of Law”»⁶²⁹.

Gli Stati Uniti hanno infatti storicamente sviluppato un peculiare “stile” nel creare e implementare leggi e atti amministrativi dettagliati e prescrittivi, risolvere controversie giudiziali e dirimere quelle stragiudiziali secondo modalità particolarmente antagonistiche. Le corti nordamericane sono, inoltre, generalmente molto coraggiose nell’analizzare e spesso rovesciare atti regolatori, prassi e decisioni; il che spiega anche la tendenza dei gruppi di interesse a sfruttare i tribunali federali come un’alternativa tutt’altro che secondaria per il raggiungimento dei propri obiettivi, anche di carattere regolatorio.

L’insieme di questi caratteri distintivi, inserito all’interno di un sistema giuridico in cui il potere decisionale è particolarmente frammentato, suddiviso tra molteplici centri di imputazione (soprattutto agenzie con compiti di regolazione) e in cui sono generalmente deboli forme di controllo gerarchico, è stato definito “adversarial legalism”⁶³⁰.

Anche a livello comunitario, così come oltreoceano, la domanda di intervento politico in materie particolarmente delicate (protezione ambientale, tutela dei consumatori, concorrenza, diritti sociali) si è scontrata con un assetto di poteri frammentato tra Commissione, Consiglio, Parlamento, agenzie e Stati membri. In aggiunta, l’Unione europea non possiede proprie strutture amministrative locali con il compito di dare

⁶²⁹ Cfr. R. A. Kagan, *Globalization and legal change: the “Americanization” of European law?*, in *Regulation & Governance*, 1, 2007, 99 ss.; *Id.*, *Should Europe Worry About Adversarial Legalism?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 17, 1997, 165 ss. Nello stesso senso, R. D. Kelemen, *Suing for Europe: Adversarial Legalism and European Governance*, in *Comparative Political Studies*, 39(1), 101–127, 2006; S. Vogel, *Freer Markets, More Rules: Regulatory Reform in Advanced Industrialized Countries*, cit.; R. D. Kelemen, E. Sibbitt, *The Globalization of American Law*, in *International Organization*, 58, 106–136, 2004; L. Hooghe, *The European Commission and the Integration of Europe. Images of Governance*, Cambridge, CUP, 2001, 120, già affermava che «[m]arket liberals conceive of the combination of economic and monetary union and enlargement as a golden opportunity to scale down European policies that distort market forces and absorb European taxpayers’ money. However, few support an Americanization of European society. In this sense, they are reluctant to embrace the social changes in the United Kingdom ushered in by Margaret Thatcher’s neoliberal policies of the 1980s and 1990s. Instead, most favor a political economy that specializes in high-quality, high skilled niche production - the kind of coordinated market economy characteristic of continental Europe». Con riferimento al mercato unico europeo come frutto, almeno in parte, di un processo di “americanizzazione economica”, si veda J. M. Magone, *The Americanization of European Union: the Constitutional Treaty and the Single European Market*, VII Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración: Democracia y Buen Gobierno, 59 ss.

⁶³⁰ R. A. Kagan, *op. cit.*, 103.

attuazione alle norme elaborate a livello europeo. Ciò si è tradotto, dunque, nell'aumento di norme e decisioni della Corte di giustizia europea che attribuiscono a gruppi di interessi e imprese il potere di condurre azioni legali contro i governi degli Stati membri che non abbiano dato correttamente e tempestivamente attuazione al diritto europeo. Tra i principali elementi del modello giuridico che gli Stati Uniti avrebbero esportato nell'UE vi sarebbero, tra gli altri, «l'approccio strumentale al diritto, l'attenzione pressoché esclusiva all'obiettivo dell'efficienza, la tendenza a condannare l'intervento dello Stato nell'economia [...]»⁶³¹.

L'Unione europea, inoltre, ha implementato nel corso degli anni regole volte a rendere i procedimenti di regolazione maggiormente trasparenti e aperti alla partecipazione dei privati, ma non pare possa per ciò parlarsi di una completa sovrapponibilità tra modelli, ostacolata soprattutto da una certa “tenacia” della cultura giuridica europea⁶³². I procedimenti di regolazione europei (sia livello istituzionale sia all'interno delle agenzie) sono strutturati prevalentemente sulla condivisione di informazioni e sulla consultazione tra organismi dotati di peculiare *expertise* tecnica, soggetti interessati dalle misure di regolazione e rappresentanti degli Stati membri, senza guardare mai con particolare enfasi alla “private litigation” come mezzo primario di attuazione delle regole comuni adottate⁶³³.

⁶³¹ Così, G. Bellantuono, *Teoria economica e prassi della regolazione*, 7, disponibile all'indirizzo internet www.jus.unitn.it/dsg/ricerche/dottorati/materiali/prassi_regolazione.doc.

⁶³² R. A. Kagan, *op. cit.*, 108-109. L'A. afferma: «Adversarial legalism in the USA is animated by skepticism concerning governmental and legal authority – a skepticism that pervades American legal education and the “legal culture” of lawyers and judges, and that valorizes responsiveness to conflicting parties and legal advocates rather than hierarchical legal authority and consistency. Those attitudes are antithetical, however, to the ideals of bureaucratic legalism that undergird most European lawyers', judges', and legal scholars' assumptions about law, legal ordering, regulation, and adjudication».

⁶³³ Come sottolinea F. Bignami, *The Non-Americanization of European Regulatory Styles: Data Privacy Regulation in France, Germany, Italy, and Britain*, Center of European Studies Working Paper Series, 174, 2010, 3, «the institutional dimension—whether administrative agencies alone, as in Europe, or courts and administrative agencies together, as in the United States, are entrusted with implementation – has proven to be far more resistant to change than the other two because of the highly path-dependent nature of national courts and legal doctrine. Therefore, although the European Commission has succeeded in pushing national administrative agencies to adopt a more legalistic approach to regulatory enforcement, it has not been able to enlist national courts in the regulatory process». V. anche *Id.*, *Cooperative Legalism and the Non-Americanization of European Regulatory Styles: The Case of Data Privacy*, in *American Journal of Comparative Law*, Vol. 59, n. 2, 2011, 411 ss. Anche S. Rodotà, *Il Codice civile e il processo costituente europeo*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1, 2005, 21 ss., evidenziava come, seppur con esclusivo e specifico riferimento al diritto privato e all'esigenza di una codificazione di stampo eurounitaria, quello dell'americanizzazione potesse rappresentare un rischio che «nasce proprio dalla mancanza di iniziativa politica dell'Unione, che non può essere sostituita né dall'attività di gruppi accademici, né da programmi di razionalizzazione tecnocratica delle norme esistenti. Dove l'Unione europea ha dato prova di iniziativa politica e di capacità di elaborazione tecnica, come ad esempio nella materia della *data protection*, il suo modello ha creato le condizioni di un effettivo “multilateralismo normativo” ed ha mostrato capacità di attrazione verso altre aree del mondo, dall'Australia all'America latina».

Più che di “americanizzazione” del diritto europeo da un punto di vista giuridico e culturale, allora, sembra più opportuno parlare di graduale processo di avvicinamento del modello europeo di regolazione alle strutture e alle peculiarità organizzative di quello statunitense, di cui le agenzie della “quarta ondata” rappresentano un frutto certamente non ancora maturo. Una convergenza che pare progredire in modo maggiormente rapido a livello istituzionale che dal punto di vista del concreto operare delle istituzioni europee (la cui attività di regolazione, anche ad opera di soggetti indipendenti, e quella di *decision-making* sono organizzate secondo moduli maggiormente gerarchici, nei quali il ruolo dei soggetti privati coinvolti e della dimensione “antagonistica” e/o partecipativa è ridotto), in cui si è sviluppato e affermato una sorta di “bureaucratic legalism”.⁶³⁴

In sostanza, nonostante la liberalizzazione dei mercati nazionali e la creazione di uno spazio comune europeo abbiano certamente modificato i connotati della regolazione europea, tali alterazioni hanno inciso maggiormente sull’aumento di regole e sistemi di *enforcement* affidati ad autorità amministrative nazionali ed europee, piuttosto che sull’incremento delle controversie di fronte alle corti o all’interno dei procedimenti amministrativi stessi⁶³⁵.

1.5. Un bilancio (necessariamente) provvisorio alla luce dei cambiamenti “costituzionali” europei

La creazione di veri e propri regolatori rappresenta una delle più rilevanti novità nell’assetto istituzionale dell’Unione europea. In alcuni casi, come per il settore energetico, si assiste a una sorta di sovrapposizione di un «doppio livello di regolazione, con la contemporanea operatività di un regolatore comune e di un regolatore europeo»⁶³⁶; negli altri, come per il settore bancario e finanziario, lo sviluppo di un regolatore comunitario,

⁶³⁴ Cfr. M. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven, CT, Yale University Press, 1986. In tema si veda R. D. Kelemen, *The Americanisation of European Law? Adversarial Legalism à La Européenne*, in *European Political Science*, Vol. 7, 1, 2008, 32 ss.

⁶³⁵ Così, F. Bignami, R. D. Kelemen, *Kagan’s Atlantic Crossing: Adversarial Legalism, Eurolegalism, And Cooperative Legalism in European Regulatory Style*, in J. Barnes, T. F. Burke (eds.), *Varieties of Legal Order: the Politics of Adversarial and Bureaucratic Legalism*, Routledge, 2017, 19, secondo cui, come suggerito dagli studi della stessa Kagan, «litigation may become more pervasive in domains such as competition law and corporate law, where the financial stakes are high and the impact of market liberalization is particularly significant, it is unlikely to emerge as the dominant force in European regulatory governance».

⁶³⁶ Cfr. L. Torchia, *La regolazione dei mercati*, cit., 7.

teso a ricomprendere e sostituire gradualmente quelli nazionali, appare decisamente più avanzato.

Le nuove *authorities* si pongono quale pietra angolare di un processo di trasformazione del sistema europeo di regolazione e vigilanza, in cui al modello precedente, caratterizzato dalla ricerca di un'integrazione tramite l'avvicinamento di regole e di apparati, si va sostituendo un'organizzazione integrata, attraverso l'accentramento di attribuzioni e funzioni in capo ad autorità europee.

Sotto questo aspetto, tuttavia, occorre interrogarsi sulle ragioni che hanno permesso al processo di integrazione regolatoria e istituzionale europea di progredire più speditamente nel settore bancario e finanziario rispetto agli altri comparti economici. L'Unione bancaria europea rappresenta, infatti, un ambizioso tentativo di risposta alla "balcanizzazione" dei mercati finanziari, al fine di ridurre le conseguenze di un possibile *default* di un istituto di credito sull'economia nazionale; garantire l'uniformità delle condizioni creditizie (soprattutto a livello di tassi di interesse) nel mercato bancario europeo; proteggere i risparmiatori⁶³⁷.

La nuova *governance* europea in materia bancaria si fonda sul *Single Supervisory Mechanism* (Meccanismo di Vigilanza Unico)⁶³⁸, sul *Single Resolution Mechanism* (Meccanismo di Risoluzione Unico)⁶³⁹ e su un quadro unitario per i sistemi di garanzia dei depositi (*Deposit Guarantee Schemes*)⁶⁴⁰ che, insieme, si pongono l'obiettivo di realizzare una più profonda integrazione e un più rapido coordinamento in materia di vigilanza

⁶³⁷ In questi termini, M. Macchia, *L'architettura europea dell'unione bancaria tra tecnica e politica*, in *Riv. It. Dir. pub. com.*, 6, 2015, 1579 ss. Sull'Unione bancaria in generale e sulle sue articolazioni operative e organizzative, la letteratura è vasta. A titolo esemplificativo, si vedano M. Macchia, *Modelli di coordinamento della vigilanza bancaria*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2, 2016, 368 ss.; S. Antoniazzi, *Il Meccanismo di vigilanza prudenziale. Quadro d'insieme*, in M. P. Chiti, L. Santoro (a cura di), *L'Unione Bancaria Europea*, Pisa, Pacini Editore, 2016, 175 ss.; E. Wymeersch, *The Single Supervisory Mechanism – Institutional Aspects*, in D. Busch, G. Ferrarini (ed.), *European Banking Union*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 93 ss.; A. Pisaneschi, *Banca centrale europea, vigilanza bancaria e sovranità degli Stati*, in *Federalismi*, 17, 2014; S. Cassese, *La nuova architettura europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2014, 79 ss.; L. Torchia, *Unione bancaria: un approccio continentale?*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2015, 11 ss.; M. Clarich, *Governance of the Single Supervisory Mechanism and Non-Euro Member States*, in E. Barucci, M. Messori (eds), *Towards the European Banking Union*, Firenze, Passigli, 2014; J. H. Binder, C. Gortsos, (Ed.), *The European Banking Union. A Compendium*, Oxford, C.H. Beck - Hart - Nomos, 2016.

⁶³⁸ Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013 che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi.

⁶³⁹ Regolamento (UE) n. 806/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 luglio 2014 che fissa norme e una procedura uniformi per la risoluzione degli enti creditizi e di talune imprese di investimento nel quadro del meccanismo di risoluzione unico e del Fondo di risoluzione unico e che modifica il regolamento (UE) n. 1093/2010.

⁶⁴⁰ Direttiva (UE) n. 2014/49/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa ai sistemi di garanzia dei depositi.

prudenziale, stabilità sistemica, prevenzione e risoluzione delle crisi degli istituti di credito, attraverso l'attribuzione alla Banca Centrale Europea di innovative competenze, sia esclusive sia condivise con le autorità nazionali.

In particolare, la BCE, attraverso il Consiglio di vigilanza⁶⁴¹, vigila sul rispetto da parte degli enti creditizi c.d. “significant”⁶⁴² dei requisiti prudenziali stabiliti a livello regolamentare; individua carenze in fase precoce; assicura un intervento europeo diretto a evitare che una situazione locale si trasformi in una minaccia per la stabilità di tutto il comparto bancario continentale. Attraverso il Comitato di risoluzione unico, invece, la BCE punta a rafforzare la fiducia nel settore bancario, ridurre al minimo la relazione negativa tra banche ed emittenti titoli di Stato ed eliminare la frammentazione del mercato interno dei servizi finanziari.

Non sfugge che parte di queste funzioni finisce per sovrapporsi e a concorrere con quelle dell'EBA⁶⁴³. In teoria, le attribuzioni coinvolte nell'Unione bancaria sono diverse da quelle proprie delle ESA. L'attività di supervisione coinvolge prevalentemente poteri amministrativi di tipo decisionale, rispetto all'attività di regolazione vera e propria. La BCE, nella sua funzione di vigilanza, dovrebbe in questo senso applicare gli *standard* tecnici stabiliti dell'EBA in modo da garantire un'uniforme implementazione delle regole concernenti gli istituti finanziari. Tuttavia, i poteri dell'EBA (che comprendono, oltre alla definizione di *standard* tecnici, anche la gestione di situazioni emergenziali, la redazione di *guidelines* e raccomandazioni, la risoluzione di controversie transfrontaliere tra ANR) rischiano comunque di essere “schiacciati” dalla vigilanza della BCE, con una possibile marginalizzazione dell'Autorità bancaria europea⁶⁴⁴.

⁶⁴¹ Il Consiglio si riunisce due volte al mese per determinare e discutere i compiti di vigilanza della BCE. È composto da un Presidente con mandato quinquennale non rinnovabile, un Vice-presidente scelto tra i membri del Comitato esecutivo della BCE, quattro membri della BCE stessa e rappresentanti delle autorità nazionali di vigilanza.

⁶⁴² E' considerato significativo un ente creditizio il cui valore totale delle attività superi i 30 miliardi di euro o, a meno che il valore totale delle attività sia inferiore a 5 miliardi di euro, superi il 20% del PIL nazionale; che sia uno dei tre istituti di credito più significativi all'interno di uno Stato membro; riceva assistenza diretta dal Meccanismo europeo di stabilità; il valore totale delle attività superi i 5 miliardi di euro e il rapporto tra le attività transfrontaliere in più di un altro Stato membro partecipante e le attività totali sia superiore al 20% o il rapporto tra le passività transfrontaliere in più di un altro Stato membro partecipante e le passività totali sia superiore al 20%.

⁶⁴³ V. Cap. 2, par. 2.5.

⁶⁴⁴ Cfr. F. Giglioni, *The European Banking Union as a New Model of Administrative Integration?*, in E. Chiti, G. Vesperi (eds.), *The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional Design, Legal Issues, Perspectives*, Bologna, Il Mulino, 2015, 131-132, secondo cui «in spite of the provisions of Regulation, the balance between the ECB and the EBA leaves the way open for new developments within mutually distinct areas of competence».

La creazione dell'Unione bancaria ha coinciso con l'attribuzione alla BCE del ruolo di fulcro di un sistema che, nell'articolazione della vigilanza bancaria e prudenziale, manifesta accentuati segni di "federalismo", orientato a garantire non più solamente l'armonizzazione delle *regulations* settoriali, ma una profonda integrazione dei mercati bancari e finanziari, funzionale alla creazione di un unico sistema bancario europeo. Una spinta centralizzatrice che, tra l'altro, si pone in parziale controtendenza rispetto a un progetto di integrazione politica che mostra invece diverse crepe, testimoniate dalla rinascita di fenomeni nazionalistici⁶⁴⁵, e che contribuisce ad aumentare ulteriormente il divario tra l'Eurozona e gli altri Stati membri.

Si tratta di un percorso dai risvolti "costituzionali", diretto a trasformare l'UE e l'Unione monetaria europea da una comunità di benefici comuni e una «community of benefits and risk-sharing»⁶⁴⁶. Un'evoluzione tesa a modificare alcuni tratti caratteristici della struttura istituzionale europea consolidatisi nei decenni, attraverso un diverso bilanciamento tra livello nazionale e sovranazionale, in grado di incidere radicalmente sul sistema di governo europeo.

È fuor di dubbio che un ruolo centrale nella maggiore integrazione raggiunta nel settore bancario e monetario rispetto agli altri mercati sia stato giocato dalla crisi economico-finanziaria e dei debiti sovrani che, dal 2009, ha di fatto imposto un generale

⁶⁴⁵ A. Pierini, *Unione bancaria europea e mercato unico dei servizi finanziari. Dinamiche di integrazione e limiti del processo di federalizzazione delle funzioni in materia di vigilanza e risoluzione delle crisi bancarie*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2016, 398.

⁶⁴⁶ Così, E. Chiti, P. G. Teixeira, *The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debts Crisis*, in *Common Markets Law Review*, 50, 2013, 703, in cui si legge che: «The responses provided by the EU to the financial and public debt crisis have gradually admitted the possibility of a mutualization among Member States of the costs connected to economic imbalances within the EMU, eroded the fiscal sovereignty of Member States, and oriented the EMU to the values of solidarity and loyalty among its Member States. At the same time, however, the limitation of the fiscal sovereignty of the Member States has not been accompanied by the development of a genuine EU fiscal competence at the EU level; and the structural divide between creditor countries and debtor countries may undermine the emergence of real practices of solidarity and thus of further sustainable political and economic integration». Gli Autori evidenziano come la risposta europea alla crisi si sia tradotta nel rafforzamento del metodo intergovernativo nel processo decisionale comunitario, riducendo contestualmente il peso della Commissione (rappresentante la «supranational voice») e il Parlamento europeo (la «multinational voice»). Bisogna tuttavia tenere in considerazione che il maggiore rilievo degli Stati membri rispetto alle istituzioni europee ha rappresentato una conseguenza diretta e immediata della crisi, dettata dalla necessità di garantire una reazione efficace agli stimoli della stessa. Con l'attenuarsi di questi ultimi, tuttavia, si è assistito a una "riespansione" degli organi e organismi comunitari (tra cui le agenzie) e delle loro sfere di attribuzione. In tema si veda anche C. Joerges, *The European Economic Constitution in crisis: Between "state of exception" and "constitutional moment"*, in L. M. Maduro, B. de Witte and M. Kumm (eds.), *The Democratic Governance of the Euro*, RSCAS PP 2012/08, 39 ss.

riassetto della regolazione e della vigilanza europee nei settori maggiormente interessati⁶⁴⁷. Tale dato, tuttavia, spiega molto, ma non tutto.

L'ulteriore elemento da tenere in considerazione, infatti, è che il mercato bancario ha storicamente presentato una scarsa tendenza a favorire esperienze monopolistiche a livello nazionale rispetto ad altri comparti, come quello energetico, dei trasporti o quello delle comunicazioni elettroniche, in cui invece la presenza di pochi grandi operatori economici *leaders* del mercato ha caratterizzato molti Paesi europei (si pensi, in Italia, all'Enel per il mercato dell'elettricità e del gas e a Telecom Italia per quello delle telecomunicazioni). La liberalizzazione di questi ultimi mercati, dunque, è stata più lenta, rendendo di conseguenza più complesso anche il processo comunitario di integrazione della *governance*.

Un'integrazione a due velocità - più rapida nel comparto bancario-finanziario e meno negli altri mercati regolamentati - può tuttavia rappresentare una concreta minaccia alla compattezza giuridica e istituzionale dell'Unione, già fiaccata dalla differenziazione tra l'Unione monetaria e l'UE nel suo complesso⁶⁴⁸. Le agenzie istituite dal 2009 in poi hanno assunto però una posizione nuova nell'ordinamento, testimoniando come il sistema di *governance* dei mercati finanziari abbia rappresentato e si stia ponendo tuttora come modello per l'evoluzione del sistema di governo e regolazione europeo anche negli altri settori economici, soprattutto alla luce dei numerosi problemi comuni che richiedono misure condivise e unitarie, che gli Stati membri non sono in grado di adottare isolatamente⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ *Supra*, Cap. 1, par. 1.4. Cfr. E. Chiti, *In the Aftermath of the Crisis – The EU Administrative System Between Impediments and Momentum*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 17, 2015, 311 ss., che sottolinea come le trasformazioni del sistema amministrativo europeo imposte dalla crisi economica abbiano rappresentato, agli occhi degli attori politici comunitari e nazionali, uno strumento non solo di integrazione, ma anche un mezzo per evitare la disintegrazione dell'UE stessa. Nel processo di riorganizzazione amministrativa stimolato dalla crisi, tuttavia, «[t]wo forces are therefore at work, one driving towards further centralisation, the other limiting the action of the functionally prominent EU body. Such tension produces several operational issues, which jeopardise the capacity of the new implementing mechanisms to ensure the full effectiveness of EU laws. The smooth functioning of the new top-down arrangements cannot be taken for granted. Yet, the existing tension also offers a chance to reflect on the legal possibility to reinforce centralisation and hierarchy within the administrative networks» (323).

⁶⁴⁸ V. B. Laffan, *European Union and the Eurozone: How to Coexist?*, in F. Allen (eds.), *Governance for the Eurozone. Integration or Disintegration?*, Philadelphia, PA, Fic Press, 2012, 173 ss.; G. B. Wolff, *The Euro Area Crisis and Implications for the Relation Between the EU and the Euro Area*, in F. Allen, *op. cit.*, 189 ss.

⁶⁴⁹ Cfr. P. V. Cleyenbreugel, *Market Supervision in the European Union. Integrated Administration in Constitutional Context*, Leiden/Boston, 2014.

CONCLUSIONI

Le agenzie europee della “quarta ondata” si stagliano nel processo di integrazione giuridica comunitaria, in conclusione, quale rappresentazione plastica di un percorso intrapreso dalla regolazione europea, verso una sempre più netta emancipazione rispetto al modello della “amministrazione indiretta” elaborato agli albori del processo di integrazione da Jean Monnet⁶⁵⁰. Un processo, quello verso l’istituzione di autorità indipendenti di regolazione finalmente europee, che pare in grado di anticipare a livello regolatorio quegli elementi di “federalismo” che a livello istituzionale e politico, invece, sembrano ancora lontani. I fattori che permettono di individuare nell’ESMA, EBA, EIOPA, ACER (e in minor misura nel BEREC, privo, in attesa di una sua pur prospettata riforma, addirittura di personalità giuridica di diritto pubblico europeo e tecnicamente neanche definibile come agenzia) un punto di svolta per la regolazione continentale e per l’integrazione comunitaria, afferiscono principalmente a tre aspetti.

In primo luogo, la *governance* delle nuove agenzie presenta spiccate novità rispetto al classico modello dell’agenzia tecnica e, allo stesso tempo, si distingue rispetto al sistema dei *networks* di regolatori nazionali che negli ultimi anni ha legato tra loro le autorità dei singoli Stati membri. Si parla di queste agenzie come “network agencies”, proprio per rilevarne la natura ibrida. Da un lato esse proseguono, sviluppano e migliorano l’esperienza delle reti di regolatori nazionali (ponendovisi al centro), rappresentando però il fulcro di forme di cooperazione più evolute e integrate rispetto alle reti di ANR. Dall’altro, pur rivestendo la forma maggiormente tradizionale dell’agenzia, rivelano caratteristiche originali dal punto di vista dell’organizzazione interna, innanzitutto prevedendo un ruolo centrale nei rispettivi organi decisionali per i rappresentanti (o meglio, i vertici) non già dei governi nazionali, ma delle singole autorità indipendenti di regolazione competenti per settore.

In secondo luogo, il coinvolgimento diretto dei membri delle autorità indipendenti nazionali permette di evidenziare il secondo carattere innovativo delle *network agencies*: la loro indipendenza nei confronti dei governi, delle istituzioni europee e degli operatori economici. Un’indipendenza che, come visto⁶⁵¹, da un lato viene riconosciuta in modo espresso dai regolamenti istitutivi delle singole agenzie, dall’altro si declina quale

⁶⁵⁰ Vedi *supra*, Cap. II, par. 2., nota n. 272.

⁶⁵¹ Vedi *supra*, Cap. IV, par. 1.

conseguenza dell'autonomia e della terzietà di cui le ANR sono dotate sul piano interno, che si riflette nella innovativa architettura amministrativa comune.

Infine, i poteri di cui le *network agencies* sono titolari rappresentano indubbiamente un elemento di discontinuità rispetto al tradizionale modello dell'agenzia europea, affiancando ai classici strumenti di *soft law* e a poteri decisionali di carattere amministrativo con effetti individuali, funzioni di *quasi-rulemaking* in grado di produrre effetti di fatto generalizzati e vincolanti e, in alcuni casi, funzioni di carattere para-giurisdizionale. Si tratta, insomma, di alcune delle funzioni tradizionalmente esercitate dalle autorità amministrative indipendenti.

Gli elementi di novità suesposti non permettono, tuttavia, di giungere a frettolose conclusioni: non siamo ancora in presenza di un sistema di vere e proprie autorità indipendenti comunitarie. Troppo timidi i poteri di risoluzione delle controversie; manca l'attribuzione di un vero e proprio potere di adozione di regolamenti generali e astratti in grado di disciplinare organicamente e dettagliatamente materie complesse con norme di secondo grado; l'indipendenza, riconosciuta sì formalmente, rischia, però, di venire frustrata nel concreto operare di questi organismi dal minore o maggiore grado di autonomia che, a livello nazionale, viene concesso ai membri delle ANR che poi siedono nei *boards* delle agenzie europee; non c'è, infine, omogeneità tra le varie *network agencies*, dal momento che le ESA, attive nella vigilanza microprudenziale, godono di attribuzioni più incisive rispetto all'ACER e al BERC.

Gli aspetti di innovazione che i nuovi regolatori indubbiamente presentano, però, permettono comunque di identificare in essi l'inizio di un percorso, per quanto ancora embrionale, di "federalizzazione", volto alla creazione di autorità indipendenti europee che nel lungo periodo possano sostituire quelle statali (o comunque a porsi con esse in rapporto di supremazia all'interno di un rinnovato rapporto tra centro e periferia). Un processo che, da questo punto di vista, permette di avvicinare sotto molti aspetti le *network agencies* al modello americano: le *Independent Regulatory Commissions*, infatti, da un lato presentano già molte delle caratteristiche che i regolamenti europei hanno garantito alle agenzie in questione (si pensi ai poteri di *decision-making* e all'indipendenza istituzionalizzata, seppur inserita all'interno di una cornice statuale e costituzionale diversa); dall'altro, potrebbero rappresentare un modello per future evoluzioni con riferimento ad altri aspetti di carattere organizzativo e funzionale (soprattutto, come si dirà, in tema di partecipazione degli *stakeholders* e agli aspetti legati al controllo giurisdizionale sugli atti).

Un percorso, quello di avvicinamento al modello statunitense, che trova terreno fertile anche sul versante dei principi generali. La “dottrina Meroni” elaborata sessanta anni fa dalla Corte di giustizia UE e che ha rappresentato l’ostacolo forse maggiore alla introduzione di agenzie europee dotate di poteri normativi generali (che la predetta dottrina vuole riservati esclusivamente alle istituzioni previste dai Trattati istitutivi, al fine di non alterare il sistema delle responsabilità in essi disciplinato), infatti, è oggi oggetto di una interpretazione più elastica da parte degli stessi giudici del Lussemburgo.

In occasione della “sentenza ESMA” del 2014, infatti, la Corte ha legittimato l’attribuzione di ampi poteri non meramente esecutivi di atti legislativi in capo all’agenzia, purché la delega delle stesse attribuzioni definisca preventivamente obiettivi e criteri tesi a orientare l’esercizio dei poteri medesimi e che ogni eventuale violazione possa essere fatta valere in sede giurisdizionale. Si tratta, in fondo, dei medesimi fondamenti che negli Stati Uniti legittimano l’azione delle commissioni indipendenti e che sono stati inquadrati dalla dottrina e giurisprudenza costituzionali nel superamento della c.d. “non delegation doctrine”⁶⁵².

Un ruolo importante nel suddetto avvicinamento è stato indubbiamente giocato dalle dinamiche in atto negli ultimi decenni nel diritto amministrativo globale, che vede nell’indipendenza, nell’elevata professionalità e nella neutralità rispetto ai soggetti regolati un valore da diffondere all’interno dei singoli ordinamenti nazionali e, di riflesso, anche in quello comunitario. Un’indipendenza che, tuttavia, si presenta nell’ordinamento sovranazionale molto più vicina a quella sperimentata storicamente dalle IRC che a quella di cui godono le autorità amministrative indipendenti negli Stati europei (con l’accento posto quindi sulla terzietà rispetto alla politica e alla generalità degli operatori del mercato e non tanto sulla distinzione rispetto alla p.a. tradizionale), testimoniando della maggiore pervasività della cultura giuridica statunitense nel “plasmare” le regole valide nell’arena giuridica globale.

Le dinamiche suesposte vengono confermate dall’analisi effettuata sulle autorità operanti nei settori energetici sulle due sponde atlantiche. L’ACER, seppur dotata di competenze meno incisive rispetto alle omologhe autorità di supervisione bancaria e finanziaria, è titolare di uno statuto di indipendenza piena rispetto agli altri attori istituzionali e privati, assicurata dalla presenza all’interno del Comitato dei regolatori di esponenti delle autorità indipendenti nazionali competenti per settore; è in grado di esercitare importanti potestà decisionali nei confronti di privati e Stati membri; definisce le

⁶⁵² Vedi *supra*, Cap. II, par. 1.4.

linee guida per la determinazione dei codici di rete e piani decennali di sviluppo infrastrutturale; soprattutto, esercita poteri atipici, di fatto regolamentari e a efficacia generale, con decisioni che risolvono questioni di regolamentazione riguardanti le condizioni di accesso alle infrastrutture energetiche che collegano almeno due Stati membri, seppur soltanto in caso di contrasto tra le competenti ANR. Provvedimenti che, producono, dunque, effetti giuridici obbligatori nei confronti di destinatari non preventivamente individuabili.

Si tratta di peculiarità che avvicinano l'Agenzia più al modello dell'autorità indipendente di regolazione e vigilanza che a quello dell'agenzia "servente" la Commissione europea che si era affermata nell'ordinamento giuridico comunitario fino al 2009. Il superamento dell'esperienza del *network* di regolatori nazionali (nello specifico l'ERGEG), che al massimo aveva facilitato lo scambio di informazioni e conoscenze, senza però realizzare un effettivo avanzamento sul piano dell'accentramento e reale integrazione delle funzioni e delle scelte di regolazione, permette dunque l'emersione di uno schema nuovo, diverso, più stabile ed efficace sul piano della definizione di regole comuni.

Anche nel comparto energetico, tuttavia, si tratta di elementi che se da un lato permettono di individuare i segnali di un percorso di avvicinamento al prototipo statunitense, dall'altro non permettono comunque di considerarlo terminato né, tantomeno, di reputare raggiunto il livello di accentramento dei poteri di regolazione che invece si sono storicamente cristallizzati nella FERC. D'altro canto, il modello nordamericano non è esente da criticità. Al di là dei punti deboli che il sistema delle IRC presenta in generale, a partire dall'influenza che il Presidente finisce comunque per esercitare attraverso la leva degli ordini esecutivi e dei tagli al bilancio delle autorità, il settore energetico rappresenta quello in cui si è maggiormente manifestata la non consequenzialità logica e fattuale tra la presenza di un regolatore centrale e la capacità di disciplinare uniformemente un mercato particolarmente frammentato.

Il settore energetico americano, infatti, soffre di un elevato policentrismo regolatorio, dovuto sia alle diversità strutturali che differenziano i singoli mercati statali di un Paese tanto vasto e vario (e che, di conseguenza, legittimano la presenza di approcci particolari e a volte antitetici tra i regolatori statali coinvolti, chiamati a rispondere a esigenze diverse, soprattutto legate all'approvvigionamento energetico), sia all'incapacità del governo di Washington e della FERC di superare la riottosità delle numerose autorità (anche indipendenti) statali verso l'accentramento di determinate competenze, soprattutto in tema

di pianificazione e realizzazione delle reti di trasporto interstatali. Ciò produce conseguenze di non poco conto, impedendo alla regolazione di rispondere in maniera efficace alle numerose sfide che si presentano in materia energetica, dalla predisposizione di regole uniformi su tutto il territorio degli U.S.A. - che permettano la costruzione di efficienti e nuove infrastrutture in grado di rispondere al fabbisogno energetico dei cittadini - alla protezione ambientale, passando per il supporto alla ricerca di nuove e meno inquinanti forme di energia.

L'ACER, sotto questo aspetto, sembra aver trovato una parziale soluzione al problema dei rapporti centro-periferia nell'altrettanto diversificato mercato energetico europeo, coinvolgendo direttamente a livello europeo i membri delle ANR, in grado in questo modo di rappresentare le esigenze degli Stati di appartenenza nella nuova architettura regolatoria europea. La *governance* dell'ACER (così come quella delle ESA), dunque, riflette una distribuzione dei poteri e delle funzioni che presenta i segni di un "federalismo" che, in altri settori e a livello politico-istituzionale, sembra incontrare maggiori resistenze.

La nuova posizione di indipendenza delle agenzie europee, tuttavia, pone un altrettanto nuovo problema legato alla loro *accountability*⁶⁵³. I regolamenti istitutivi prevedono, oltre alla garanzia rappresentata dal sindacato giurisdizionale sugli atti, un sistema di relazioni periodiche con le istituzioni europee (soprattutto con il Parlamento) e l'accesso pubblico agli atti e alle informazioni⁶⁵⁴. A oggi, tuttavia, manca una procedimentalizzazione istituzionalizzata delle attività condotte dalle nuove agenzie, basata su un'effettiva partecipazione dei soggetti regolati e che permetta un controllo diffuso sul loro operato. Le misure esistenti non appaiono infatti sufficienti ad assicurare un giusto equilibrio tra indipendenza e controllo, che potrebbe inoltre garantire a tali organismi pubblici una legittimazione maggiore, permettere l'adozione di regole migliori e accrescere la capacità di resistere alle pressioni provenienti dalle istituzioni politiche.

⁶⁵³ Sottolinea L. Torchia, *I poteri amministrativi delle autorità di controllo*, cit., 24, che mentre l'accentramento dei poteri di regolazione e vigilanza a livello europeo non pone più i problemi del passato, rappresentati dalla frammentazione e dalla disomogeneità delle regole, ne pone di nuovi: da un lato, quello dell'*accountability*, appunto; dall'altro, paradossalmente, proprio un eccesso di uniformità nell'esercizio di funzioni rispetto ad ordinamenti e mercati nazionali diversi, non sempre inquadrabili in pratiche e norme comuni.

⁶⁵⁴ Cfr. M. Gargantini, C. Di Noia, *The European Securities and Market Authority: Accountability towards EU Institutions and Stakeholders*, in P. Iglesias Rodriguez (ed.), *Building Responsive and Responsible Financial Regulators in the Aftermath of the Financial Crisis*, Cambridge, Intersentia, 2015, 115.

Anche in questo campo, dunque, potrebbe (e dovrebbe) seguirsi l'esperienza delle autorità attive negli Stati Uniti, dove l'attenzione alla trasparenza e alla partecipazione ha condotto alla predisposizione di un insieme di norme generali, comuni a tutte le IRC (in primo luogo quelle dell'*Administrative Procedure Act*) – la cui violazione è azionabile di fronte alle corti federali – che permettono un'ampia condivisione con i soggetti regolati di tutti i progetti di regolazione che una singola IRC ha in cantiere (in primo luogo il *notice and comment*). I procedimenti regolatori nell'UE, viceversa, tendono a variare da agenzia ad agenzia, mancando quindi un insieme di requisiti procedurali comuni a tutti gli organismi dotati di funzioni regolatorie.

In conclusione, le dinamiche prese in considerazione dal presente lavoro permettono di affermare che il processo di integrazione europea stia effettivamente progredendo, seppur non in maniera lineare, attraverso l'istituzione di organismi indipendenti che aumentano il livello di centralizzazione dei processi e delle regole all'interno del sistema legale comunitario. Ma lasciano anche l'impressione che ciò stia avvenendo senza una reale presa di coscienza, da parte delle istituzioni e degli Stati membri, del reale significato di tale percorso in termini di implicazioni politiche e democratiche che la creazione di soggetti indipendenti comunitari potrà avere⁶⁵⁵. L'unificazione delle regole e degli apparati organizzativi, con conseguente sottrazione di sfere di competenza e sovranità in capo agli Stati membri, sembra essere stato per certi versi accettato da questi ultimi solo in quanto «nascosto dietro la natura tecnica e indipendente delle autorità»⁶⁵⁶, le quali, in realtà, sono dotate di veri e propri poteri di regolazione economica.

Se tale percorso, in cui emergono tutte le peculiarità del processo di integrazione europea – volto alla ricerca dell'unità senza la dispersione delle differenze e alla costituzione di strutture comuni senza abbattere le costruzioni statuali – condurrà effettivamente alla creazione di *authorities* comunitarie indipendenti con compiti di regolazione dei mercati, è questione che solo il tempo potrà dirimere. Certamente, oggi, ci sono significativi elementi che permettono di approcciarsi con ottimismo al predetto quesito e intravedere uno sbocco positivo per tale ambizioso progetto.

⁶⁵⁵ Così, J. Alberti, *Delegation of Powers*, cit., 492.

⁶⁵⁶ In questi termini, L. Torchia, *I poteri amministrativi delle autorità di controllo*, cit., 26. Continua l'A.: «[G]li Stati membri possono dire di non aver perso potere politico (nel doppio senso di “politics” e di “policy”), ma di aver soltanto redistribuito poteri tecnici di regolazione e di vigilanza fra le autorità europee e le autorità nazionali. Lo stesso grado di unificazione non avrebbe invece, potuto servirsi di strumenti espressamente politici: è questo un caso in cui, per citare all'inverso un detto famoso, l'intendenza non segue, ma precede». Cfr. anche *Id*, *Moneta, banca e finanza fra unificazione europea e crisi economica*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 6, 2015.

BIBLIOGRAFIA GENERALE DI RIFERIMENTO

- AA.VV. *Il diritto amministrativo oltre i confini. Omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Milano, Giuffrè, 2008.
- AA.VV., *La regolazione dei mercati energetici nel “terzo pacchetto” comunitario*, Milano, Vita e Pensiero, 2010.
- AA.VV., *Scritti per Mario Nigro*, II, Milano, Giuffrè, 1991.
- Ackerman B., *Tutti i poteri del Presidente*, Bologna, Il Mulino, 2012.
- Adams C. F., Adams H., *Chapters of Eire, and other essays*, Boston, J. R. Osgood and Company, 1871.
- Adams, Jr., C. F., *Railroads: their origin and problems*, New York, G. P. Putnam's Sons, 1878.
- Adinolfi A., *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 20-22 settembre 2007, Milano, Giuffrè, 2007.
- Alberti J., *Delegation of powers to EU Agencies after the Short Selling Ruling*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2, 2015.
- Alemanno A., *The Regulatory Cooperation Chapter of the Transatlantic Trade and Investment Partnership: Institutional Structures and Democratic Consequences*, in *Journ. Int. Econ. Law*, 18, 625.
- Alemanno A., *What the TTIP Leaks Mean for the On-going Negotiations and Future Agreement?*, in *Eur. J. Risk Reg.*, 7, 2016
- Alemanno A., Wiener J. B., *The Future of International Regulatory Cooperation: TTIP as a Learning Process Toward a Global Policy Laboratory*, in *Law & Contemp. Probs.*, 2015.
- Amato G., *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 3, 1997.
- Amato G., *Le autorità indipendenti nella Costituzione economica*, in AA. VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, Giuffrè, 1997.

- Amato G., Laudati L., *The Protection of Public Interests and Regulations of Economic Activities*, in F. Snyder (ed.), *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, London, Hart, 1999
- Ammannati L. (a cura di), *Monopolio e regolazione proconcorrenziale nella disciplina dell'energia*, Milano, Giuffrè, 2005.
- Ammannati L. (a cura di), *Networks. In search of a model for European and Global Regulation*, Torino, Giappichelli, 2012.
- Ammannati L., Bilancia P. (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2008.
- Ammannati L., *L'Agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell'energia e la costruzione del mercato unico dell'energia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2011.
- Andenas M., Fairgrieve D., *Independent Administrative Autorithies*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2005.
- Anderson M., *Note: The Role of The States in Energy Regulation*, in *Energy L. J.*, 4, 1983.
- Asimow M. (ed.), *Federal Agency Adjudication*, Chicago, American Bar Association, 2003.
- Asimow M., *Nonlegislative Rulemaking and Regulatory Reform*, in *Duke L.J.*, 1985.
- Asimow M., *The Administrative Judiciary: ALJs in Historical Perspective*, in *J. Nat'l A. Admin. L. Judges*, 20, 2000.
- Auby J. B., *Le globalisation, le droit e l' État*, Paris, Librairie juridique de reference en ligne, 2003.
- Autin J. L., *I profili storici delle Autorità Amministrative Indipendenti*, in V. Pepe, L. Coltella (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti nella comparazione giuridica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.
- Bach D., Newman A. L., *The European Regulatory State and Global Public Policy: Micro-Institutions, Macro-Influence*, in *J. Eur. Pub. Pol'y*, 14, 2007.
- Balboni E., *Amministrazione giustiziale*, Padova, Cedam, 1986.
- Baldwin R., M. Cave, M. Lodge, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

Balla S. J., *Between Commenting and Negotiation: the Contours of Public participation in Agency Rulemaking*, in *ISJLP*, 1, 2004-2005.

Balleisen E., Moss D. (ed.), *Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation*, disponibile al sito internet <http://www.tobinproject.org>.

Barber A., *The Constitution and the Delegation of Congressional Power*, New York, Oxford University Press, 1975.

Barbieri D., *Agenzie europee: un esempio di evoluzione istituzionale amministrativa?*, in *Riv. it. pol. Pubbl.*, 3, 2007.

Barbisan B., *Nascita di un mito. Washington, 24 febbraio 1803 Marbury v Madison e le origini della giustizia costituzionalista negli Stati Uniti*, Bologna, Il Mulino, 2008.

Bardin D. J., *The Role of the New Department of Energy*, in *Nat. Resources Law*, 10, 1977-1978.

Barra Caracciolo L., *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento U.S.A.*, Torino, Giappichelli, 1997.

Barton B., Barrera-Hernandez L. K., Lucas A. R., Ronne A. (ed.), *Regulating Energy and Natural Resources*, New York, Oxford University Press, 2006.

Battini S., *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, Giuffrè, 2003.

Battini S., *Globalisation and Extraterritorial Regulation: An Unexceptional Exception*, in Anthony G., Auby J.B., Morison J., Zwart T., *Values in Global Administrative Law*, Oxford, UK-Portland, OR, US, Hart Publishing, 2011.

Battini S., *La globalizzazione del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2006.

Battini S., *Organizzazioni internazionali e soggetti privati: verso un diritto amministrativo globale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2005.

Battini S., *The proliferation of global regulatory regimes*, in S. Cassese (ed.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2016.

Battini S., Vesperini G. (ed.), *Global and European Constraints Upon National Right to Regulate: the Services Sector*, 2008.

Battini S., Vesperini G., *L'indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale*, in M. D'Alberti, A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino, 2010.

Beck G. A., *State Agency Policymaking: More Interpretation or Illegal Rulemaking?*, in *Hennepin Law*, 54, 1984-1985.

Bellantuono G., *Teoria economica e prassi della regolazione*, disponibile all'indirizzo internet www.jus.unitn.it/dsg/ricerche/dottorati/materiali/prassi_regolazione.doc.

Bermann G. A., *Regulatory Cooperation Between the European Commission and U.S. Administrative Agencies*, in *Admin. L. J. Am. U.*, 9, 1995-1996.

Bermann G.A., *Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States*, in *Colum. L. Rev.*, 94, 1994.

Bernstein M. H., *Business by independent commissions*, Princeton, Princeton University Press, 1955.

Bignami F., *Cooperative Legalism and the Non-Americanization of European Regulatory Styles: The Case of Data Privacy*, in *American Journal of Comparative Law*, Vol. 59, n. 2, 2011.

Bignami F., Kelemen R. D., *Kagan's Atlantic Crossing: Adversarial Legalism, Eurolegalism, And Cooperative Legalism in European Regulatory Style*, in J. Barnes, T. F. Burke (eds.), *Varieties of Legal Order: the Politics of Adversarial and Bureaucratic Legalism*, Routledge, 2017.

Bignami F., *The Non-Americanization of European Regulatory Styles: Data Privacy Regulation in France, Germany, Italy, and Britain*, Center of European Studies Working Paper Series, 174, 2010.

Bilancia P. (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, Giuffrè, 2012.

Bilancia P., Ammannati L. (a cura di), *Governance multilivello, regolazione e reti*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2008.

Binder J. H., Gortsos C., (ed.), *The European Banking Union. A Compendium*, Oxford, C.H. Beck - Hart - Nomos, 2016.

Bollhoff D., *Developments in Regulatory Regimes: A Comparison of Telecommunications, Energy and Rail*, in D. Coen, A. Héritier, *Redefining Regulatory Regimes*, 2005.

- Bonaverio P., Dansero E., *L'Europa delle regioni e delle reti*, Torino, UTET, 1998.
- Bouveresse A., *Bases juridiques autorisant la création d'organismes dotés d'une personnalité juridique proper*, in *Europe*, 2006, 10.
- Bowers J. R., *Regulating the Regulators*, New York, Praeger Publishers, 1990.
- Breger M. J., Edles G. J., *Established by Practice: The Theory and Operation of Independent Federal Agencies*, in *Admin. L. Rev.*, 52, 2000.
- Breger M. J., Edles G. J., *Independent agencies in the United States*, New York, Oxford University Press, 2015.
- Bressman L. S., Rubin E. L., Stack K. M., *The Regulatory State*, New York, Aspen Publishers, 2010.
- Bressman L. S., Thompson R. B., *The Future of Agency Independence*, in *Vand. L. Rev.*, 63, 2010.
- Brewer D. J., *The movement of coercion*, in Mason A. T., *Free Government in making*, New York, Oxford University Press, 1949.
- Breyer S. G., *Regulation and its Reform*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1982.
- Breyer S. G., Steward R. B., *Administrative Law and Regulatory Policy*, Boston, Little, Brown and Company, 1989.
- Breyer S., *Breaking The Vicious Circle. Toward Effective Risk Regulation*, Cambridge, Harvard University Press, 1993.
- Brune N., Garrett G., Kogut B., *The International Monetary Fund and the Global Spread of Privatization*, in *IMF Staff Papers*, vol. 51, 2, 2004.
- Bruti Liberati E., Donati F. (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2007.
- Bruti Liberati E., Donati F. (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010.
- Bruti Liberati E., *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2014.
- Buck S. J., *The Granger movement*, Cambridge, Harvard University Press, 1913.
- Bull R. T., *Developing a Domestic Framework for International Regulatory Cooperation*, in *Law & Contemp. Probs.* 49, 2015.

Bull R. T., Mahboubi N. A., Stewart R. B., Wiener J. B., *New Approaches to International Regulatory Cooperation: the Challenge of TTIP and Mega-Regional Trade Agreements*, in *Law & Contemp. Probs.*, 1, 2015.

Busuioic M., *Rule Making by the European Financial Supervisory Authorities: Walking a Tight Rope*, in *European Law Journal*, 19(1), 2013.

Buzzacchi C. (a cura di), *Il mercato dei servizi in Europa. Tra misure pro-competitive e vincoli interni*, Milano, Giuffrè, 2014.

Byse C., *The Department Of Energy Organization Act: Structure And Procedure*, in *Admin. L. Rev.*, 30, 1978.

Caianiello L., *I recenti sviluppi della regolazione indipendente in Europa, alla luce del modello organizzativo emerso con l'istituzione dell'Acer: alcune riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte di giustizia e del quadro amministrativo europeo dopo Lisbona*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 5, 2015.

Caianiello V., *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1997.

Calabresi G., *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Harvard University Press, 1982.

Calabresi G., K. H. Rhodes, *The Structural Constitution: Unitary Executive, Plural Judiciary*, in *Harv. L. Rev.*, 105, 1992.

Cameron P. (ed.), *Legal Aspects of EU Energy Regulation*. Oxford, Oxford University Press, 2005.

Canepa A., *La costruzione del mercato europeo dell'energia e il difficile percorso del "terzo pacchetto"*, in *Amministrare*, 2, 2009.

Canepa A., *Reti europee in cammino. Regolazione dell'economia, informazione e tutela dei privati*, Napoli, Jovene, 2010.

Cardi E., *Mercati e istituzioni in Italia: diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2005.

Carolan E., *Democratic Accountability and the Non-Delegation Doctrine*, in *Dublin U. L. J.*, 33, 2011.

Casper G., *Separating power: essays on the founding period*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.

Cassese S., Conticelli M. (a cura di), *Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale*, Quaderno speciale n. 2 della Riv. trim. dir. pubbl., Milano, Giuffrè, 2006.

Cassese S., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in Mercato, concorrenza, regole, 2, 2002.

Cassese S., Della Cananea G., *L'esecuzione del diritto comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 1991.

Cassese S., *European Administrative Proceedings*, in L. & Contemp. Probs., 68, 2004.

Cassese S., Franchini C. (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, Bologna, Il Mulino, 1994.

Cassese S., Franchini C. (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996.

Cassese S., *Global Standards For National Administrative Procedure*, in Law & Contemp. Probs., 68, 2005.

Cassese S., *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2, 2005, 331.

Cassese S., *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, in Giorn. dir. amm., 11, 2003.

Cassese S., *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009.

Cassese S., *Il governo dell'energia*, Rimini, Maggioli, 1992.

Cassese S., *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in Il Foro italiano, v. 16, 1995.

Cassese S., *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in Riv. trim. dir. pubbl., 3, 2001.

Cassese S., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

Cassese S., *La nuova architettura europea*, in Giorn. dir. amm., 1, 2014.

Cassese S., *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 2012.

Cassese S., *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in Econ. pubbl., 1996.

Cassese S., *Le privatizzazioni in Italia*, Riv. trim. dir. pubbl., 1, 1988.

- Cassese S., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- Cassese S., *Oltre lo Stato: verso una Costituzione globale?*, Roma-Bari, Laterza, 2006.
- Cassese S., *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, in *Il Foro it.*, V, 1996.
- Cassese S., *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 1991.
- Cengiz F., *Multi-level Governance in Competition Policy: the European Competition Network*, in *Europ. L. Rev.*, 2010.
- Chamon M., *EU Agencies: Does the Meroni Doctrine Make Sense?*, in *Maastricht J. Eur. & Comp. L.*, 17, 2010.
- Chamon M., *The Empowerment of Agencies under the Meroni doctrine and article 114 TFEU: Comment on United Kingdom v. Parliament and Council (Short-selling) and the Proposed Single Resolution Mechanism*, in *Europ. L. Rev.*, 2014, 3.
- Chandler, Jr., A. D. *The railroads: the Nation's first big business*, New York, Harcourt, Brace and World, 1965.
- Chiti E., *European Agencies' Rulemaking: Powers, Procedures and Assessment*, in *European Law Journal*, 19(1), 2013.
- Chiti E., Franchini C., *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, Il Mulino, 2003.
- Chiti E., *Il Trattato di Lisbona*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2010.
- Chiti E., *In the Aftermath of the Crisis – The EU Administrative System Between Impediments and Momentum*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 17, 2015.
- Chiti E., *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, Cedam, 2002.
- Chiti E., *Le trasformazioni delle agenzie europee*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2010.
- Chiti E., P. G. Teixeira, *The Constitutional Implications of the European Responses to the Financial and Public Debts Crisis*, in *Common Markets Law Review*, 50, 2013.
- Chiti E., *The Emergence of a Community Administration: the Case of the European Agencies*, in *Common Market Law Review*, 37(2), 2000.
- Chiti E., Vesperini G. (a cura di), *The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional Design, Legal issues, Perspectives*, Bologna, Il Mulino, 2015.

- Chiti M. P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2011.
- Chiti M. P., L. Santoro (a cura di), *L'Unione Bancaria Europea*, Pisa, Pacini Editore, 2016.
- Chiti M. P., Natalini A. (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo*, Bologna, Il Mulino, 2012.
- Ciaralli E., *I mercati europei dell'elettricità e del gas. Il terzo pacchetto legislativo presentato dalla Commissione*, in *Merc. conc regole*, 1, 2008.
- Ciasulli A., *Le agenzie esecutive europee nel sistema amministrativo comunitario: regolamento del Consiglio europeo n. 58/2003*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2004.
- Cimino B., *I limiti procedurali: GATS*, in S. Battini, G. Vesperini (a cura di), *I limiti globali ed europei alla disciplina dei servizi*, Quaderno n. 4 della Rivista trimestrale di diritto pubblico, Milano, Giuffrè, 2008.
- Clarich M., *Governance of the Single Supervisory Mechanism and Non-Euro Member States*, in E. Barucci, M. Messori (eds), *Towards the European Banking Union*, Firenze, Passigli, 2014.
- Clarich M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013.
- Cleynenbreugel P. V., *Market Supervision in the European Union. Integrated Administration in Constitutional Context*, Leiden/Boston, 2014.
- Cocconi M., *Programmazione e regolazione dell'energia elettrica da fonte rinnovabile*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2014.
- Coen D., Heritier A., *Business Perspectives on German and British Regulation: Telecoms, Energy and Rail*, in *Business Strategy Review*, 11, 4, 2000.
- Coen D., Thatcher M., *Network governance and multi-level delegation: European networks of regulatory agencies*, in *Journal of Public Policy*, 28(1), 2008.
- Coglianese C., *Citizen Participation in Rulemaking: Past, Present, and Future*, in *Duke L. J.*, 55, 2005-2006.
- Coglianese C., *E-Rulemaking: Information Technology and the Regulatory Process*, in *Admin. L. Rev.*, 56, 2004.
- Coleman J. W., *Importing Energy, Exporting Regulation*, in *Fordham L. Rev.*, 83, 2014-2015.

Comer J. P., *Legislative Functions of the National Administrative Authorities*, New York, Columbia University Press, 1927.

Comporti C., *L'integrazione dei mercati finanziari europei e la c.d. procedura Lamfalussy*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2, 2004.

Constant B., *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs* (1815), Roma, Editori Riuniti, 1970.

Cooley T. M., *A treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union*, Boston, Little, Brown and Company, 1927.

Cowey P., Klimenko M.M., *The WTO Agreement and Telecommunication Policy Reform*, Policy Research Working Paper, 2001.

Craig P., De Búrca G. (a cura di), *The evolution of Eu Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

Craig P., *EU Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

Craig P., *Shared administration, disbursement of community funds and regulatory State*, in *Legal research paper series*, 22, 2009.

Crocco D., *Le autorità amministrative indipendenti di regolazione e vigilanza dei mercati*, Napoli, Jovene Editore, 2012.

Cudahy R. D., *70th Anniversary Celebration of the Federal Power Act*, in *Energy L.J.*, 26, 2005.

Curlee H., *Examining Epact 2005: a Prospective Look at the Changing Regulatory Approach of the FERC*, in *Wash. & Lee L. Rev.*, 63, 2006.

Cushman R. E., *The Independent Regulatory Commissions*, New York, Oxford University Press, 1941.

Cushman R., *The Constitutional Status of Independent Regulatory Commissions*, in *Cornell L. Quarterly*, 1938.

Custos D., *The Rulemaking Power of Independent Regulatory Agencies*, in *Am. J. Comp. L.*, 54, 2006.

D'Alberti M., *Autorità indipendenti (dir. amm.)* (voce), in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1995.

D'Alberti M., *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. Giur.*, vol. IV, Roma, 1997.

- D'Alberti M., *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, Il Mulino, 1992.
- D'Alberti M., *La «rete europea della concorrenza» e la costruzione del diritto antitrust*, in *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2005.
- D'Alterio E., *Agenzie e autorità europee: la diafasia dei modelli di organizzazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 4, 2012.
- Damaska M., *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven, CT, Yale University Press, 1986.
- Darby J. M., Robins J. M., Webb B. L., *The Role of FERC and the States in Approving and Siting Interstate Natural Gas Facilities and LNG Terminals After the Energy Policy Act Of 2005 - Consultation, Preemption And Cooperative Federalism*, in *Tex. J. Oil Gas & Energy L.*, 6, 2010-2011.
- Datla K., Revesz R. L., *Deconstructing independent agencies (and executive agencies)*, in *Cornell Law Review*, 98, Issue 4, 2013.
- Datla K., Revesz R. L., *Deconstructing Independent Agencies*, 98 *Cornell L. Rev.*, 2012-2013.
- Davis K. C., *Administrative Law Text*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1973.
- Davis K. C., *Discretionary Justice: s Preliminary Inquiry*, Urbana, University of Illinois Press, 1976.
- Davis K. C., Pierce R., *Administrative Law Treatise*, San Diego, KC Davis Publishing Co, 1994.
- De Bellis M., *Energia elettrica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006.
- De Bellis M., *I poteri di intervento dell'Esma sulle vendite allo scoperto*, in *Giorn. dir. amm.*, 7, 2014.
- De Bellis M., *La regolazione dei mercati finanziari*, Milano, Giuffrè, 2012.
- De Carli P., *Costituzione e attività economiche*, Padova, Cedam, 1978.
- De Gutch K., *Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) - Solving the Regulatory Puzzle*, Aspen Institute, Prague Annual Conference (Oct. 10, 2013).

De Housse R., *Regulation by Networks in the European Community: the Role of European Agencies*, in *J. Eur. Pub. Pol'y*, 2011.

De Palacio L., *Nota d'informazione alla Commissione. Prima analisi del blackout negli Stati Uniti e nel Canada del 14 agosto 2003*.

Dehousse R., Joerges C., Majone G., Snyder F., *Europe After 1992 – New Regulatory Strategies*, European University Institute Working Papers, Law, 31, 1992.

Dehousse R., *Misfits: EU law and the transformation of European governance*, in *Jean Monnet Working Papers*, n. 2, 2002.

Della Cananea G., *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, Il Mulino, 2009.

Della Cananea G., *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2003, 1.

Della Cananea G., *L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica e il gas*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3, 2004.

Devins N., *Political Will and the Unitary Executive: What Makes an Independent Agency Independent?*, in *Cardozo L. Rev.*, 15, 1993.

Devins N., *Unitariness and Independence: Solicitor General Control Over Independent Agency Litigation*, in *Cal. L. Rev.*, 82, 1994.

Di Cristina F., *L'attuazione del "terzo pacchetto" e il nuovo assetto dei mercati energetici*, in *Giorn. dir. amm.*, 9, 2011.

Di Maggio P. J., Powell W. W., *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1991.

Di Plinio G., *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1998.

Diner S. J., *A very different age: Americans of the Progressive Era*, New York, Hill and Wang, 1998.

Doyle W. K., *Independent commissions in the federal government*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1939.

Drogin B., *Rights Panel Backs Florida Voting Report Amid Dissent*, in *L.A. Times*, June 9, 2001, disponibile al sito internet <http://articles.latimes.com/2001/jun/09/news/mn-8314>.

- Duane T. P., *Regulation's Rationale: Learning from the California Energy Crisis*, in *Yale J. on Reg.*, 19, 2002.
- Dunoff J. L., *Mapping the Hidden World of International Regulatory Cooperation*, in *Law & Contemp. Probs.*, 78, 2015.
- Dworkin M. H., R. A. Goldwasser, *Ensuring Consideration Of The Public Interest In The Governance And Accountability Of Regional Transmission Organizations*, in *Energy L.J.*, 28, 2007.
- Eisner M. A., *Regulatory politics in transit*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1993.
- Ellis W. S., *State railroad commissions*, *The American Law Register and Review*, vol. 41, Issue 8, 1893.
- Enria A., Teixeira G., *A New Institutional Framework for Financial Regulation and Supervision*, in *Basel II and Beyond. A Guide to Banking Regulation after the Crisis*, London, 2011.
- Everson M., *A Technology of Expertise: EU Financial Services Agencies*, LEQS Paper n. 49, 2012.
- Fainsod M., Gordon L., *Government and the American economy*, W. W. Norton and Co. Inc., New York, 1948.
- Farina C. R., *Deconstructing Nondelegation*, *Harv. L. J. & Pub. Pol'y*, 33, 2010.
- Farina C. R., Newhart M. J., Cardie C., Cosley D., *Rulemaking 2.0*, in *U. Miami L. Rev.*, 65, 2010-2011.
- Feldman D. L., *Administrative Law: the Sources and Limits of Governmental Agency Power*, Thousand Oaks, CQ Press, 2016.
- Fellows J. B., *Congressional Oversight Through Legislative Veto After Ins. v. Chadha*, in *Cornell L. Rev.*, 69, 1983-84.
- Fisher R., Ury W., Patton B., *Getting to Yes*, London, Penguin Group, 1981.
- Forgàcs A., *The Regulatory Powers of Agencies in the United States and the European Union*, in *Eur. Networks L. & Reg. Q.*, 3, 2015.
- Fortis M., Poli C., *Le grandi infrastrutture di rete. L'Europa dell'energia: Francia e Italia*, Bologna, Il Mulino, 2004.

Foster C. D., *Privatization, public ownership and the regulation of natural monopoly*, London, Coopers & Lybrand, 1992.

Franchini C., *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione europea*, in *Dir. amm.*, 2008, 16 (1).

Francois J., Manchin M., Norberg H., Pindyuk O., Tomberger P., *Reducing Transatlantic Barriers to Trade and Investment: an Economic Assessment*, Centre for Economic Policy Research, 2013.

Freeman J., Langbein L. I., *Regulatory Negotiation and the Legitimacy Benefit*, in *N.Y.U. Environmental L. J.*, 9, 2000.

Friedman W., J. Garner, *Government enterprises. A comparative study*, London, Stevens & sons, 1970.

Fulda C. H., *Competition in the Regulated Industries*, Boston, Mass., Little Brown and Co., 1961.

Fusfeld D. R., *The economic thought of Franklin D. Roosevelt and the origins of the New Deal*, New York, Columbia University Press, 1956.

Galle B., Seidenfeld M., *Administrative Law's Federalism: Preemption, Delegation, and Agencies at the Edge of Federal Power*, in *Duke L.J.*, 54, 2008.

Gargantini M., Di Noia C., *The European Securities and Market Authority: Accountability towards EU Institutions and Stakeholders*, in P. Iglesias Rodriguez (ed.), *Building Responsive and Responsible Financial Regulators in the Aftermath of the Financial Crisis*, Cambridge, Intersentia, 2015.

Garri F., *L'alienazione dei beni della pubblica amministrazione. Le tematiche giuridiche*, in *La finanza locale*, 6, 1993.

Gehring T., Krapohl S., *Supranational regulatory agencies between independence and control: the EMEA and the authorization of pharmaceuticals in the European single market*, in *Journal of European Public Policy*, 2007.

Gellhorn E., Levin R., *Administrative Law and Process*, St. Paul-Minnesota, Thomson West, 2006.

Geradin D., Munoz R., Petit N. (ed.), *Regulation Through Agencies In The Eu: A New Paradigm Of European Governance*, Cheltenham, UK – Northampton MA, US, Edward Elgar, 2005.

Geradin D., *The Development of European Regulatory Agencies: What the EU Should Learn from the American Experience*, in *C.J.E.U.L.*, 11, 2004.

Giannini M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1989.

Giannini M. S., *Il pubblico potere, Stato e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986.

Giannini M. S., *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1959.

Gifford D. J., *The New Deal regulatory model: a history of criticism and refinements*, in *Minnesota Law Rev.*, 68, 1983.

Giglioni F., *Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento*, Pisa, Edizioni ETS, 2012.

Giglioni F., *The European Banking Union as a New Model of Administrative Integration?*, in Chiti E., Vesperini G. (eds.), *The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional Design, Legal Issues, Perspectives*, Bologna, Il Mulino, 2015.

Gilardi F., Jordana J., Levi-Faur D., *Regulation in the Age of Globalization: The Diffusion of Regulatory Agencies Across Europe and Latin America*, IBEI Working Papers, 2006/1.

Ginnane R. W., *The Control of Federal Administration by Congressional Resolutions & Committees*, in *Harv. L. Rev.*, 66, 1953.

Giraudi G., Righettini M.S., *Le autorità amministrative indipendenti*, Roma-Bari, Laterza, 2001.

Gramlich R. E., *The role of Energy Regulation in Addressing Generation Market Power*, in *Envtl. & Energy L. & Pol'y J.*, 1, 2005-2007.

Graves L. M., *The Great Depression and beyond*, New York, The Brookmire Economic Service Inc., 193.

Grenier Jr. E. J., Clark III R. W., *The Relationship between DOE and FERC: Innovative Government or Inevitable Headache?*, in *Energy L. J.*, 1, 1980.

Guerri E., *L'applicazione del diritto antitrust in Italia dopo il regolamento CE n. 1/2003*, Torino, Giappichelli, 2005.

Hamilton N., *Legislative Oversight of Agency Rulemaking: Recommendations for Minnesota*, in *Hamline J. Pub. & Pol'y*, 7, 1986.

- Hancer L., de Hauteclocque A., *Manufacturing the EU Energy Markets: the Current Dynamics of Regulatory Practice*, Competition and Regulation in Network Industries, 11, 3, 2010.
- Hancher L., Moran M., *Introduction: Regulation and Deregulation*, in *European Journal of Political Research*, 1989.
- Harlow C., *The 'Hidden Paw' of the State and the Publicisation of Private Law*, in Dyprenhaus D. (ed.), *A Simple Common Lawyer. Essays in honour of Michael Taggart*, Hart Publishing, 2009.
- Harrington J. T., B. A. Frick, *Opportunities for Public Participation in Administrative Rulemaking*, in *Nat. Resources Law*, 15, 1982-1983.
- Harris J. P., *The Advice and Consent of the Senate*, Berkeley, University of California Press, 1953.
- Heffron F., McFeeley N., *The Administrative Regulatory Process*, New York, Longman, 1983.
- Henisz W. J., B. A. Zelner, *The Worldwide Diffusion of Market-Oriented Infrastructure Reform, 1977–1999*, in *American Soc. Rev.*, 70, 2005.
- Hills R. M., Jr., *The Political Economy of Cooperative Federalism: Why State Autonomy Makes Sense and "Dual Sovereignty" Doesn't*, in *Mich. L. Rev.*, 96, 1998.
- Hofmann H. C. H., Rowe G. C., Turk A. H., *Administrative Law and Policy of the European Union*, New York, Oxford University Press, 2011.
- Hofmann H.C.H., Schneider J. Ziller J. (ed.), *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*, ReNEUAL SC, 2014.
- Hooghe L., *The European Commission and the Integration of Europe. Images of Governance*, Cambridge, CUP, 2001.
- Humphreys P., Simpson S., *Globalisation, Convergence and European Telecommunications Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2005.
- Iacovone D., *I servizi di pubblica utilità tra Stato, mercato, regolatore e consumatore*, Bologna, Il Mulino, 2014.
- Irons P., *The New Deal Lawyers*, Princeton, Princeton University Press, 1982.
- Irti N., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002.

Jansen O., Schöndorf-Haubold B. (ed.), *The European Composite Administration*, Cambridge, Intersentia, 2011.

Joerges C., *The European Economic Constitution in crisis: Between “state of exception” and “constitutional moment”*, in L. M. Maduro, B. de Witte and M. Kumm Maduro, (eds.), *The Democratic Governance of the Euro*, RSCAS PP 2012/08.

Jones H. W., *Multitude of Counselors: Appellate Adjudication as Group Decision Making*, in *Tul. L. Rev.*, 54, 1979.

Jordana J., Levi-Faur D., Fernandez i Marín X., *The Global Diffusion of Regulatory Agencies: Channels of Transfer and Stages of Diffusion*, in *Comparative Pol. Studies*, 44(10), 2011.

Joskow P. L., Bohi D. R., Gollop F. M., *Regulatory Failure, Regulatory Reform, And Structural Changes In The Electrical Power Industry*, Washington, DC, Brookings Papers On Econ. Activity: Microecon., 1989.

Kagan E., *Presidential Administration*, in *Harv. L. Rev.*, 114, 1994.

Kagan R. A., *Globalization and legal change: The “Americanization” of European law?*, in *Regulation & Governance*, 1, 2007.

Kagan R. A., *Should Europe Worry About Adversarial Legalism?*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 17, 1997.

Kahn A. E., *The Economics of Regulation. Principles and Institutions*, New York, John Wiley & Sons, 1970.

Kelemen R. D., E. Sibbitt, *The Globalization of American Law*, in *International Organization*, 58, 2004.

Kelemen R. D., *The Politics of “Eurocratic Agencies”*, in *West European Politics*, 25, 2002.

Kelemen R. D., *Suing for Europe: Adversarial Legalism and European Governance*, in *Comparative Political Studies*, 39(1), 2006.

Kelemen R. D., *The Americanisation of European Law? Adversarial Legalism à La Européenne*, in *European Political Science*, Vol. 7, 1, 2008.

Kelhier J. T., *Market Manipulation, Market Power, and the Authority of The Federal Energy Regulatory Commission*, in *Energy L.J.*, 25, 2005.

Kelliher J. T., Farinella M., *The Changing Landscape of Federal Energy Law*, in *Admin. L. Rev.*, 61, 2009.

Kelly S. G., Vouras M.F., Amerkhaif J. S., *The Subdelegation Doctrine and the Application of Reference Prices in Mitigating Market Power*, in *Energy L. J.*, 26, 2005.

Kershner J., *Political Party Restrictions and the Appointments Clause: the Federal Election Commission's Appointments Process is Constitutional*, in *Cardozo L. Rev.*, 32, 2010.

Kerwin C. M., Furlong S. R., *Rulemaking. How Government Agencies Write and Make Policy*, Washington D.C., CQ Press, 2011.

Kickert W. J. M., Klijn E.H., Koppenjan J.F.M. (ed.), *Managing Complex Networks*, London, Sage, 1997.

Kingsbury B., Stewart R.B., Krish N., *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 68, 2005, n. 3-4.

Kinney E.D., *The Emerging Field of International Administrative Law: Its Content and Potential*, in *Administrative Law Review*, 54, 2002.

Klass A. B., *The Electric Grid at a Crossroads: a Regional Approach to Siting Transmission Lines*, in *U.C.D. L. Rev.*, 48, 2014-2015.

Klein M., *Rainbow's End: The Crash of 1929*, New York, Oxford University Press, 2001.

Kolber M., *Rulemaking Without Rules: an Empirical Study on Direct Final Rulemaking*, in *Alb. L. Rev.*, 72, 2009.

La Spina A., Majone G., *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000.

La Spina A., Majone G., *Lo Stato regolatore*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 4, 1991.

Labriola S. (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 1999.

Laffan V. B., *European Union and the Eurozone: How to Coexist?*, in F. Allen (eds.), *Governance for the Eurozone. Integration or Disintegration?*, Philadelphia, PA, Fic Press, 2012.

Landis J. M., *The Administrative Process*, New Haven, Yale University Press, 1938.

Landreth H., Colander D. C., *Storia del pensiero economico*, Bologna, Il Mulino, 1996.

- Lavrijssen S., Hancher L., *Networks on Track: From European Regulatory Networks to European Regulatory "Network Agencies"*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2009.
- Lawson G., *The Rise and Rise of the Administrative Law*, in *Harv. L. Rev.*, 107, 1994.
- Lazzara P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001.
- Lazzara P., *Istituzioni pubbliche, autonomia privata e mercato nella lezione di Salvatore Romano* in *I maestri del Diritto Civile "Salvatore Romano"*, G. Furguele (a cura di), Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.
- Lesser J. A., Giacchino L. R., *Fundamentals of Energy Regulation*, Reston, VA, Public Utilities Reports, 2013.
- Lessig L., Sunstein C. R., *The President and the Administration*, in *Colum. L. Rev.*, 94, 1994.
- Leuchtenburg W. E., *The Case of the Contentious Commissioner: Humphrey's Ex'r v. U.S.*, in H. M. Hyman, L. W. Levy (ed.), *Freedom and Reform: Essays in Honor of Henry Steele Commager*, Hardcover, Import, 1967.
- Levi-Faur D., *Regulatory Networks and Regulatory Agencification: Towards a Single European Regulatory Space*, in *Journal of European Public Policy*, 18(6), 2011.
- Levi-Faur D., *The Rise of Regulatory Capitalism: The Global Diffusion of a New Order*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1, 2007.
- Longobardi N., *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto globale*, in *Dir. e proc. amm.*, 4, 2009.
- Longobardi N., *Le autorità di regolazione dei mercati nel "tempo della crisi"*, in *Amministrazione in cammino*, disponibile all'indirizzo web: www.amministrazioneincammino.it.
- Lunenburg W. V., *Retroactivity and Administrative Rulemaking*, in *Duke L. J.*, 106, 1991.
- Lyons D. A., *Federalism and the Rise of Renewable Energy: Preserving State and Local Voices in the Green Energy Revolution*, in *Case W. Res. L. Rev.*, 64, 2013-2014.
- Macchia M., *L'architettura europea dell'unione bancaria tra tecnica e politica*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 6, 2015.
- Macchia M., *La cooperazione amministrativa come «questione di interesse comune*, in *Astrid Rassegna*, 21 novembre 2011, n. 147.

- Macchia M., *Modelli di coordinamento della vigilanza bancaria*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2, 2016.
- Magone J. M., *The Americanization of European Union: the Constitutional Treaty and the Single European Market*, VII Congreso Español de Ciencia Política y de la Administración: Democracia y Buen Gobierno.
- Maidment R.A., *The judicial response to the New Deal*, Manchester and New York, Manchester University Press, 1991.
- Majone G., *Delegation of Regulatory Powers in Mixed Polity*, in *ELJ*, 8, 2002.
- Majone G., *Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions*, Working Paper RSC No 96/57, San Domenico di Fiesole - European University Institute, 1996.
- Majone G., *The Credibility Crisis of Community Regulation*, in *JCMS*, 38, 2000.
- Manetti M., *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994.
- Manning J. F., *Separation of Powers as Ordinary Interpretation*, in *Harvard L. Rev.*, 124, 2011.
- Marchetti B. (a cura di), *L'amministrazione comunitaria*, Padova, Cedam, 2009.
- Marchetti, P. G. (a cura di), *Le privatizzazioni in Italia*, Milano, Giuffrè, 1995.
- Mashaw J., *Due Process in the Administrative State*, New Heaven, Yale University Press, 1985.
- Mashaw J., *Improving the Environment of Agency Rulemaking: an Essay on Management, Games, and Accountability*, in *Law & Contemp. Probs*, 57, 1994.
- Mashaw J., W. Schwarz, C. Goetz, P. R. Verkuil, F. Goodman, M. Carrow, *Social Security Hearings and Appeals*, Lexington – Mass., Lexington Books, 1978.
- Massera A., “Autonomia” e “indipendenza” nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, Giuffrè, 1988.
- Massera A., *La crisi del sistema ministeriale e lo sviluppo degli enti pubblici e delle autorità amministrative indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, Bologna, Il Mulino, 1994.
- Mayntz R. (ed.), *Crisis and Control. Institutional Change in Financial Market Regulation*, Frankfurt/New York, 2012.

- Mazzucato M., *Lo Stato innovatore*, Bari-Roma, Laterza, 2013.
- McCarthy T. R., Roberts R. W., Jr., *American Trucking Association v. Environmental Protection Agency: in search of support of a strong nondelegation doctrine*, in *Whittier L. Rev.*, 23, 2001.
- McCraw T. K., *Prophets of regulation*, Cambridge, Harvard University Press, 1984.
- McCubbins M. D., T. Schwarz, *Congressional Oversight Overlooked: Police Patrols versus Fire Alarms*, in *American J. of Pol. Science*, 28, 1984.
- McKinney M. J., *Negotiated Rulemaking: Involving Citizens in Public Decisions*, in *Mont. L. Rev.*, 60, 1999.
- McTyre N. A., *FERC's Order No. 1000 From a Historical Perspective: Restructuring and Reorganization of Electric Transmission Markets From 1996 Until Present*, *Geo. Wash. J. Energy & Envtl. L.*, 2015.
- Meggison W. L., J. M. Netter, *From State to Market: a Survey of Empirical Studies on Privatization*, in *Journal of Economic Literature*, 39, 2001.
- Melton S. R., *Separation of Functions at the FERC: Does the Reorganization of the Office of General Counsel Mean What It Says?*, in *Energy L.J.*, 5, 1984.
- Merusi F., *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Bologna, Il Mulino, 2000.
- Merusi F., Passaro M., *Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2003.
- Merusi F., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007.
- Mester M., *Independent NRAs in European electronic communications policy-making and regulation - The road to BEREC and beyond*, 147 *Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs*, 2010.
- Miller C. A., *The Legislative Evolution of the Interstate Commerce Act*, Washington, J. Byrne & company, 1930.
- Miller G. P., *Independent agencies*, in *The Supreme Court Rev.*, 1986.
- Monnet J., *Mémoires*, Paris, Fayard, 1976.
- Montesquieu, *De l'esprit de des lois*, 1748.
- Moot J. S., *A New FERC Policy for Electric Utility Mergers?*, *Energy L. J.*, 17, 1996.

Moot J. S., *Subsidies, Climate Change, Electric Markets and the FERC*, in *Energy L. J.*, 35, 2014.

Moot J. S., *Whither Order No. 888?*, in *Energy L.J.*, 26, 2005.

Morbidelli V. G., *Regolazione e concorrenza nel mercato energetico*, in *Munus*, 5, 2011.

Moreno A. M., *Presidential Coordination of the Independent Regulatory Process*, in *Admin. L. J. Am. U.*, 8, 1994-1995.

Morgan C. S., *A critique of the marasmus of the I.C.C. The Commission, the Railroads and the Public Interest*, in *The Yale Law Journal*, Vol. 62, n. 2, 1953.

Moulton H. G., *Controlling factors in economic development*, Washington, The Brookings Institution, 1949.

Napolitano G. (a cura di), *Uscire dalla crisi*, Bologna, Il Mulino, 2012.

Napolitano G., *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 11, 2008.

Napolitano G., *L'agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, in P. Bilancia, *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, Giuffrè, 2012.

Napolitano G., *L'assistenza finanziaria europea e lo Stato «co-assicuratore»*, in *Giorn. dir. amm.*, 10, 2010.

Napolitano G., *La politica europea per il mercato interno dell'energia e il suo impatto sull'ordinamento italiano*, in *Federalismi*, 4, 2012.

Napolitano G., *La strategia dei controlli nella governance comunitaria delle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2008.

Napolitano G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005.

Napolitano G., Zoppini A. (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia. Il regime giuridico delle infrastrutture dell'energia*, Bologna, Il Mulino, 2012.

Napolitano G., Zoppini A., *Annuario di diritto dell'energia. Politiche pubbliche e disciplina dell'efficienza energetica*, Bologna, Il Mulino, 2016.

Napolitano G., Zoppini A., *Le autorità al tempo della crisi*, Bologna, Il Mulino, 2009.

Natelson R. G., *The Original Meaning of the Constitution's "Executive Vesting Clause": Evidence from Eighteen Century Drafting Practice*, in *Whittier L. Rev.* 31, I, 2009.

Nelson J. C., *Railroad Transportation and Public Policy*, Washington, The Brookings Institution, 1959.

Nelson J., *The Chevron Deference Rule and Judicial Review of FERC Orders*, in *Energy L. J.*, 9, 1988.

Neustadt R. E., *Presidency and Legislation: The Growth of Central Clearance*, in *Am. Pol. Sci. Rev.*, 48, 1954.

Niccolai S., *I poteri garantiti della Costituzione e le autorità indipendenti*, 1996.

Nielson A. L., *In Defense of Formal Rulemaking*, in *Ohio St. L. J.*, 75, 2014.

Nigro M., *La riforma della vigilanza sulle assicurazioni e la posizione dell'ISVAP*, in *Giur. comm.*, I, 1984.

Nozick R., *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974.

O'Connel A. J., *Agency Rulemaking and Political Transitions*, in *Nw. U. L. R.*, 105, 2011.

Orfino M., *La governance delle comunicazioni elettroniche. Il complesso sistema di networks decisionali caratterizzato da «raccordi verticali» tra le ANR e la Commissione e da «raccordi orizzontali» tra le ANR e tra esse e la Commissione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007.

Osterhammel J., Petersson N. P., *Storia della globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2005.

Overton S., *The Participation Interest*, in *Geo. L. J.*, 100, 2011-2012.

Pace L. F., *Diritto europeo della concorrenza*, Padova, Cedam, 2007.

Parris H., *Government and the railways in nineteenth-century Britain*, London, Routledge and Kegan Paul, 1965.

Perkins D., *The new age Franklin Roosevelt*, Chicago, Chicago University Press, 1957.

Perkins J. P., *Electric Capacity Markets and Resource Adequacy: Recommendations to Properly Balance Competition and Reliability in RTO and ISO Regions*, in *Geo. Wash. J. Energy & Envtl. L.*, 5, 2014.

Perritt Jr. H. H., *Negotiated Rulemaking and Administrative Law*, *Admin. L. Rev.*, 38, 1986.

Perritt Jr. H. H., *Negotiated Rulemaking Before Federal Agencies: Evaluation of Recommendations by the Administrative Conference of the United States*, in *Geo. L. J.*, 74, 1985-1986.

Petrilli G., *Lo Stato imprenditore*, Bologna, Il Mulino, 1967.

Phillips, Jr., C. F. *The Regulation Of Public Utilities*, Vienna, VA, US, Public Utilities Reports, Inc., 1995.

Pierce R. J., *Administrative Law Treatise*, Vol. I, New York, Aspen Publisher, 2010.

Pierce R. J., Shapiro S. A., Verkuil P. R., *Administrative Law and Process*, II Ed., New York, The Foundation Press, 1992.

Pierce R. J., *Why FERC Must Mandate Efficiently- Structured ISOs-Now!*, in *Elec. J.*, 12, 1999.

Pierce R., M. Trebilcock, E. Thomas, *Regional Electricity Market Integration. A comparative Perspective*, in *Competition & Reg. Network Indus.*, 8, 2007.

Pierce R., *The Unintended Effects of Judicial Review of Agency Rules: How Federal Courts Have Contributed to the Electricity Crisis of the 1990s*, in *Admin. L. Rev.*, 43, 1991.

Pierce R. J., *Regional Transmission Organizations: Federal Limitations Needed For Tort Liability*, in *Energy L. J.*, 23, 2002.

Pierini A., *Unione bancaria europea e mercato unico dei servizi finanziari. Dinamiche di integrazione e limiti del processo di federalizzazione delle funzioni in materia di vigilanza e risoluzione delle crisi bancarie*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2016.

Pisaneschi A., *Banca centrale europea, vigilanza bancaria e sovranità degli Stati*, in *Federalismi*, 17, 2014.

Police A., *Distribuzione del gas e protezione degli utenti: il ruolo dell'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas*, in G. Napolitano, A. Zoppini, *Annuario di diritto dell'energia 2013. Quali regole per il mercato del gas?*, Bologna, Il Mulino, 2014.

Police A., *Inefficienza dell'ordine naturale del mercato e politicità dell'ordine giuridico*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, vol. II.

Police A., *Regolazione ex ante, Public Enforcement ed ordine del mercato "in tempi difficili"*, in G. Colombini, M. Passalacqua (a cura di), *Mercati e banche nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di stato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012.

Polillo S., Guillén M. F., *Globalization Pressures and the State: The Global Spread of Central Bank Independence*, in *American Journal of Sociology*, 110, 2005.

- Porter K., S. Fink, *State Transmission Infrastructure Authorities: the Story so Far*, in *Electricity Journal*, n. 2, 2009.
- Posner R. A., *La crisi della democrazia capitalista*, Milano, Università Bocconi Editore, 2010.
- Predieri A., *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, Passagli, 1997.
- Rabin R. J., *An Overview of the Chada Case*, in *Syracuse L. Rev.*, 35, 1984.
- Rabin R. L., *Federal regulation in historical perspective*, in *Stan. Law. Rev.*, 38, 1986.
- Raso C., *Agency Avoidance of Rulemaking Procedures*, in *Admin. L. Rev.*, 67, 2015.
- Rauchway E., *The great depression and the new deal: a very short introduction*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2008.
- Reinstein R. J., *The Limits of Executive Powers*, in *Am. U. L. Rev.*, 59, 2009.
- Righettini M. S., Nesti G., *Indipendenza e credibilità. Istituzioni, imprese, e consumatori nella regolazione*, Roma, Carocci editore, 2015.
- Robinson G. O., *Independent Agencies: Form and Substance in Executive Prerogative*, in *Duke Law Journal*, 1988.
- Rodotà S., *Il Codice civile e il processo costituente europeo*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1, 2005.
- Rose-Ackerman S., Lindseth P. (ed.), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2010.
- Rosenberg M., *Congress's Prerogative Over Agencies and Agency Decisionmakers: The Rise and Demise of the Reagan Administration's Theory of the Unitary Executive*, in *Geo. Wash. L. Rev.*, 57, 1988-1989.
- Ross A., *Delegation of Powers*, in *Am. J. Comp. L.*, 7, 1958.
- Roversi Monaco F. A., *L'attività economica pubblica*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. dell'economia*, diretto da F. Galgano, I, Padova, Cedam, 1977.
- Ryan E., *Negotiating Federalism*, in *B.C. L. Rev.* 52, 2011.
- Sajò A., *Independent Regulatory Authorities as Constitutional Actors: a Comparative Perspective*, in *Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae - Sectio Iuridica*, 1, 2007.

- Salvador Martínez M., *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*, Barcelona, Ed. Ariel, 2002.
- Salvatore V. (a cura di), *Le Agenzie dell'Unione europea. Profili istituzionali e tendenze evolutive*, Pavia, Jean Monnet Centre of Pavia, 2011.
- Sandulli A. M., *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, Vol. IV, Milano, Giuffrè, 1967.
- Sandulli A. M., *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Iustitia*, 1977.
- Sarfatti Larson M., *The rise of professionalism*, Berkeley, University of California Press, 1977.
- Saurer J., *The Accountability Of Supranational Administration: The Case Of European Union Agencies*, in *Am. U. Int'l L. Rev.*, 24, 2008-2009.
- Scalia A., *Le Independent Regulatory Agencies nell'ordinamento statunitense*, in *Attività regolatoria e Autorità indipendenti. L'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, Atti del convegno, Roma 2-3 febbraio 1996, in *Quaderni della Rassegna giuridica dell' energia elettrica*, 13, 1996.
- Scherman W. S., Johnson B. C., Fleischer J. J., *The FERC Enforcement Process: Time for Structural Due Process and Substantive Reforms*, in *Energy L.J.*, 35, 2014.
- Schewe P. F., *Blackout. Il sistema di distribuzione dell'elettricità è la macchina più complessa mai realizzata: ma è anche estremamente vulnerabile*, Milano, Apogeo Editore, 2007.
- Schneider J. P., *A common framework for decentralized EU agencies and the Meroni doctrine*, in *Administrative Law Review*, 2009.
- Schutze R., *From Rome to Lisbon: «Executive Federalism» in the (New) European Union*, in *Comm. Market L. Rev.*, 47(5) 2010.
- Schwartz B., *Administrative Law*, New York, Little, Brown and Company, 1991.
- Scott C., *Regulatory Governance and the Challenge of Constitutionalism*, EUI Working Papers, 7, 2010.
- Scuto F., *La governance del settore energia e gas attraverso la «rete» europea delle autorità indipendenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2007.
- Seifter M., *State, Agencies, and Legitimacy*, in *Vand. L. Rev.*, 67, 2014.

- Selznick P., *Focusing Organizational Research on Regulation*, in R.G. Noll (ed.), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley, University of California Press, 1985.
- Shapiro M., “*Deliberative*”, “*Independent*” Technocracy v. Democratic Politics: Will the Globe Echo the E.U.?, in *Law & Contemp. Probs.*, 68, 2004-2005.
- Shapiro M., *Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 8, 2001.
- Shapiro M., *Courts, a Comparative and Political Analysis*, Chicago, University of Chicago Press, 1981.
- Shapiro M., *The Globalization of Law*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1, 1993.
- Shapiro M., *The Problems of Independent Agencies in the United States and in the European Union*, in *Journ. of Europ. Pub. L.*, 4, 1997.
- Simmons B., F. Dobbin, G. Garrett, *Introduction: The International Diffusion of Liberalism*, in *Int’l Org.*, 60, 2006.
- Simoncini M., *Nuovi regolatori e vecchi principi nel diritto dell’UE. Poteri e limiti delle autorità europee di vigilanza finanziaria*, in Lanchester F. (a cura di), *Atti del Convegno “Parlamenti nazionali e Unione europea nella governance multilivello” – PRIN 2010-2011*”, *Quaderni di Nomos*, 2, 2015.
- Simoncini M., *The Erosion of the Meroni Doctrine: The Case of the European Aviation Safety Agency*, in *European Public Law*, 2015.
- Skowronek S., *Building a New American State: the Expansion of National Administrative Capacities, 1877-1920*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.
- Sorace D., *L’amministrazione europea secondo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2013.
- Sosay G., Zenginobuz U., *Independent Regulatory Agencies in Emerging Economies*, Boğaziçi University Research Papers, ISS/EC, 2005.
- Stewart R. B., *Il diritto amministrativo globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2005.
- Stewart R. B., *The World Trade Organization and Global Administrative Law*, in *IILJ Working Papers* 7, 2009.

Stewart R. B., *U.S. Administrative Law: A Model For Global Administrative Law?*, in *Law & Contemp. Probs.*, 68, 2004-2005.

Stewart R.B., *Global standards for national societies*, in *Research Handbook on Global Administrative Law*, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2016

Stiglitz J. E., *Freefall: America, Free Markets, and the Sinking of the World Economy*, New York, W.W. Norton & Company, 2010.

Stiglitz J. E., *Making globalization work*, New York, W. W. Norton and Company, 2006.

Strauss P. L., *An Introduction to Administrative Justice in the United States*, Durham, Carolina Academic Press, 1989.

Strauss P. L., *Formal and Functional Approaches to Separation of Powers Questions: a Foolish Inconsistency?*, in *Cornell L. R.*, 72, 1986-1987.

Strauss P. L., *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, in *Colum. L. Rev.*, 1984.

Sunstein C. R., *Constitutionalism after the New Deal*, in *Harvard Law Rev.*, 101, 1987.

Sunstein C. R., *Interests Groups in American Public Law*, in *Stan. L. Rev.*, 38, 1985-1986.

Sunstein C. R., *Nondelegation Canons*, in *U. Chi. L. Rev.*, 67, 2000.

Swanstrom D.M., Jolivet M., *Doe Transmission Corridor Designations & Ferc Backstop Siting Authority: Has the Energy Policy Act of 2005 Succeeded in Stimulating The Development of New Transmission Facilities?*, in *Energy L. J.*, 30, 2009.

Swire P.P., *Incorporation of Independent Agencies into the Executive Branch*, in *Yale L. J.*, 94, 1984-1985.

Tatcher M., *The Creation of European Regulatory Agencies and its Limits: a Comparative Analysis of European Delegation*, in *Journal of European Public Policy*, 18(6), 2011.

Taylor J. E., *Cartel Code Attributes and Cartel Performance: An Industry-Level Analysis of the National Industrial Recovery Act*, in *Journal of Law and Economics*, 50 (3), 2007.

Teichman J., *The World Bank and Policy Reform in Mexico and Argentina*, in *Latin American Politics and Society*, 46, 1, 2004.

Termini V., *La liberalizzazione del settore dell'energia elettrica*, in *Riv. pol. econ.*, 7, 2005.

Tesauro G., D'Alberti M. (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2002.

Tesauro P., *Le Independent Regulatory Commissions*, Napoli, Jovene, 1966.

Thompson G., Frances J., Levacic R., Mitchell J. (ed.), *Markets, Hierarchies and Networks. The Coordination of Social Life*, London, Sage, 1991.

Tiberi G., *Le Independent Commissions nell'ordinamento statunitense*, in *Amministrare*, 1-2, 2000.

Toonen T.A.J., *Introduction: Networks in Public Administration*, in *Public Administration*, 76, 2, 1998.

Torchia L. (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, Il Mulino, 2012.

Torchia L., *Concorrenza tra ordinamenti e diritto amministrativo nell'ordinamento europeo*, in A. Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari, Laterza, 2004.

Torchia L., *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam, 1992.

Torchia L., *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, Relazione svolta al convegno su “Le Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati”, il 28 febbraio 2013 presso il Consiglio di Stato.

Torchia L., *La regolazione del mercato e la crisi economica globale*, intervento svolto al convegno *Sistema dei controlli e diritto dell'impresa. Seminario per gli ottant'anni di Guido Rossi*, Roma, 22 marzo 2011.

Torchia L., *Politica industriale e regolazione*, in *Riv. reg. mercati*, 1, 2015.

Torchia L., *Unione bancaria: un approccio continentale?*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2015.

Tosato G. L., Bellodi L., *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, Giuffrè, 2004.

Tovo C., *Le agenzie decentrate dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

Tribe L. H., *The Legislative Veto Decision: a Law By Any Other Name?*, in *Harv. J. on Legis.*, 21, 1984.

- Van Gestel R., *European Regulatory Agencies Adrift?*, in *Maastricht Journal Europ. Comp. Law*, 2014, 196; V. Babis, *The power to ban short selling and financial stability*, in *Cambridge Law J.*, 73(2), 2014.
- Verdier P.H., *Transnational Regulatory Networks and Their Limits*, in *Yale J. Int'l L.*, 34, 2009.
- Verkuil P. R., *The Purposes and Limits of Independent Agencies*, in *Duke L. J.*, 1988.
- Verkuil P. R., *Jawboning Administrative Agencies: Ex Parte Contacts by the White House*, in *Colum. L. Rev.*, 80, 1980.
- Vesperini G., *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, Padova, Cedam, 1993.
- Vetrò F., *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, Giappichelli, 2005.
- Vincent K., *Mad Cows and the Eurocrats; Community Responses to the BSE Crisis*, in *European Law Journal*, 10(5).
- Vogel S. K., *Free Markets, More Rules: Regulatory Reform in Advanced Industrial Countries*, Ithaca, NY, Cornell University Press, 1996.
- Von Rosenberg H., *No Ace to Win the Trick. The Proposed ACER and the Influence on EC Competition Law*, in *European Competition Law Review*, 29(9), 2008.
- W. Hahn R., Sunstein C. R., *A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis*, in *U. Pa. L. Rev.* 150, 2002.
- Warp G., *Independent Regulatory Commissions and the Separation of Powers Doctrine*, in *Notre Dame Law*, 1940-1941.
- Watson H. L., *Congress Steps Out: A Look At Congressional Control of the Executive*, in *Calif. L. Rev.* 63, 1974.
- Watts K. A., *Controlling Presidential Control*, in *Mich. L. Rev.*, 114, 2015-2016.
- Weaver R. L., *Management of ALJ offices in executive departemens and agencies*, in *Administrative Law Rev.*, 47, 1995.
- Wector D., *The age of depression*, New York, The MacMillan Co., 1948.
- Weiler J. H. H., *The Geology of International Law—Governance, Democracy and Legitimacy*, in *Zeitschrift für Ausländisches Recht und Völkerrecht*, 64, 2004, 3.

Weiß W., *Agencies Versus Networks: From Divide to Convergence in the Administrative Governance in the Eu*, in *Admin. L. Rev.*, 61, 2009.

Welborn D. M., *Governance of federal regulatory agencies*, Knoxville, University of Tennessee Press, 1977.

West W. F., *Administrative Rulemaking*, Westport, Connecticut, Greenwood Press, 1985.

Wymeersch E., *The Single Supervisory Mechanism – Institutional Aspects*, in D. Busch, G. Ferrarini (ed.), *European Banking Union*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

Yoo C., Calabresi S., Colangelo A., *The Unitary Executive in the Modern Era, 1945-2004*, in *Iowa L. Rev.*, 90, 2005.

Zimmet B. M., *Ferc's Authority To Impose Monetary Remedies For Federal Power Act And Natural Gas Act Violations: An Analysis*, in *Admin. L. Rev.*, 57, 2005.

ELENCO DELLE PRINCIPALI PRONUNCE GIURISPRUDENZIALI

United States Supreme Court

Wayman v. Southhard, 10 Wheat. 1 (1825)

Shankland v. Wahington, 5 Pet. 390, 395 (U.S. 1831)

Wabash, St. Luis & Pacific Rwy. Co. v. Illinois, 118 U.S. 557, 574-75 (1886)

Standard Oil Co. of New Jersey v. United States (1911)

Bluefield Water Works & Improvement Company v. Public Service Commission of West Virginia, 262, U.S. 679 (1923)

Myers v. United States, 272 U.S. 52, 134 (1926)

Pub. Util. Comm. v. Attleboro Co., 273 U.S. 83 (1927)

J. W. Hampton Jr. & Co. v. United States, 276 US 394 (1928)

Panama Refining Co. v. Ryan, 293 US 388, 55 S. Ct. 241. (1935)

Humphrey's Executor v. United States, 295 U.S. 602, 624 (1935)

Schecher Poultry Corp. v. United States, 295 US 495 (1935)

United States v. Butler, 297 U.S. 1, 68-78 (1936)

National Broadcasting Co. v. United States, 319, U.S. 190 (1943)

Phillips Petroleum Co. v. Wisconsin, 347 U.S. 672 (1954)

United States v. Broadcasting Co., 531 U.S. 192 (1956)

Wiener v. United States, 357 U.S. 349, 356 (1958)

National Petroleum Refiners Ass'n v. Federal Trade Commission, 482F.2d 672, D.C. Cir. (1973)

United States v. Florida East Coast Railway Co., 410 U.S. 224, 237-38 (1973)

Buckley v. Valeo, 1. 242 U.S. 1 (1976)

Suprema Rinaldi v. United States, 434 U.S. 22 (1977)

Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, 435 U.S. 519 (1978)

Motor Vehicle Manufacturers Ass'n v. State Farm Insurance Co., 463 U.S. 29, 43-44 (1983)

Bowen v. Georgetown University Hospital, 488 U.S. 204 (1988)

Mistretta v. United States, 488 U.S., 361 (1989)

New York v. FERC, 535 U.S. 1 (2002)

California ex rel. Lockyer v. FERC, 383 F.3d 1006 (9th Cir. 2004), cert. denied, 549 U.S. 882 (2006)

Piedmont Environmental Council v. FERC (558 F.3d 304, 314, 4th Cir. (2009)

Cal. Wilderness Coal. v. U.S. Dep't of Energy, 631 F.3d 1072, 1079, 9th Cir. (2011).

Corte di giustizia dell'Unione europea

CGUE, 13 giugno 1958, C-9/56 e C-10/56, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche s.p.a. c. Alta Autorità*.

CGUE, 17 dicembre 1970, C-115/70, *Koster*.

CGUE, 14 maggio 1981, C-98/80, *Giuseppe Romano c. Institut national d'assurance maladie-invalidité*.

CGUE, 12 settembre 1983, C-205 a 215/82, *Deutsche Milchkontor e a. c. Germania*.

CGUE, 24 ottobre 1989, C-16/88, *Commissione c. Consiglio*.

CGUE, 26 maggio 2005, C-301/02 P, *Carminio Salvatore Tralli c. European Central Bank*.

CGUE, 12 luglio 2005, C-155/04, *The Queen, ex parte National Association of Health Stores e Health Food Manufacturers Ltd c. Secretary of State for Health e National Assembly for Wales*.

CGUE, 9 marzo 2010, C-518/07 *Commissione europea e Garante europeo della protezione dei dati c. Repubblica federale di Germania*.

CGUE, 22 gennaio 2014, C-270/12, *United Kingdom of England and Northern Ireland c. European Parliament and European Council*