



DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

ANNO 2016, NUMERO 3

FONDATA E DIRETTA DA
ALBERTO M. GAMBINO

COMITATO DI DIREZIONE

Valeria Falce, Giusella Finocchiaro, Oreste Pollicino, Giorgio Resta, Salvatore Sica

COMITATO SCIENTIFICO

**Guido Alpa, Giovanni Comandè, Gianluca Contaldi, Vincenzo Di Cataldo, Giorgio Floridia,
Gianpiero Gamaleri, Gustavo Ghidini, Andrea Guaccero, Mario Libertini, Francesco Macario,
Roberto Mastroianni, Giorgio Meo, Cesare Mirabelli, Enrico Moscati, Alberto Musso,
Luca Nivarra, Gustavo Olivieri, Cristoforo Osti, Roberto Pardolesi, Giuliana Scognamiglio,
Giuseppe Sena, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini**

E

**Margarita Castilla Barea, Cristophe Geiger, Reto Hilty, Ian Kerr, Jay P. Kesan, David Lametti,
Fiona MacMillan, Maximiliano Marzetti, Ana Ramalho, Maria Páz Garcia Rubio,
Patrick Van Eecke, Hong Xue**

ISSN (Online Edition): 2239 -7442

La rivista è stata fondata nel 2009 da Alberto M. Gambino ed è oggi pubblicata dall'Accademia Italiana del Codice di Internet (Iaic) sotto gli auspici del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo - Direzione generale biblioteche e istituti culturali (DGBIC) e dell'Università Europea di Roma con il Centro di Ricerca di Eccellenza del Diritto d'Autore (CREDA). Tutti i diritti sono dell'Iaic.

Comitato di Valutazione Scientifica

EMANUELA AREZZO (Un. Teramo), EMANUELE BILOTTI (Un. Europea di Roma), FERNANDO BOCCHINI (Un. Federico II), ROBERTO BOCCHINI (Un. Parthenope), ORESTE CALLIANO (Un. Torino), LOREDANA CARPENTIERI (Un. Parthenope), VIRGILIO D'ANTONIO (Un. Salerno), FRANCESCO DI CIOMMO (Luiss), PHILIPP FABBIO (Un. Reggio Calabria), MARILENA FILIPPELLI (Un. Tuscia), CESARE GALLI (Un. Parma), MARCO MAUGERI (Un. Europea di Roma), ENRICO MINERVINI (Seconda Un.), MARIA CECILIA PAGLIETTI (Un. Roma Tre), ANNA PAPA (Un. Parthenope), ANDREA RENDA (Un. Cattolica), ANNARITA RICCI (Un. Chieti), FRANCESCO RICCI (Un. LUM), GIOVANNI MARIA RICCIO (Un. Salerno), CRISTINA SCHEPISI (Un. Parthenope), BENEDETTA SIRGIOVANNI (Un. Tor Vergata), GIORGIO SPEDICATO (Un. Bologna), ANTONELLA TARTAGLIA POLCINI (Un. Sannio), RAFFAELE TREQUATTRINI (Un. Cassino), DANIELA VALENTINO (Un. Salerno), FILIPPO VARI (Un. Europea di Roma), ALESSIO ZACCARIA (Un. Verona).

Norme di autodisciplina

1. La pubblicazione dei contributi sulla rivista "Diritto Mercato Tecnologia" è subordinata alla presentazione da parte di almeno un membro del Comitato di Direzione o del Comitato Scientifico e al giudizio positivo di almeno un membro del Comitato per la Valutazione Scientifica, scelto per rotazione all'interno del medesimo, tenuto conto dell'area tematica del contributo. I contributi in lingua diversa dall'italiano potranno essere affidati per il referaggio ai componenti del Comitato Scientifico Internazionale. In caso di pareri contrastanti il Comitato di Direzione assume la responsabilità circa la pubblicazione.
2. Il singolo contributo è inviato al valutatore senza notizia dell'identità dell'autore.
3. L'identità del valutatore è coperta da anonimato.
4. Nel caso che il valutatore esprima un giudizio positivo condizionato a revisione o modifica del contributo, il Comitato di Direzione autorizza la pubblicazione solo a seguito dell'adeguamento del saggio.

La Rivista adotta un Codice etico e di buone prassi della pubblicazione scientifica conforme agli standard elaborati dal Committee on Publication Ethics (COPE): Best Practice Guidelines for Journal Editors.

Comitato di Redazione – www.dimt.it – dimt@unier.it

PIERPAOLO ARGANELLI, MARCO BASSINI, SIMONA CASTALDO, GIORGIO GIANNONE CODIGLIONE, FRANCESCA CORRADO, CATERINA ESPOSITO, MONICA LA PIETRA, GAETANO MARINO, SILVIA MARTINELLI, DAVIDE MULA (Coordinatore), ALESSIO PERSIANI, ROSARIA PETTI, MARTINA PROVENZANO (Vice-Coordinatore), MATILDE RATTI, VALENTINA ROSSI, SILVIA SCALZINI

Sede della Redazione

Accademia Italiana del Codice di Internet, Via dei Tre Orologi 14/a, 00197 Roma, tel. 06.8088855, fax 06.8070483, www.iaic.it, info@iaic.it

DIRITTO MERCATO TECNOLOGIA

INDICE DEL FASCICOLO N. 3

(settembre – dicembre 2016)

<i>Note in tema di reversione degli utili e di arricchimento senza causa nella disciplina della proprietà intellettuale ed industriale</i>	5
Ilaria Garaci	
<i>I nomi a dominio: un nuovo segno distintivo?</i>	24
Carlo Alberto Giusti	
<i>L'autonomia finanziaria delle Autorità indipendenti secondo la Corte di Giustizia</i>	35
Gilberto Nava	
<i>La Piattaforma Europea per la risoluzione delle controversie online</i>	70
Alessandra Sardu	
<i>Contratti on line e tutela del consumatore.</i>	
<i>Il caso Airbnb</i>	88
Patrizia Docimo	
<i>Internet of Things: privacy vs concorrenza?</i>	108
Davide De Filippis	

*Mexican Constitutional and Regulatory Telecommunications
Developments: Terms of Interconnection with a Dominant
Operator Are Newly Defined 145*
Stefano De Luca

L'AUTONOMIA FINANZIARIA DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI SECONDO LA
CORTE DI GIUSTIZIA

Gilberto Nava
Università Europea di Roma

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Normativa europea di riferimento. - 3. Normativa nazionale sulla *spending review*. - 4. Il giudizio dinanzi al Giudice amministrativo. - 5. I possibili impatti della sentenza della Corte di Giustizia sulle Autorità indipendenti. - 6. Osservazioni finali.

1. Premessa

La Corte di Giustizia, Sezione II, con la sentenza del 28 luglio 2016 nella causa C-240/15, avente ad oggetto una domanda pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato con ordinanza del 15 maggio 2015 nell'ambito di un giudizio pendente tra l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni ("AGCom") contro l'ISTAT, la Presidenza del Consiglio Italiana e il Ministero dell'Economia e delle Finanze, ha respinto i dubbi del Consiglio di Stato e le richieste di AGCom in merito alla presunta inapplicabilità anche alla stessa Autorità, in qualità di Autorità Nazionale di Regolamentazione (ANR) ai sensi della regolamentazione europea di settore¹, delle misure di contenimento della spesa pubblica stabilite a livello nazionale. Secondo la Corte, infatti, tali misure di finanza pubblica aventi lo scopo di contenere e razionalizzare la spesa pubblica non violano le norme della Direttiva

[*] Il presente contributo è stato preventivamente sottoposto a referaggio anonimo affidato ad un componente del Comitato di Referee secondo il Regolamento adottato da questa Rivista.

¹ Si veda la Direttiva 2002/21/CE art. 3, comma 6, recepito all'art. 7, comma 2, d.lgs. 1 agosto 2003, n 259, "*Codice delle comunicazioni elettroniche*", ("CCE").

2002/21/CE², in materia di imparzialità e indipendenza delle ANR, e della Direttiva 2002/20/CE³ in tema di finanziamento in capo alle imprese, a condizione che non pregiudichino concretamente l'indipendenza delle ANR e l'esercizio delle funzioni ad esse attribuite.

In estrema sintesi, il quesito posto alla Corte di Giustizia chiedeva di verificare in via pregiudiziale se il Parlamento di uno Stato membro⁴ potesse applicare le misure di contenimento e di razionalizzazione della spesa pubblica anche alle ANR senza implicare una violazione della loro autonomia finanziaria e, quindi, della loro indipendenza.

Come avremo modo di approfondire, le conclusioni a cui giunge la Corte di Giustizia con la sentenza in esame non risultano, ad avviso di chi scrive, approfondire adeguatamente le problematiche sottese all'inquadramento istituzionale delle ANR negli ordinamenti nazionali ed alla rilevanza dell'indipendenza finanziaria; potrebbe essere funzionale ad un miglior funzionamento del Mercato unico avviare un significativo ripensamento comune a livello europeo sul ruolo, sugli obiettivi e, quindi,

² La direttiva 2002/21/CE, come emendata dalla direttiva 2009/140/CE, disciplina all'art. 3, comma 2 il tema dell'indipendenza della Autorità rispetto agli organismi che reti, apparecchiature o servizi di comunicazione elettronica, al comma 3 l'obbligo degli Stati membri di fare in modo che le ANR esercitino i poteri in modo imparziale, trasparente e tempestivo e risorse finanziarie ed umane adeguate per svolgere i loro compiti istituzionali. Al comma 3bis viene previsto un regime di indipendenza "rafforzato" e il divieto di influenzare in particolare le ANR che sono responsabili della regolamentazione ex ante del mercato e della risoluzione delle controversie tra imprese. Inoltre l'art. 3bis prevede una garanzia per il responsabile o per i componenti del collegio dell'ANR rispetto alle fattispecie di esonero dall'incarico. Dispone inoltre che le ANR debbano avere bilanci annuali separati e pubblici e, come integrata dal Regolamento n. 1211/2009 che ha istituito l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC). L'art. 3, comma 4 prevede, infine, che siano rese pubbliche le funzioni esercitate dalle ANR, soprattutto quando le relative competenze sono affidate a una pluralità di organismi.

³ Direttiva 2002/20/CE, art. 12.

⁴ Nel caso in esame un analogo potere potrebbe essere attribuito anche al Governo nell'ambito e nei limiti di un decreto delegato avente ad oggetto il riordino della Pubblica Amministrazione, incluse le ANR, come previsto dalla Legge n. 124/2015.

sui necessari corollari di indipendenza e imparzialità delle Autorità di concorrenza e delle Autorità di regolazione e vigilanza nei settori a rete.⁵

⁵ La bibliografia in merito alle Autorità indipendenti e alla tematica fondamentale della garanzia della sua indipendenza è copiosa, per un approfondimento sulla questione dell'autonomia finanziaria si rinvia in particolare a: F. Patroni Griffi, *Tipi di autorità indipendenti*, in S. Cassese - C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996; G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, in A. Predieri (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, Passigli, 1997; R. Titomanlio, *Autonomia e indipendenza delle authorities: profili organizzativi*, Milano, Giuffrè, 2000; F. Grassini (a cura di), *L'indipendenza delle autorità*, Bologna, Il Mulino, 2001; S. Buscema, *L'autonomia contabile delle autorità indipendenti*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa, Atti del XLVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 2001, Milano, Giuffrè, 2002; M. Clarich, *Autorità Indipendenti – Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005; G. Napolitano, *Il ruolo delle autorità indipendenti di regolazione*, in A. De Vincenti–A. Vigneri (a cura di), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, Il Mulino, 2006; G. Napolitano, *L'autofinanziamento delle autorità indipendenti*, in *Giornale Diritto Amministrativo*, n. 3, pag. 260-266; M. Clarich e G. Corso, V. Zeno Zencovich, *Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*, Convegno NEXUS, Roma, 27 febbraio 2006; V. Ricciuto, *I regolatori del mercato nell'ordinamento italiano. Indipendenza e neutralità delle Autorità amministrative indipendenti*, in R. Di Raimo-V. Ricciuto (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2006; Merusi - M. Passaro, *Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2008; M. D'Alberti-A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, Il Mulino, 2010, ed in particolare il contributo di M. De Benedetto, *Indipendenza e risorse delle autorità indipendenti*; G. Paolo Cirillo - R. Chieppa (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, vol. XLI, *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 2010; ASSONIME, *Il finanziamento delle Autorità indipendenti*, Studi, 2011; F. Crocchio, *L'organizzazione e il finanziamento*, in *L'Autorità dei trasporti nel sistema delle Autorità indipendenti*, L. Torchia (a cura di), Astrid 2013; Sia consentito rinviare anche ai contributi: G. Nava e V. Mosca, *Rinvio pregiudiziale del TAR Lazio alla Corte di Giustizia per i contributi ad AGCOM: spunti di riflessione sul sistema di finanziamento alle Autorità indipendenti*, in *Diritto, Mercato e Tecnologia*, 1/2012, pag. 26-45 e G. Nava e V. Mosca, *Caratteristiche, criticità ed evoluzione dei modelli di finanziamento delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Federalismi*, dicembre 2016.

2. Normativa europea di riferimento

La direttiva 2009/140/CE, così come il Regolamento 1211/2009/CE che ha istituito il BEREC e il relativo Ufficio, hanno modificato la direttiva 2002/21/CE, rafforzando le garanzie a tutela dell'indipendenza delle ANR nel settore delle comunicazioni elettroniche. In particolare, il nuovo comma 3 dell'articolo 3 della direttiva prevede espressamente che: «3. [...] *Gli Stati membri assicurano che le autorità nazionali di regolamentazione dispongano di risorse finanziarie e umane adeguate per svolgere i compiti a loro assegnati.*». La nuova previsione introduce, in capo agli Stati membri, l'obbligo di garantire l'adequazione delle risorse delle ANR al fine di assicurare le pre-condizioni per il loro corretto funzionamento⁶. Inoltre, sempre la direttiva 2009/140/CE ha aggiunto, all'articolo 3-bis, comma 3, ultimo capoverso, per le ANR che, come AGCom svolgono le funzioni ritenute più complesse in virtù della necessità di bilanciare gli interessi e di incidere sull'evoluzione regolamentare ed industriale dei mercati, ossia le analisi di mercato e la risoluzione delle controversie,⁷ un ulteriore rafforzamento e garanzia dell'indipendenza che si concretizza anche nella disponibilità di risorse finanziarie per assumere adeguato personale qualificato e comunque della pubblicazione del bilancio⁸ e ha rafforzato

⁶ Confronta il "*considerando*" della direttiva 2002/21/CE n. 11 [...] *Le 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*")

⁷ In merito si rinvia alle sentenze della Corte di Giustizia Arcor, causa C-55/06 del 24 aprile 2008, punti 153-156 e Repubblica Federale di Germania, causa C-424/07 del 3 dicembre 2009 e più diffusamente le Conclusioni dell'Avvocato Generale Maduro presentate il 23 aprile 2009 nella causa C-424/07, punti 65-66.

⁸ Questa interpretazione si può ricavare confrontando il "*considerando*" n. 13 della Direttiva 2009/140/CE secondo cui "*[è] importante che le autorità nazionali di regolamentazione responsabili della regolamentazione ex ante del mercato dispongano di un bilancio proprio che permetta loro di assumere sufficiente personale qualificato. Per garantire la trasparenza è opportuno che il bilancio sia pubblicato annualmente*" e, presumendo che il legislatore comunitario abbia assunto che le diverse competenze regolamentari possano essere suddivise tra una pluralità di amministrazioni, abbia perciò inteso garantire che

l'obbligo di garantire risorse finanziarie e umane sufficienti anche per la partecipazione attiva al BEREC⁹.

Come noto, l'autonomia di bilancio consiste nella capacità di adottare una propria disciplina delle spese di bilancio (anche divergente dalle norme di contabilità generale dello Stato) e definire in modo autonomo la gestione delle proprie spese¹⁰. Le direttive europee in materia di comunicazioni elettroniche lasciano impregiudicata la provenienza del finanziamento delle ANR che può, dunque, essere a carico delle finanze pubbliche o del mercato di competenza: tuttavia, l'articolo 12 della direttiva n. 2002/20/CE definisce il principio della stretta e necessaria corrispondenza tra, da un lato, i costi sostenuti dall'ANR per l'adempimento alle specifiche attività che il legislatore europeo ha stabilito che possono essere valorizzate ai fini della quantificazione dei diritti amministrativi¹¹ e, dall'altro, il contributo riscosso dagli operatori. La coerenza tra attività che possono essere valorizzate e relativi costi dovrebbe essere garantita dall'obbligo di trasparenza contabile

almeno l'ANR che si occupa di tematiche più "delicate", quale la regolamentazione *ex ante*, abbia adeguate risorse finanziarie e un bilancio trasparentemente pubblicato.

⁹ Il BEREC è l'organismo dei Regolatori europei delle comunicazioni elettroniche, con sede a Riga (Estonia) istituito dal Regolamento CE 1211/2009, che ha la finalità di facilitare, mediante l'adozione di linee guida condivise dalle ANR, l'attuazione coerente della normativa europea di settore e supportare la Commissione nell'implementazione della normativa europea. Il BEREC è costituito da un comitato di regolatori composto dai rappresentanti delle ANR e da un ufficio di supporto che ha natura di agenzia dell'Unione europea.

¹⁰ In merito si rinvia anche all'autonomia e indipendenza sotto il profilo finanziario previste dall'art.1, comma 1, della legge n. 249/1997, istitutiva di AGCom, e dall'art. 2, comma 5 della Legge 14 novembre 1995, n. 481.

¹¹ Art. 34, comma 1: "[...]possono essere imposti alle imprese che forniscono reti o servizi ai sensi dell'autorizzazione generale o alle quali sono stati concessi diritti di uso, diritti amministrativi che coprano complessivamente i soli costi amministrativi sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti di uso e degli obblighi specifici di cui all'articolo 28, comma 2, ivi compresi i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza del rispetto delle disposizioni e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, ed in particolare di decisioni in materia di accesso e interconnessione.[...].

e dalla pubblicazione di una specifica contabilità¹², distinta dal bilancio annuale di AGCom¹³.

3. La normativa nazionale sulla *spending review*

Il giudizio posto all'esame della Corte di Giustizia ha origine da una complessiva azione di politica legislativa di durata pluriennale che ha imposto una profonda manovra di *spending review* alle amministrazioni pubbliche e che prevede di applicare anche ad AGCom, così come alle altre Autorità indipendenti, le misure di finanza pubblica pianificate per le altre amministrazioni e volte a conseguire un contenimento o un risparmio di spesa, nonché si propone di introdurre ulteriori vincoli che incidono sulla propria dotazione finanziaria.

L'imposizione del programma di contenimento della spesa pubblica è stato attuata, in termini di tecnica legislativa, in una prima fase inserendo AGCom nell'Elenco ISTAT cui veniva fatto rinvio dalle disposizioni di

¹² Secondo il Consiglio di Stato, Sez. III, 5 febbraio 2015, n. 600, “*si tratta di un documento che non coincide con il bilancio dell’Autorità, né lo doppia, giacché esso serve al calcolo, anch’esso soggetto a facile e immediata leggibilità, delle differenze tra l’importo totale dei diritti riscossi ed i costi amministrativi sopportati, al fine pure di apportare le opportune rettifiche, in dare o avere con le imprese contribuenti*”.

¹³ Sul tema si rinvia alla copiosa giurisprudenza in merito ed in particolare alle sentenze della Corte di Giustizia del 18 settembre 2013 nelle cause riunite da C-228/12 a C-232/12 e da C-254/12 a C-258/12, Vodafone e altri, del Consiglio di Stato, sez. III, nn. 600, 810, 1224, 1273, 1274/2015 e, più di recente, *ex multis*, la sentenza TAR Lazio, sez. III n. 2337/2017 che annullato le delibere AGCOM n. 547/13/CONS e 71/14/CONS relative alla misura e modalità di versamento del contributo dovuto ad AGCom per l’anno 2014 e la sentenza TAR Lazio, sez. III, n. 2313/2017 con la quale sono state annullate le delibere AGCom n. 567/14/CONS e 87/15/CONS relative alla misura e alle modalità di versamento del contributo dovuto ad AGCom per l’anno 2015, sentenza con la quale il giudice amministrativo ha negato qualsivoglia natura di norma di interpretazione autentica della disposizione di cui al comma 2-bis dell’art. 34 del Codice delle comunicazioni elettroniche, aggiunto dall’art. 5 della legge 29 luglio 2015, n. 115, con ciò non potendosi ritenere sanare retroattivamente la previgente disciplina regolamentare relativa alla contribuzione. Sul tema si veda, *ex multis*, M. Orofino, *L’impatto delle sentenze del Consiglio di Stato nn. 600, 810, 1224, 1274 e 1712 del 2015 sul sistema di funzionamento dell’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2015, 1, pag. 247-264.

finanza pubblica di c.d. *spending review* per definirne l'ambito soggettivo di applicazione e, successivamente, riferendosi direttamente al comparto delle Autorità indipendenti nazionali. AGCom ha perciò impugnato dinanzi al giudice amministrativo l'Elenco del 2012, adottato dall'ISTAT ai sensi dell'art. 1, comma 5, legge n. 311/2004, e, nell'istanza di rinvio pregiudiziale, ha eccepito l'illegittimità comunitaria della disposizione di cui all'art. 1, comma 2, legge n. 196/2009, che annovera l'AGCOM tra le *"amministrazioni pubbliche"* cui si applicano *"le disposizioni in materia di finanza pubblica"*.

Ricapitoliamo di seguito i principali provvedimenti legislativi anteriori al 2010 adottati nella prospettiva di una politica di contenimento dei costi per le pubbliche amministrazioni.

Sotto il profilo dell'autonomia gestionale e della capacità di spesa, ha trovato applicazione l'art. 1, comma 5, Legge n. 311/2004 che ha previsto limiti di spesa per tutte le *"amministrazioni pubbliche"* indicate negli elenchi ISTAT. In particolare, per il triennio 2005 – 2007, la spesa complessiva di tali amministrazioni non ha potuto *"superare il limite del 2 per cento rispetto alle corrispondenti previsioni aggiornate del precedente anno, come risultanti dalla Relazione previsionale e programmatica"*.

Ulteriori restrizioni alla spesa per le *"amministrazioni pubbliche"* inserite negli elenchi ISTAT sono state introdotte con l'art. 22, comma 1, D.L. 4 luglio 2006, n. 223, secondo cui *"gli stanziamenti per l'anno 2006 relativi a spese per consumi intermedi dei bilanci di enti ed organismi pubblici non territoriali [...], individuati ai sensi dell'articolo 1, commi 5 e 6, della legge 30 dicembre 2003, n. 311 [...] sono ridotti nella misura del 10 per cento, comunque nei limiti delle disponibilità non impegnate alla data di entrata in vigore del presente decreto"*.

Sono inoltre rilevanti le disposizioni contenute nelle leggi che si sono succedute, in particolare dal 2010, allo scopo di razionalizzare e contenere la spesa pubblica.

Allo scopo di offrire al lettore una efficace panoramica dell'ampiezza e della pervasività degli interventi del legislatore italiano sulla gestione finanziaria delle Autorità indipendenti, elenchiamo di seguito i principali provvedimenti:

- (i) l'art. 6, D.L. 31 maggio 2010, n. 78, che ha disciplinato la “*Riduzione dei costi degli apparati amministrativi*”, ha imposto la diminuzione del 10 per cento, rispetto agli importi risultanti alla data del 30 aprile 2010, delle indennità, compensi, gettoni, retribuzioni o le altre utilità comunque denominate, percepite dai componenti di organi di indirizzo, direzione e controllo, consigli di amministrazione e organi collegiali comunque denominati e dai titolari di incarichi di qualsiasi tipo presso le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 3 della Legge n. 196/2009 (ossia quelle inserite negli elenchi ISTAT) e presso le autorità indipendenti¹⁴. La medesima normativa ha imposto di non “*effettuare spese per relazioni pubbliche, convegni, mostre, pubblicità e di rappresentanza, per un ammontare superiore al 20 per cento della spesa sostenuta nell'anno 2009 per le medesime finalità*”¹⁵, così come per le sponsorizzazioni¹⁶ e per le missioni anche all'estero¹⁷. Le Autorità indipendenti, inoltre, hanno dovuto ridurre la spesa per attività di formazione di oltre il 50 per cento della spesa sostenuta nell'anno 2009¹⁸, così come le spese per auto blu e buoni taxi¹⁹.
- (ii) Il D.L. 6 luglio 2011, n. 98²⁰ prevede la riduzione delle dotazioni di “*Organismi politico-amministrativi e organi collegiali*” e, in particolare, dispone che “*a decorrere dall'anno 2012 [...] gli stanziamenti [...] delle autorità indipendenti, compresa la Consob,*

¹⁴ Art. 6, comma 3, D.L. n. 78/2010

¹⁵ Art. 6, comma 8, D.L. n. 78/2010

¹⁶ Art.6, comma 9, D.L. n. 78/2010

¹⁷ Art. 6, comma 12, D.L. n. 78/2010. Queste misure, che appaiono norme di buona amministrazione, in realtà confliggono con alcune peculiarità delle Autorità amministrative indipendenti che, tanto le autorità di concorrenza, quanto le autorità di regolazione nel settore dei trasporti, dell'energia, delle comunicazioni, media dei servizi postali, sono parte integrante di network europei di analoghe autorità e, come parte integrante dei propri doveri istituzionali, cooperano con le competenti direzioni generali della Commissione UE.

¹⁸ art. 6, comma 13, D.L. n. 78/2010.

¹⁹ Art. 6, comma 14, D.L. n. 78/2010.

²⁰ D.L. 98/2011 convertito, con modificazioni, in legge 15 luglio 2011, n. 111.

*sono ridotti del 20 per cento rispetto all'anno 2011*²¹, nonché pone limiti all'acquisto o alla locazione di immobili²².

- (iii) Il D.L. 6 luglio 2012, n. 95²³ impone una serie di vincoli ai soggetti inclusi nell'elenco ISTAT che sono tenuti *“ad approvvigionamenti attraverso le convenzioni o gli accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A.”*²⁴; *“non possono effettuare spese di ammontare superiore al 50 per cento della spesa sostenuta nell'anno 2011 per l'acquisto, la manutenzione, il noleggio e l'esercizio di autovetture, nonché per l'acquisto di buoni taxi”*²⁵; devono applicare riduzioni *“pari al 5 per cento nell'anno 2012 e al 10 per cento a decorrere dall'anno 2013 della spesa sostenuta per consumi intermedi nell'anno 2010”* ovvero ad adottare *“interventi di razionalizzazione per la riduzione della spesa per consumi intermedi in modo da assicurare risparmi corrispondenti alle misure indicate nel periodo precedente”*²⁶.
- (iv) Ulteriori misure di contenimento della spesa pubblica sono inoltre previste nella Legge 24 dicembre 2012, n. 228 (Legge di stabilità 2013), ove all'art. 1 viene imposto il taglio sulle spese per l'acquisto di mobili e arredi (comma 141) e sul conferimento di incarichi di consulenza in materia informatica (comma 146)²⁷.

²¹ Art. 5, comma 2.

²² Art.12, comma 1-*quater*.

²³ D.L. 95/2012 convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 135.

²⁴ Art. 1, comma 7.

²⁵ Art. 5, comma 2.

²⁶ art. 8, comma 3. In particolare la norma prevede che *“[...] Gli enti e gli organismi anche costituiti in forma societaria, dotati di autonomia finanziaria, che non ricevono trasferimenti dal bilancio dello Stato adottano interventi di razionalizzazione per la riduzione della spesa per consumi intermedi in modo da assicurare risparmi corrispondenti alle misure indicate nel periodo precedente; le somme derivanti da tale riduzione sono versate annualmente ad apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato entro il 30 giugno di ciascun anno.”*

²⁷ In particolare, ai commi 141 e 142 dell'art. 1 della Legge di Stabilità 2013 vengono introdotte delle norme di contenimento delle spese di un tale dettaglio da mettere seriamente in dubbio il permanere dell'autonomia finanziaria e gestionale riconosciuta alle Autorità indipendenti dalla legge 481/1995 e dalle rispettive leggi istitutive (per AGCom la Legge

- (v) Con la Legge 27 dicembre 2013, n. 147 (Legge di stabilità 2014) vengono imposti, all'articolo 1, comma 321, ulteriori tagli di spesa *“che garantiscano ...un risparmio di spesa complessivo annuo maggiorato del 10 per cento rispetto agli obiettivi di risparmio stabiliti a legislazione vigente”*. Di particolare rilievo risulta anche la previsione secondo cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato nonché le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità dovevano garantire *“il versamento al bilancio dello Stato di un risparmio di spesa complessivo annuo maggiorato del 10 per cento rispetto agli obiettivi di risparmio stabiliti a legislazione vigente e senza corrispondenti incrementi delle entrate dovute ai contributi del settore di regolazione.”* Come vedremo di seguito, già nel 2013 diverse Autorità, tra cui AGCom, non ricevevano alcuna contribuzione da parte dello Stato, raccogliendo le risorse necessarie per le proprie attività istituzionali dagli operatori presenti nei mercati oggetto di regolazione. La discrepanza logica dell'intervento dello Stato in ottica di *spending review*, anche con riferimento a contribuzioni derivanti interamente dal mercato o, addirittura, l'imposizione di un obbligo di riversare nel bilancio dello Stato i risparmi rispetto alle contribuzioni degli operatori non è stato adeguatamente affrontato dalla sentenza in esame, come vedremo più approfonditamente al successivo § 5.
- (vi) Inoltre le disposizioni contenute nel D.L. 24 giugno 2014, n. 90, recante *“Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari”*²⁸, hanno ulteriormente inciso sull'autonomia delle ANR imponendo a tutte le Autorità amministrative indipendenti la gestione unitaria delle procedure concorsuali per il reclutamento del personale²⁹, la riduzione

n. 249/97). Infatti è stato previsto che, ferme restando le misure di contenimento della spesa già disposte dalle vigenti disposizioni, negli anni 2013 e 2014, le Autorità indipendenti non potevano effettuare spese di ammontare superiore al 20 per cento della spesa sostenuta in media negli anni 2010 e 2011 per l'acquisto di mobili e arredi.

²⁸ D.L. 90/2014, convertito dalla Legge 11 agosto 2014, n. 114.

²⁹ Art. 22, comma 4.

del trattamento economico accessorio del personale³⁰ e l'ulteriore riduzione delle spese per incarichi di consulenza, studio e ricerca e degli oneri economici per gli organi collegiali non previsti dalla legge.³¹

- (vii) Il potere statale di definire i criteri di contenimento della spesa anche in capo alle Autorità indipendenti si pone come presupposto nell'attuazione della delega di cui all'art. 8, comma 1, lett. c), n. 6, Legge n. 124/2015 avente ad oggetto la *“individuazione di criteri omogenei di finanziamento delle medesime autorità, tali da evitare maggiori oneri per la finanza pubblica, mediante la partecipazione, ove non attualmente prevista, delle imprese operanti nei settori e servizi di riferimento, o comunque regolate o vigilate”*³².

³⁰ Art. 22, comma 5.

³¹ Art. 22, comma 6.

³² La Corte Costituzionale, con la sentenza del 25 novembre 2016 n. 251, ha dichiarato parzialmente incostituzionale la legge delega per la riforma della p.a. (legge 7 agosto 2015, n. 124) nella parte in cui aveva previsto solo il “parere”, e non l’“intesa”, con le Regioni per cinque decreti legislativi di attuazione (dirigenza sanitaria, licenziamento disciplinare, società partecipate, dirigenza pubblica, servizi pubblici). Il ricorso era stato presentato dalla Regione Veneto che aveva impugnato la c.d. legge Madia perché ritenuta lesiva delle prerogative regionali e violativa del principio della leale collaborazione tra Stato e Regioni nelle materie di reciproca competenza. Tra gli articoli oggetto del giudizio di legittimità non figura l'art. 8 in esame. Quindi non è stata impugnata la disposizione dell'art. 8, comma 1, lett. c, n. 6 relativa alla (i) soppressione degli uffici ministeriali che svolgono funzioni sovrapponibili con quelle delle autorità indipendenti, (ii) al trattamento economico dei componenti e del personale delle autorità indipendenti e (iii) ai criteri omogenei di finanziamento delle autorità. L'unica previsione della Legge n. 124/2015 che fa riferimento alle Autorità indipendenti e che è stata impugnata dinanzi alla Corte Costituzionale è l'art. 19, nella parte in cui delega il Governo a operare il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali d'interesse economico generale e a tale scopo fissa una serie di principi e criteri direttivi – tra cui *“individuazione e allocazione dei poteri di regolazione e controllo tra i diversi livelli di governo e le autorità indipendenti al fine di assicurare la trasparenza nella gestione e nell'erogazione dei servizi, di garantire l'eliminazione degli sprechi, di tendere al continuo contenimento dei costi aumentando nel contempo gli standard qualitativi dei servizi”* (art. 19, comma 1, lettera n) - che andrebbero ben al di là dei limiti entro cui deve attenersi la trasversalità della materia «tutela della concorrenza», incidendo su una pluralità di altri ambiti, rientranti nella sfera di competenza regionale residuale o

Al termine di questo lungo e variegato elenco di misure di *spending review*, ci preme sottolineare che, dalla ampiezza e genericità delle misure individuate dal Legislatore (talvolta con grossolani tagli lineari per categorie di spese), appare complesso distinguere la natura strumentale oppure strategica dei contenimenti e delle razionalizzazioni di spesa imposti e quindi appare difficile valutarne l'impatto effettivo sull'attuazione delle funzioni istituzionali delle Autorità indipendenti, ma in questa sede riteniamo più significativo analizzare i principi affermati dalla Corte di Giustizia e valutare gli impatti in una prospettiva di patologia (degli obiettivi o degli effetti) nella dinamica istituzionale e nel mercato.

Il secondo profilo esaminato dalla Corte di Giustizia nella valutazione, in via pregiudiziale, della compatibilità della normativa nazionale sul contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica è stata la disciplina adottata dal legislatore nazionale in tema di finanziamento (*rectius* autofinanziamento) delle Autorità indipendenti che, per AGCom, rinvia interamente all'art. 12 della direttiva 2002/20/CE. A livello nazionale la disciplina del modello di finanziamento è stata fissata con la legge n. 266 del 2005 (legge finanziaria per il 2006) che, all'articolo 1, commi 65 e 66, ha definito il c.d. sistema di "auto-finanziamento" dell'Autorità che attribuisce al "*mercato di competenza*" l'onere di finanziare le Autorità fissando il tetto massimo dell'aliquota contributiva (nel caso di AGCom, fino al 2 per mille dei ricavi annui maturati dagli operatori). Nel rispetto di questo tetto massimo, ai sensi dell'art. 1, comma 65, Legge n. 266/2005, AGCom determina, di anno in anno, con una prima delibera, adottata di norma negli ultimi mesi dell'anno precedente, l'ammontare e le modalità di

concorrente, in violazione del criterio di proporzionalità. La Corte ha inoltre precisato che le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute nella decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. In particolare, ha affermato la Corte "*Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione*". Si veda anche il parere del Consiglio di Stato n. 83/2017 relativo ad alcune questioni interpretative sull'attuazione di tre decreti legislativi emanati sulla base della Legge 7 agosto 2015, n. 124 e interessati dalla sentenza della Corte Cost.

versamento in capo ai soggetti regolati e, con una seconda delibera assunta nei primi mesi dell'anno di competenza, le istruzioni per il versamento del contributo tramite gli strumenti telematici³³³⁴.

La tabella che segue ci consente di evidenziare come, a partire dal 2010, il contributo statale ai costi di funzionamento di AGCom sia stato del tutto marginale e che dal 2013 l'onere del mantenimento sia passato interamente in capo agli operatori dei mercati oggetto di regolazione e di vigilanza.

L'art. 34 CCE, come novellato dalla Legge 29 luglio 2015, n. 115 (c.d. Legge europea 2014)³⁵ recepisce integralmente il citato articolo 12 della

³³ Per l'anno 2014 ad esempio le delibere n. 547/13/CONS e 71/14/CONS, per il 2015 le delibere 567/14/CONS e 87/15/CONS e per l'anno 2016 le delibere 605/15/CONS e 34/16/CONS.

³⁴ Si richiama inoltre l'art. 2, comma 241, della legge finanziaria 2010, che imponeva all'AGCom, nonché all'ISVAP, all'AEEG e all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici di finanziare per gli anni 2010-2012 altre amministrative indipendenti (AGCM, Garante per la protezione dei dati personali e Commissione di garanzia per l'attuazione delle legge sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali) trasferendo una quota parte del contributo riscosso dal mercato di competenza. Il Legislatore è intervenuto sul tema anche con le leggi di stabilità 2013 e 2014 parzialmente prorogando il suddetto regime fino al 2016. In merito anche il TAR Lazio con le sentenze 5 marzo 2014, nn. 2530, 2533, 2534, 2538, 2542 e 3504 ha annullato la delibera 599/10/CONS avente ad oggetto le modalità di calcolo e di pagamento della contribuzione ad AGCom per l'anno 2011, che includeva una quota di prelievo destinata in applicazione della citata legge, affermando che “[...] detta legislazione contrasta palesemente con la direttiva autorizzazioni, oltre che in ragione di quanto innanzi già visto, anche avuto riguardo alla specifica (e ulteriore) circostanza che vede (parte del) contributo a carico della ricorrente così destinata a coprire spese di funzionamento di altre autorità indipendenti. Non vi è, per definizione, alcuna corrispondenza con le attività dell'autorità di riferimento, trattandosi di contributi appunto destinati ad altre autorità”.

³⁵ L'art. 5 della Legge Europea 2014 ha modificato l'art. 34 D.Lgs. 259/2003 come segue: “1. Oltre ai contributi di cui all'articolo 35, possono essere imposti alle imprese che forniscono reti o servizi ai sensi dell'autorizzazione generale o alle quali sono stati concessi diritti di uso, diritti amministrativi che coprono complessivamente i soli costi amministrativi sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti di uso e degli obblighi specifici di cui all'articolo 28, comma 2, ivi compresi i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza del rispetto delle disposizioni e di

direttiva n. 2002/20/CE e quindi assoggetta il sistema di autofinanziamento di AGCom ai vincoli di trasparenza imposti dal legislatore europeo, incluso l'obbligo di pubblicare un rendiconto annuale dei costi amministrativi sostenuti e dei diritti amministrativi riscossi.

Anno di riferimento	Contributo dello Stato		Contributo Operatori
	Erogato	Percentuale del contributo pubblico	
2010	651.000	1,016%	63.408.866,60
2011	145.666	0,190%	76.497.349,26
2012	39.446	0,049%	80.040.769,48
2013	0	0%	73.041.406,20
2014	0	0%	58.742.018,95
2015	0	0%	67.992.908,65
2016	0	0%	82.163.079,97

La natura tributaria degli obblighi contributivi introdotti dal citato art. 1, comma 65 e 66 della Legge n. 266/2005 risulta pacifica ai sensi della giurisprudenza della Corte Costituzionale che li ha qualificati come “*entrate*

altri controlli di mercato, nonché' di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, ed in particolare di decisioni in materia di accesso e interconnessione. I diritti amministrativi sono imposti alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente che minimizzi i costi amministrativi aggiuntivi e gli oneri accessori. 2. Per la copertura dei costi amministrativi sostenuti per le attività di competenza del Ministero, la misura dei diritti amministrativi di cui al comma 1 è individuata nell'allegato n. 10. 2-bis. Per la copertura dei costi amministrativi complessivamente sostenuti per l'esercizio delle funzioni di regolazione, di vigilanza, di composizione delle controversie e sanzionatorie attribuite dalla legge all'Autorità nelle materie di cui al comma 1, la misura dei diritti amministrativi di cui al medesimo comma 1 è determinata ai sensi dell'articolo 1, commi 65 e 66, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, in proporzione ai ricavi maturati dalle imprese nelle attività oggetto dell'autorizzazione generale o della concessione di diritti d'uso. 2-ter. Il Ministero, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, e l'Autorità pubblicano annualmente i costi amministrativi sostenuti per le attività di cui al comma 1 e l'importo complessivo dei diritti riscossi ai sensi, rispettivamente, dei commi 2 e 2-bis. In base alle eventuali differenze tra l'importo totale dei diritti e i costi amministrativi, vengono apportate opportune rettifiche”.

tributarie statali” che quindi costituiscono “*legittimo esercizio della competenza statale esclusiva in materia di sistema tributario e contabile dello Stato*” riconducibile alle competenze previste dall’art. 117, secondo comma, lettera e) della Costituzione^{36 37}.

Nello stesso senso si è espressa, in modo apodittico, anche la sentenza della Corte di Giustizia in esame che, senza esaminarne le implicazioni fattuali, ha affermato che gli obblighi di contribuzione “*presentano [...] carattere tributario e rientrano nella generale potestà impositiva dello Stato*”.

Anche il modello di determinazione della misura della contribuzione ha passato il vaglio costituzionale poiché il margine di autonomia nel determinare la percentuale della contribuzione viene esercitato nei limiti preventivamente stabiliti dalla legge (e.g. fino al 2 per mille dei ricavi annui degli operatori), quindi nel rispetto della riserva di legge prevista dall’art. 23 Cost.³⁸.

³⁶ Si rinvia in merito alla sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2007, n. 256 che ha respinto la questione di costituzionalità sollevata dalla Regione Piemonte e dalla Provincia Autonoma di Bolzano in merito alla contribuzione all’Autorità di vigilanza dei lavori pubblici che avrebbe violato la competenza regionale in tema di lavori pubblici e di autonomia tributaria. La sentenza è stata commentata da G. Napolitano, *L’autofinanziamento delle autorità indipendenti al vaglio (parziale) della Corte Costituzionale*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2008, 2, pag. 139-142.

³⁷ In senso difforme si è espressa invece la Corte di Cassazione, Sezioni Unite, nell’ordinanza 3 ottobre 2016, n. 19678 con la quale ha confermato la giurisdizione del giudice amministrativo in tema di contribuzione ad AGCom a scapito del giudice tributario, affermando, tra l’altro, “*l’impossibilità di identificare il contributo in questione (destinato, come s’è detto, al funzionamento dell’Autorità) come un tributo.*”

³⁸ In questo senso la Corte costituzionale che ha statuito che “*il principio della riserva di legge di cui all’art. 23 Cost. va inteso in senso relativo, in quanto si limita a porre al legislatore l’obbligo di determinare preventivamente sufficienti criteri direttivi di base e linee generali di disciplina della discrezionalità amministrativa*” (ex multis, sentenza Corte Cost. 26 ottobre 2007, n. 350). In dottrina si veda l’analisi relativa al potere deliberativo in tema di contribuzione delle Autorità indipendenti alla luce dell’art. 23 Cost da parte di M. De Benedetto, *Indipendenza e risorse delle autorità indipendenti*, in M. D’Alberti - A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l’economia*, cit., secondo il quale “*la garanzia posta dall’art. 23 Cost. sembra essere assicurata dalle previsioni di legge che disciplinano l’autofinanziamento e circoscrivono il potere deliberativo delle*

4. Il giudizio dinanzi al Giudice amministrativo

AGCom ha impugnato dinanzi al TAR Lazio il Comunicato ISTAT del 2012³⁹ nella parte in cui la includeva tra le *“amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato”* sul presupposto tale elenco rappresenti un costante riferimento per il legislatore nazionale per individuare le amministrazioni pubbliche soggette alle disposizioni di finanza pubblica in materia di contenimento e razionalizzazione della spesa. Il TAR Lazio ha respinto il ricorso con la sentenza n. 5945/2013 del 12 giugno 2013 poiché la qualificazione di AGCOM come *“amministrazione pubblica”* era già stata recepita a livello legislativo. Il TAR Lazio ha rilevato che l’art. 1, comma 2, Legge n. 196/2009, come modificato dall’art. 5, comma 7, D.L. n. 16/2012, ha attribuito *“natura normativa”* all’Elenco ISTAT, aggiornato con cadenza annuale. Ad avviso del TAR, infatti, il legislatore ha preso *“come riferimento l’indagine effettuata dall’ISTAT (come risultante dai predetti elenchi) qualificando in via legislativa tutti gli enti ivi contemplati come “amministrazioni pubbliche”, ai fini dell’applicazione delle misure di finanza pubblica”*. Il TAR non ha ritenuto di disapplicare tale norma per contrasto con la normativa comunitaria (Regolamento UE n. 2223/1996/SEC 95 richiamato da AGCom) né l’ha considerata irragionevole rispetto ai principi costituzionali degli artt. 3 e 97

autorità alla definizione di aspetti puntuali della prestazione”. Sul tema si veda anche la recente sentenza della Corte Costituzionale 7 aprile 2017, n. 69 che a fronte di una questione di legittimità costituzionale rimessa dal TAR Piemonte nei confronti della contribuzione all’Autorità per la regolazione dei trasporti (art. 37, comma 6, lett. b) D.L. n. 201/2011), ai sensi degli artt. 3, 23, 41 e 97 Cost. ha affermato che *“[...] ad un esame sistematico del contesto normativo di riferimento, il potere impositivo dell’amministrazione trova – nella disposizione censurata e nelle altre norme pertinenti, anche di principio, - limiti, indirizzi, parametri e vincoli procedurali complessivamente adeguati ad arginare la discrezionalità, anche nella prospettiva dei controlli e, segnatamente, dei controlli giurisdizionali (sentenze n. 215 del 1998 e n. 180 del 1996), la cui incisività in concreto è, a propria volta, essenziale per l’effettività dell’art. 23 Cost.”*

³⁹ Il Comunicato ISTAT è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 28 settembre 2012, n. 227.

Cost., sulla base di quanto già affermato dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 153/2011) e dal Consiglio di Stato (Sez. VI, sentenza 6014/2012).⁴⁰

AGCom ha appellato la citata sentenza TAR chiedendo al Consiglio di Stato di riformare la sentenza di primo grado disapplicando l'art. 1 Legge n. 196/2009 o, in subordine, di sollevare dinanzi alla Corte di Giustizia una richiesta di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267 del TFUE in ordine alla corretta interpretazione e applicazione delle sopracitate disposizioni del diritto dell'Unione europea. AGCom ha lamentato che l'imposizione delle misure in materia di finanza pubblica fossero incompatibili con il principio di autonomia di bilancio delle ANR previsto, come già esaminato al § 2, dalle direttive 2002/20/CE, 2002/21/CE, come integrate dalla direttiva 2009/140/CE.

Il Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 2475 del 15 maggio 2015 ha rilevato che *“laddove emergesse che il diritto europeo osta a una disciplina [...] che comporta il pieno assoggettamento di una ANR di cui all'articolo 3 della direttiva 2002/21/CE alle disposizioni generali in materia di finanza pubblica (e a quelle speciali in tema di contenimento e razionalizzazione delle spese di funzionamento delle amministrazioni pubbliche), la conseguenza sarebbe nel senso di obbligare questo Giudice di ultima istanza a disapplicare tali disposizioni”*. Perciò ha ritenuto meritevoli di attenzione

⁴⁰ La citata sentenza del Consiglio di Stato nel ricorso proposto da ISTAT, Ministero del lavoro e delle politiche sociali e Ministero dell'economia e delle finanze contro una pluralità di casse previdenziali, AEEG e AGCom avverso l'inserimento nel conto consolidato elaborato dall'ISTAT ai sensi dell'art. 1, comma 5, Legge n. 311/2004 e art. 1, comma 3 Legge n. 196/2009, presenta una interessante ricostruzione del ruolo, dei poteri e della collocazione nella pubblica amministrazione delle Autorità indipendenti e stabilisce che (i) AGCom è stata legittimamente inclusa nel corso degli anni nei c.d. elenchi ISTAT trattandosi di una *“amministrazione pubblica in senso stretto”*, cui è demandato l'esercizio di pubblici poteri; (ii) il carattere di autonomia e indipendenza che deve essere riconosciuto ad AGCom non è idoneo a determinare l'esclusione dell'Autorità appellante dalla nozione di *“pubblica amministrazione”* che ne comporta comunque la soggezione alla normativa volta al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica; (iii) che non può tenersi conto, ai fini del decidere, dell'affermato regime di auto-finanziamento in cui opera AGCom, atteso che i contributi imposti ai soggetti sottoposti a vigilanza hanno natura sostanziale di *“tributi”* ai sensi del diritto interno e sono pertanto *latu sensu* riconducibili alla fiscalità generale.

le istanze sollevate da AGCom ai fini della decisione del giudizio ed ha rimesso alla Corte di Giustizia il seguente quesito interpretativo: *“Se i principi di imparzialità ed indipendenza anche sotto il profilo finanziario ed organizzativo che devono essere riconosciuti alle autorità nazionali di regolamentazione di cui all’articolo 13 [recte, articolo 3] della direttiva 2002/21/CE, nonché il principio di sostanziale autofinanziamento di cui all’articolo 12 della direttiva 2002/20/CE ostino a una normativa nazionale (quale quella che rileva nell’ambito del presente giudizio) la quale assoggetta anche tali Autorità in via generale alle disposizioni in materia di finanza pubblica e, in particolare, a specifiche disposizioni in tema di contenimento e razionalizzazione delle spese delle amministrazioni pubbliche”*.⁴¹

5. I possibili impatti della sentenza della Corte di Giustizia sulle Autorità indipendenti

La sentenza in esame ha stabilito, in particolare, che:

⁴¹ L’ordinanza adottata dal Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2475/2015 non si limita a formulare il quesito interpretativo ai fini della rimessione alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE, ma articola in modo ampio per quali ragioni ritiene che, *“pur non essendo in grado di individuare con certezza la corretta interpretazione e applicazione delle disposizioni del diritto dell’UE rilevanti ai fini del decidere”*, comunque *“ritiene maggiormente plausibile la tesi secondo cui l’Ordinamento giuridico dell’UE non osta all’applicazione nei confronti di una ANR ai sensi della direttiva 2002/21/CE di disposizioni nazionali quali quelle descritte sopra”*. L’ordinanza inoltre prospetta una serie di valutazioni fattuali (ad esempio sulla carenza di prove offerte da AGCom in merito all’esistenza di un impedimento effettivo e concreto alla propria capacità di assolvere ai compiti assegnati e sulla natura tributaria del contributo delle imprese ad AGCom) che risultano in punto di diritto piuttosto approssimative, ma che sono state apoditticamente riprese dall’Avvocato generale Campo Sanchez-Bordona nelle conclusioni presentate il 28 aprile 2016 e nella sentenza in esame. A titolo di esempio, l’ordinanza afferma che *“dovrebbe essere riconosciuto ai Giudici Nazionali [...] il potere di valutare se le caratteristiche qualitative e quantitative della singola misura di contenimento e razionalizzazione abbia superato – anche in termini di adeguatezza e proporzionalità – il minimo necessario per conseguire generali obiettivi di finanza pubblica senza ledere il contenuto minimo essenziale delle garanzie richiamate dalla direttiva 2002/21/CE, considerando 11.”* Invero un potere che dovrebbe avere come presupposti delle adeguate competenze contabili, finanziarie e delle effettive esperienze nella gestione di complesse “macchine amministrative” come le Autorità indipendenti.

- (a) dall'art. 3 Direttiva 2002/21/CE non deriva un generale divieto di applicare anche alle ANR la normativa nazionale in materia di finanza pubblica e, in particolare, le previsioni in materia di contenimento e di razionalizzazione della spesa: *“nulla indica, in tali disposizioni [artt. 3, commi 3 e 3-bis, Direttiva 2002/21/CE], che il rispetto di tali condizioni escluda, in linea di principio, che un'ANR sia soggetta a disposizioni nazionali applicabili in materia di finanza pubblica nonché, in particolare, a disposizioni sul contenimento e la razionalizzazione delle spese delle amministrazioni pubbliche, quali quelle di cui al procedimento principale”* (par. 36);
“è lecito che le ANR siano, secondo l'articolo 3 della direttiva quadro, assoggettate a determinate norme di controllo dei bilanci da parte del parlamento nazionale, compresa l'applicazione ex ante di misure di contenimento della spesa pubblica” (par. 38);
- (b) le misure nazionali di contenimento della spesa possono essere considerate incompatibili con l'art. 3 Direttiva 2002/20/CE solamente qualora siano considerate lesive dell'indipendenza e dell'imparzialità delle ANR, o se ostacolano in modo significativo l'esercizio delle funzioni attribuite alle ANR dal legislatore comunitario: *“Simili misure di contenimento possono pertanto essere considerate lesive dell'indipendenza e dell'imparzialità delle ANR, quali garantite dalla direttiva quadro, e, dunque, incompatibili con l'articolo 3 di tale direttiva, solo se può essere constatato che esse configurano un potenziale ostacolo a che le ANR interessate esercitino in maniera soddisfacente le funzioni loro assegnate da detta direttiva e dalle direttive particolari oppure che le misure in parola sono contrarie alle condizioni che la direttiva quadro impone agli Stati membri di rispettare affinché sia soddisfatto il grado di indipendenza e di imparzialità delle ANR richiesto da tale direttiva”* (par. 39);
- (c) Spetta al giudice nazionale effettuare, in concreto, la verifica sull'eventuale pregiudizio all'indipendenza delle ANR e sugli ostacoli posti alle loro attività istituzionali dalle norme nazionali sulla *spending review*, ma nella specifica fattispecie all'esame del Consiglio di Stato gli elementi fattuali evidenziati da AGCom nel corso del giudizio non

consentivano di provare un concreto pregiudizio derivante dall'impatto delle norme di finanza pubblica richiamate⁴²: *“Il giudice del rinvio rileva a tale proposito che l’Autorità non ha prodotto alcun elemento in tal senso e che si è limitata ad affermare, genericamente, che le disposizioni di cui al procedimento principale pregiudicano la sua autonomia finanziaria e, quindi, la sua indipendenza”* (par. 40)

“le disposizioni particolari sul contenimento e la razionalizzazione delle spese delle amministrazioni pubbliche, di cui al procedimento principale, si limitano, la prima, a contenere l’aumento dell’importo delle spese che può essere deciso dall’Autorità e, la seconda, a disporre la riduzione delle sole «spese per consumi intermedi». Inoltre, come ha rilevato il giudice del rinvio, queste due disposizioni, con il loro carattere generico, conferiscono all’Autorità un ampio margine per la loro attuazione. Si tratta, infine, di disposizioni applicabili a un insieme di enti e organismi pubblici” (par. 41).

- (d) le misure di contenimento della spesa non si pongono in contrasto con l’art. 12 della Direttiva 2002/20/CE dal momento che tale norma non attribuisce alle ANR un diritto “assoluto” di fissare autonomamente la misura annuale della contribuzione e il perimetro applicativo senza tenere conto delle norme nazionali in materia di finanza pubblica, considerata anche la natura tributaria dei contributi annuali ad AGCom: *“Sebbene l’articolo 12 della direttiva autorizzazioni consenta infatti alle ANR di finanziare una parte delle loro attività attraverso la riscossione di diritti amministrativi, non si può tuttavia*

⁴² Sul tema peraltro si era già espressa l’impugnata sentenza del TAR n. 5945/2013 che, nell’analizzare i vincoli di contenimento della spesa pubblica imposti dal D.L. 95/2012, aveva affermato che: *“[...] non potendo ritenersi le stesse capaci di incidere ovvero di limitare il perseguimento di finalità delle Autorità, soprattutto se parametrati agli altrettanti vincoli imposti dall’art. 81 Cost. e all’attuale crisi economica che sta affliggendo la nazione italiana.”* Nello stesso senso si veda anche la sentenza n. 3048/2012 del TAR sez. III quater secondo cui *“anche alla luce del comune buon senso, non può dubitarsi della conformità ai principi costituzionali della norma che, in un periodo di crisi economica che ha colpito il Paese, introduce restrizioni, in particolare a soggetti che beneficiano di contributi e finanziamenti pubblici, id est della collettività”*. Non è la prima volta, nei secoli, che il buon senso può confliggere con il diritto.

ritenere che tale disposizione conferisca all’Autorità un diritto assoluto di fissare l’importo di tali diritti senza tenere conto delle disposizioni nazionali applicabili in materia di finanza pubblica e dirette a contenere e limitare la spesa pubblica. Detti diritti presentano, infatti, come risulta dall’ordinanza di rinvio, carattere tributario e rientrano nella generale potestà impositiva dello Stato italiano” (par. 47).

Invero l’indirizzo applicativo adottato dalla Corte appare censurabile sotto diversi profili e prospetta un’ipotesi interpretativa che appare, da un lato, semplicistica rispetto alle peculiarità istituzionali che le Autorità indipendenti hanno assunto nei diversi Stati membri e, dall’altro, astratta rispetto alla soluzione delle possibili patologie che si possono riscontrare nell’applicazione del principio dell’autonomia finanziaria.

Il quadro legislativo di settore, ed in particolare l’art. 3 della Direttiva 2002/21/CE, come modificato dalla direttiva 2009/140/CE, ha finora affermato l’indipendenza delle ANR rispetto agli operatori di mercato evidenziando la necessità della separazione giuridica e funzionale tra le funzioni di regolamentazione e quelle operative relative alla fornitura di reti o servizi di comunicazioni elettroniche. Il legislatore comunitario ha introdotto anche l’obbligo di garantire l’indipendenza funzionale, ossia un grado di autonomia che non preveda interferenze o potere di indirizzo da parte di altre organismi e l’indipendenza finanziaria che impone di dotare le Autorità di una disponibilità di risorse finanziarie e di strumenti operativi che consentano di svolgere autonomamente la propria missione istituzionale.

Nel contempo la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha anche stabilito quali attività istituzionalmente attribuite nella originaria architettura comunitaria alle ANR possa essere attribuita dal legislatore nazionale ad altri organismi e a quali condizioni, sulla base del principio di autonomia istituzionale di ciascun Stato membro nell’organizzare e configurare le proprie ANR richiamato dall’art. 2, lett. g) della direttiva 2002/21/CE⁴³.

⁴³ Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia l’autonomia istituzionale può operare soltanto “*nel pieno rispetto degli obiettivi e degli obblighi sanciti dalla direttiva in parola*”, sentenze 6 marzo 2008, causa C-82/07, Comision del Mercado de las Telecomunicaciones, punto 24 e Base e altri, C-389/08 punto 26.

La Corte di Giustizia ha stabilito che “*gli artt. 10, n. 1 e 3, nn. 2, 4 e 6 della direttiva quadro devono essere interpretati nel senso che non ostano a che le funzioni di assegnazione delle risorse nazionali di numerazione e quelle di gestione dei piani nazionali di numerazione siano suddivise fra diverse autorità di regolamentazione indipendenti, purché la ripartizione delle funzioni sia resa pubblica, in forma facilmente accessibile, e notificata alla Commissione*”. [...] “*Di conseguenza, qualora dette attribuzioni competano, anche parzialmente, ad autorità ministeriali, spetta ad ogni Stato membro provvedere a che queste ultime non siano, direttamente o indirettamente, coinvolte in funzioni operative ai sensi della direttiva quadro*”.⁴⁴

Inoltre la Corte ha ritenuto che in merito alla definizione del sistema di compensazione del servizio universale e alla sua applicazione agli operatori del settore “[*la direttiva servizio universale*] non osta, in linea di principio, di per sé, a che il legislatore nazionale intervenga in qualità di [ANR] ai sensi della direttiva quadro purché, nell’esercizio di tale funzione, esso soddisfi i requisiti di competenza, d’indipendenza, d’imparzialità e di trasparenza previsti da dette direttive e purché le decisioni che esso adotta nell’ambito di tale funzione possano essere oggetto di ricorsi efficaci presso un organismo indipendente dalla parti coinvolte.”⁴⁵

Unica eccezione rilevante al riconoscimento del potere degli Stati membri di riallocare le funzioni originariamente ipotizzate come parte di un *corpus* unitario ad una pluralità di amministrazioni riguarda alcune funzioni espressamente indicate dalle direttive di settore, quali l’analisi dei mercati rilevanti e la “*ricerca dell’equilibrio tra i suoi diversi obiettivi*” previsti dall’art. 8 nn. 2-4 della Direttiva 2002/21/CE per il quale il legislatore comunitario “*riserva espressamente il perseguimento – e, quindi, il bilanciamento – di tali obiettivi alle ANR, non al legislatore nazionale*”.⁴⁶

⁴⁴ Sentenza della Corte di Giustizia del 6 marzo 2008, causa C-82/07, Comision del Mercado de las Telecomunicaciones, punti 22-27.

⁴⁵ Sentenza della Corte di Giustizia Base e altri, C-389/08 punti 29- 30.

⁴⁶ Sentenza della Corte di Giustizia, del 3 dicembre 2009, Repubblica Federale di Germania, C-424/07 e conclusioni dell’Avvocato Generale Poirares Madro presentate il 23 aprile 2009, punti 64-66.

Da ultimo, con riferimento alla determinazione di un obbligo tariffario relativo al diritto all'accesso degli operatori di comunicazione elettronica e, specificamente, all'imposizione di un obbligo tariffario per i servizi di transito verso numerazioni non geografiche ai sensi dell'art. 28 della Direttiva 2002/22/CE (Direttiva Servizio Universale), anche in vigore delle citate modifiche apportate al quadro regolamentare dalla direttiva 2009/140/CE, la Corte di Giustizia ha ribadito che *“il diritto dell’Unione deve essere interpretato nel senso che uno Stato membro può prevedere che un obbligo tariffario a titolo dell’art. 28 della direttiva servizio universale [...] sia imposto da un’autorità nazionale diversa dall’ANR di norma incaricata di applicare il NQN, purché detta autorità soddisfi le condizioni di competenza, d’indipendenza, d’imparzialità e di trasparenza previste dalla direttiva quadro e purché le decisioni da essa adottate possano essere oggetto di ricorsi effettivi presso un organo indipendente dalle parti coinvolte, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.”*⁴⁷

La possibilità che un ampio numero di competenze che, nell'architettura originaria si riteneva fossero strutturalmente attribuite alle ANR, possano essere allocate ad amministrazioni nazionali diverse dalle ANR, purché rispettino le citate condizioni di competenza, d'indipendenza, d'imparzialità e di trasparenza, non appare irrilevante anche nella definizione del potere del legislatore di incidere sull'indipendenza finanziaria delle Autorità indipendenti mediante misure di finanza pubblica. Infatti, fintantoché le funzioni derivanti dal quadro comunitario erano svolte (perlopiù) da un unico soggetto al quale fossero riconosciute specifiche competenze tecniche (settoriali o *ratione materiae*) ed il perseguimento di obiettivi di rilevanza pubblica che travalicassero gli interessi politici della maggioranza in vigore per concretizzare un progetto industriale e di mercato di medio/lungo periodo di norma di matrice europea, ad esso potevano essere attribuiti peculiari vantaggi e caratteristiche in termini di indipendenza istituzionale, funzionale, organizzativa e finanziaria. Dal momento in cui i Legislatori ed i Governi degli Stati membri sono stati legittimati ad attribuire ad organismi della pubblica amministrazione diversi

⁴⁷ Sentenza della Corte del 17 settembre 2015, KPN BV, nella causa C-85/14.

dalle ANR competenze appartenenti al plesso regolamentare di settore, a condizione che rispettino le citate condizioni di competenza, d'indipendenza, d'imparzialità e di trasparenza, l'unicità dell'Autorità indipendente come catalizzatore di competenze settoriali o per materia è venuta meno fino al punto in cui la Direttiva 2009/140/CE ha sostanzialmente cristallizzato l'indirizzo della Corte di Giustizia affermando che le attività espressamente riservate dal legislatore alle ANR erano l'analisi dei mercati rilevanti e la composizione delle controversie nelle quali poter attuare "il perseguimento – e quindi il bilanciamento" di una pluralità di interessi concorrenziali ed industriali. Coerentemente il considerando 13 della Direttiva 2009/140/CE richiede espressamente che quantomeno le ANR responsabili della regolamentazione *ex ante* del mercato, ultimo baluardo di un concetto di Autorità indipendente che contemperasse la pluralità di interessi economici, industriali e politici senza essere strutturalmente e gerarchicamente collocato all'interno della pubblica amministrazione, disponesse di un autonomo bilancio e della capacità finanziaria di dotarsi di risorse qualificate, ossia di garantire una autonomia organizzativa e finanziaria.

Sebbene nell'ordinamento italiano finora l'autonomia istituzionale del Legislatore nella gestione delle funzioni regolamentari e di vigilanza nel settore delle comunicazioni elettroniche abbia allocato al Ministero dello Sviluppo Economico un numero limitato, seppure qualitativamente importante, di funzioni quali il rilascio e la vigilanza delle autorizzazioni generali, delle risorse di numerazioni e delle risorse frequenziali, la progressiva politica di inclusione dell'AGCom nei parametri organizzativi e finanziari della pubblica amministrazione, come abbiamo esaminato nei precedenti paragrafi, è stata inevitabile.

E peraltro se tutte le funzioni attualmente allocate ad AGCom (diverse dalle competenze in materia di regolamentazione *ex ante* dei mercati e dalla composizione delle controversie) potrebbero essere attribuite dal Legislatore ad altri organismi della pubblica amministrazione che non devono essere caratterizzati da peculiari caratteristiche istituzionali, non si comprenderebbe perché il Legislatore dovrebbe consentire che attività attualmente svolte da AGCom ma che potrebbero essere nella competenza

di amministrazioni pubbliche differenti e sottoposte alle politiche statali di *spending review*, non siano sottoposte ad analoghe logiche di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica. Alternativamente se l'indipendenza di cui devono essere titolari tutti gli uffici che svolgono attività e sono qualificabili come ANR dovesse sostanziarsi in una estraneità ai vincoli della *spending review*, si dovrebbe ipotizzare che le competenti funzioni del Ministero dello Sviluppo che si occupano di autorizzazioni, risorse di numerazione e risorse frequenziali dovrebbero avere un regime finanziario diverso dai contigui uffici del Ministero che sono competenti su altre tematiche industriali. Si dovrebbe perciò teoricamente realizzare un regime finanziario diversificato sulla base delle funzioni all'interno della medesima amministrazione, arrivando ad ipotizzare un bilancio o un conto economico separato, ipotesi che non appare verosimile.

La soluzione perciò evidentemente dovrà essere diversa e, come proposto nel successivo § 5, passare attraverso una comune politica legislativa a livello europeo che consenta di qualificare la natura delle Autorità indipendenti, anche sotto il profilo finanziario.

Come abbiamo esaminato, la direttiva 2009/140/CE ha introdotto nell'ordinamento europeo l'indipendenza finanziaria prevedendo che le Autorità indipendenti fossero dotate della disponibilità di mezzi economici e materiali per svolgere le proprie attività in modo autonomo. Poiché il quadro istituzionale europeo prevede che - a causa delle sopracitate sentenze della Corte di Giustizia che hanno progressivamente eroso l'unicità e, di conseguenza, la peculiarità delle ANR - le loro competenze possono essere suddivise tra una pluralità di amministrazioni, la natura dell'interazione istituzionale tra Parlamento/Governo e Autorità indipendenti viene profondamente modificato anche sotto il profilo dell'autonomia finanziaria. Risulta evidente che eventuali richieste da parte di una ANR al proprio Parlamento o al Governo affinché vengano garantite adeguate risorse finanziarie per svolgere le attività istituzionalmente previste dal quadro regolamentare europeo, potrebbe comportare una riallocazione delle competenze presso un organismo pubblico che soddisfi le condizioni di competenza, indipendenza, imparzialità e trasparenza, ma, in virtù della propria collocazione gerarchica nella pubblica amministrazione, non

rappresenti un interlocutore istituzionalmente qualificato che, ad esempio, possa efficacemente richiedere ed ottenere delle adeguate risorse finanziarie per dare attuazione ai propri compiti istituzionali. Allo stato non risulta che una simile dinamica istituzionale si sia riscontrata nei confronti di AGCOM, ma rappresenterebbe probabilmente un efficace deterrente all'eventuale richiesta dell'Autorità di ricevere ulteriori contributi economici qualora le risorse provenienti dalla contribuzione ad opera degli operatori ex art. 34 CCE risultassero insufficienti. Ed inoltre l'affermazione astratta della sentenza secondo cui possa essere sufficiente ribadire che nelle Direttive è previsto l'obbligo degli Stati membri di fornire alle ANR la disponibilità di mezzi economici per svolgere le proprie funzioni istituzionali, appare confliggente con il rischio della mancata indipendenza politica della ANR dovuta sia al potere dei Legislatori di imporre che dei Governi di attuare in modo opportunistico le disposizioni sul contenimento e la razionalizzazione delle spese. La possibilità della maggioranza parlamentare di incidere sulle spese di funzionamento delle ANR, e quindi limitare o paralizzare le attività istituzionali, ammessa di fatto dalla sentenza in esame, almeno fino ad un eventuale intervento - inevitabilmente tardivo - come quello del giudice amministrativo ipotizzato dalla Corte di Giustizia, rappresenta infatti un concreto rischio che influirebbe politicamente sull'esercizio indipendente delle funzioni delle ANR. Appare probabile che si creerebbe infatti tra le diverse istituzioni un meccanismo di "obbedienza anticipata" in virtù del quale l'indipendenza politica verrebbe svuotata mediante l'esercizio (concreto o temuto) del potere della maggioranza politica al potere di incidere sull'indipendenza finanziaria. Occorre evidenziare che la somma delle decisioni (parziali) in merito all'indipendenza delle ANR, ed in particolare relative alla loro collocazione istituzionale, possono condurre a situazioni di fatto di "sudditanza politica" derivanti, in particolare, da un potere riconosciuto ai Legislatori, ai Governi e anche all'Alta Amministrazione di legiferare e di gestire la leva finanziaria nei confronti delle Autorità indipendenti che potrebbe condurre a dinamiche istituzionali meno conflittuali e gestibili ma analogamente complesse come quelle già sottoposte al giudizio della Corte di Giustizia in materia di indipendenza

delle Autorità competenti per la vigilanza del trattamento dei dati personali ai sensi dell'art. 28, paragrafo 1, secondo comma della Direttiva 95/46/CE.⁴⁸

La soluzione proposta dalla Corte di Giustizia potrebbe condurre anche ad ulteriori conflitti tra le disposizioni settoriali di matrice europea (ed in particolare l'art. 12 della Direttiva 2002/20/CE, recepito dall'art. 34 CCE) e le norme nazionali di natura fiscale che volessero incidere sulle spese di funzionamento dell'ANR. Assumiamo infatti che, anche in virtù dei controlli contabili interni ed esterni e delle verifiche in sede giurisdizionale avviate dagli operatori interessati, i diritti amministrativi che gli Stati membri impongono alle imprese regolate ai sensi dell'art. 12 della Direttiva 2002/20/CE siano effettivamente destinati a coprire soltanto le spese delle ANR relative alle funzioni analiticamente definite nel medesimo articolo⁴⁹ e quindi non siano finalizzati a coprire costi amministrativi della Autorità di qualsivoglia natura⁵⁰, e di conseguenza possano essere logicamente e

⁴⁸ In materia di autonomia politica con riferimento ai poteri statuali di revoca dei componenti dell'Autorità si veda la sentenza della Corte di Giustizia Commissione vs Ungheria, C-288/12 dell'8 aprile 2014.

⁴⁹ Art. 12 direttiva 2002/20/CE 1. I diritti amministrativi imposti alle imprese che prestano servizi o reti ai sensi dell'autorizzazione generale o che hanno ricevuto una concessione dei diritti d'uso:

a) coprono complessivamente i soli costi amministrativi che saranno sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti d'uso e degli obblighi specifici di cui all'articolo 6, paragrafo 2, che possono comprendere i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza del rispetto delle disposizioni e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, quali decisioni in materia di accesso e interconnessione;

b) sono imposti alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente che minimizzi i costi amministrativi aggiuntivi e gli oneri accessori.

⁵⁰ In tal senso si rinvia ai § 45 e 46 della sentenza in esame che, in coerenza con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, ribadisce che: (i) *i diritti amministrativi che gli Stati membri possono imporre, in forza di tale articolo, alle imprese che prestano servizi o reti ai sensi dell'autorizzazione generale o che hanno ricevuto una concessione dei diritti d'uso, al fine di finanziare le attività dell'ANR, devono essere destinati a coprire complessivamente i soli costi amministrativi relativi alle attività menzionate all'articolo 12, paragrafo 1, lettera a), di tale direttiva. Essi non possono quindi essere destinati a coprire*

contabilmente qualificati come i costi effettivi legati a tali attività svolte e contabilizzate⁵¹ con i criteri di efficienza dell'azione amministrativa. Sulla base di questa assunzione, non appare di conseguenza coerente che, secondo l'indirizzo in esame della Corte di Giustizia, ciascuno Stato membro, sulla base della propria potestà impositiva in materia tributaria, possa ritenere di poter imporre ulteriori vincoli finanziari definendo modalità e percentuali di ulteriore razionalizzazione di queste spese. L'interpretazione adottata dalla Corte di Giustizia nella sentenza in esame appare illogica in termini fattuali poiché entrano in conflitto due fattispecie che sono difficilmente componibili:

- (1) secondo l'ipotesi applicativa adottata dalla Corte, l'ANR non avrebbe adottato i necessari livelli di efficienza e non sarebbero stati efficaci neppure gli strumenti previsti dal legislatore (rendiconto annuale dei costi amministrativi sostenuti e dei diritti amministrativi riscossi) così come non sarebbero stati adeguati e qualificati i controlli contabili, amministrativi e magari anche giudiziari, approntati dalle amministrazioni e dalle parti interessate; oppure
- (2) se le attività fossero state svolte in modo efficiente e il legislatore nazionale decidesse comunque di intervenire per ridurre costi amministrativi, l'ANR dovrebbe necessariamente cessare di svolgere alcune delle attività di regolamentazione previste all'art. 12 della Direttiva Autorizzazioni⁵² poiché non appare coerente con il modello comunitario neppure che la gestione di tale attività sia sussidiata con

spese relative a compiti diversi da quelli elencati da tale disposizione, e segnatamente non i costi amministrativi di qualsivoglia natura sopportati dall'ANR";

(ii) *"i diritti in parola devono coprire i costi amministrativi effettivi risultanti dalle attività citate al paragrafo 1, lettera a), di tale articolo e che vi debba essere equilibrio con tali costi. Il gettito complessivo dei diritti percepito non può quindi eccedere il totale dei costi relativi a tali attività".*

⁵¹ I costi, così come i ricavi derivanti dal contributo, che siano stati puntualmente descritti da AGCom nel rendiconto previsto dalla stessa Direttiva 2002/20/CE all'art. 12 e dall'art. 34 CCE, come emendato dalla Legge Europea 2014.

⁵² Per identificare le attività che sono ritenute meritorie di contribuzione e la cui interruzione risulterebbe *ictu oculi* come un effetto negativo delle politiche di contenimento della spesa pubblica, si veda il citato art. 12, comma 1 lett. a) della Direttiva Autorizzazioni.

risorse provenienti dalla contribuzione derivante da altre attività amministrative (es. provvedimenti relativi ad autorizzazioni o diritti d'uso o gestione di controversie) o, nel modello di ANR integrata prevista dalla L. n. 249/97, dai contributi annuali versati dagli operatori attivi in altri settori regolati (es. media o editoria).

La prima ipotesi presupporrebbe gravi carenze delle ANR e di tutti gli organi di controllo e giurisdizionali tali da ritenere necessario modificare a livello legislativo il modello di contribuzione previsto all'art. 12 della Direttiva 2002/20/CE ed i relativi modelli di controllo, la seconda ipotesi comporterebbe la necessità per le ANR di non compiere o di attuare parzialmente alcune funzioni che rappresentano dei compiti istituzionali delle ANR previsti a livello comunitario a fronte delle scelte di *spending review* (e quindi di matrice pienamente politica) adottate in ciascuno Stato membro.

Gli effetti di questo conflitto logico e della soluzione prospettata dalla Corte è che ne deriverebbero significative differenze nei diversi Stati membri rispetto alla tempestività e alla profondità dell'attività di regolazione oppure riguardo all'ampiezza e alla intensità della vigilanza sui mercati rilevanti che non sarebbero dipendenti dalla competenza e dall'efficienza delle ANR, ma dalle scelte politiche di contenimento e di razionalizzazione della spesa pubblica dei Legislatori e dei Governi i quali potrebbero anche essere, come sovente accade negli ordinamenti europei, titolari di rilevanti partecipazioni nell'azionariato di operatori dominanti. In questo modo l'attenzione del legislatore comunitario nell'imporre la separazione tra le funzioni dello Stato regolatore da quelle dello Stato azionista (art. 3, comma 2 Direttiva 2002/21/CE) avrebbe una attuazione soltanto formale e sarebbe superata attraverso l'utilizzo opportunistico della politica di *spending review*. Infine l'onere degli Stati membri di “*provvedere affinché le rispettive autorità nazionali di regolamentazione esercitino i loro poteri in modo*” [...] “*tempestivo*” non sarebbe adempiuto a causa degli inevitabili impatti delle scelte di *spending review* sull'efficienza dell'AGCom.

Pertanto, ad avviso di chi scrive, laddove vi sia una previsione europea che attribuisca compiti e funzioni e per i quali il legislatore comunitario ha definito gli strumenti di controllo che ritiene adeguati (la rendicontazione

separata) il legislatore nazionale, anche nel perimetro di competenze quali quelle tributarie che gli sono riconosciute, deve astenersi da intervenire poiché, in concreto, depotenzia il ruolo dell'organismo nazionale incaricato di dare attuazione alle previsioni della regolamentazione europea del settore. Tuttalpiù lo Stato membro potrà attivarsi affinché in sede legislativa europea vengano previsti degli strumenti di controllo più efficaci che incentivino modelli di efficientamento dell'azione amministrativa. La scelta interpretativa della Corte di Giustizia che, partendo dalla specifica questione pregiudiziale ha stabilito dei principi generali di ampia applicazione, rischia di aprire un periodo di grande vulnerabilità per l'indipendenza delle ANR europee esponendole al costante esercizio del potere tributario da parte dei Parlamenti e dei Governi nazionali.

Infine la composizione di questo dilemma, innanzitutto per la stessa ANR, tra l'attuazione delle disposizioni europee settoriali e il rispetto delle norme tributarie nazionali, non può essere efficacemente attribuita, come propone la Corte di Giustizia nella sentenza in esame, al giudice per una serie di motivazioni:

- (i) la previsione che occorra “*constatare che [le misure di contenimento] configurino un potenziale ostacolo a che le ANR interessate esercitino in maniera soddisfacente le funzioni loro assegnate*” necessita di fatto che l'ANR verifichi che una misura di *spending review* già in vigore abbia avuto o stia per avere un effetto negativo sulla propria capacità di regolare, vigilare o sanzionare i comportamenti nei mercati di riferimento. Inevitabilmente l'impatto della misura di contenimento della spesa, anche considerando la tempistica e gli strumenti del diritto processuale amministrativo, avrebbe una influenza negativa sulla capacità di intervento dell'ANR e quindi danneggerebbe il mercato, rappresentato ad esempio dai concorrenti di un operatore dominante oppure dai consumatori, con effetti chiaramente insanabili e non risarcibili.
- (ii) La prova che viene chiesta dalla Corte di Giustizia alla ANR è pressoché una *probatio diabolica* poiché si tratta di dimostrare come delle limitazioni economiche e/o operative siano effettivamente (in un rapporto causa-effetto) in grado di impedire che si realizzino le

condizioni che gli Stati membri devono rispettare per soddisfare “*il grado di indipendenza e imparzialità delle ANR richiesto da tale direttiva*”. Innanzitutto, poiché il grado di indipendenza e imparzialità non è misurato in termini quantitativi ma sotto il profilo degli effetti qualitativi, appare difficile identificare delle “prove” e, comunque, poiché viene rilevato dalla Corte che le misure di contenimento e razionalizzazione vengono imposte dando comunque “*all’Autorità un ampio margine per la loro attuazione*”, ricade di conseguenza sempre in capo all’ANR la necessità di provare che un diverso utilizzo delle risorse finanziarie non avrebbe comunque consentito di “*soddisfare il grado di indipendenza e di imparzialità richiesto dalle direttive*”.

- (iii) Perciò ciascun soggetto titolare di un interesse, e perciò anche gli operatori potenzialmente lesi da un ridotta capacità di intervento dell’AGCom, potrebbe ritenere più efficace attivare in parallelo ad un giudizio amministrativo anche il processo di segnalazione presso la Commissione europea affinché valuti se le norme nazionali non inficino l’attuazione delle norme europee ed, in particolare, se il combinato disposto del mancato finanziamento da parte dello Stato e delle limitazioni finanziarie imposte al funzionamento di AGCom anche per le risorse raccolte in autofinanziamento ai sensi dell’art. 34 CCE non configuri una violazione dell’art. 3, comma 3 della direttiva 2002/21/CE che impone agli Stati membri di fare in modo che le ANR operino in modo “tempestivo” e dispongano delle risorse finanziarie e umane necessarie per svolgere i compiti assegnati dalla normativa europea di settore.

Infine il richiamo della Corte di Giustizia nella sentenza in esame (§47) alla qualificazione dei diritti amministrativi dell’art. 12 della direttiva 2002/20/CE come previsioni di carattere tributario che “*rientrano nella generale potestà impositiva dello Stato italiano*”, congiuntamente alla recente ordinanza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, del 3 ottobre 2016 n. 19678 che ha confermato la giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie in materia di contributi ad AGCom, ci consente di affrontare una ulteriore tematica.

Come abbiamo esaminato al precedente § 3, la previsione di un obbligo per le Autorità indipendenti di versare nel bilancio dello Stato i risparmi ottenuti applicando le disposizioni in materia di *spending review*⁵³, in particolare quando la contribuzione è interamente basata su autofinanziamento dal mercato, desta perplessità. La tematica era già stata affrontata dal Consiglio di Stato in due pareri richiesti da AGCom⁵⁴ e da Consob⁵⁵ nei quali si è affermato, in sintesi, che *“l’obbligo di versamento non può eccedere lo stanziamento a carico del bilancio dello Stato, altrimenti risolvendosi il dovere contributivo degli operatori del mercato in una “vera e propria imposta”, non rapportata ai costi di funzionamento da sostenere e, peraltro, in assenza di una chiara volontà del legislatore”*. La fattispecie esaminata nei due pareri prevedeva che almeno una percentuale della contribuzione per il mantenimento delle ANR provenisse dallo Stato, ma, ad avviso di chi scrive, rimane intangibile il principio secondo il quale il dovere di contribuire al risanamento della finanza pubblica, riversando i risparmi della gestione corrente nel bilancio dello Stato, debba essere

⁵³ Si richiama, ad esempio l’art. 1, comma 321 della Legge di Stabilità 2014.

⁵⁴ Consiglio di Stato, Parere n. 385 del 26 gennaio 2012: *“Il problema che si pone è, dunque, in che termini possa disegnarsi una compartecipazione dell’Autorità ai doveri di solidarietà finanziaria verso lo Stato, senza che ciò implichi uno storno di risorse vincolate al perseguimento della missione istituzionale. Ad avviso della Commissione il punto di equilibrio sotteso all’applicazione dell’art. 6, comma 21 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78 all’Autorità è da ravvisarsi nel sostegno finanziario che la stessa riceve dallo Stato, il quale costituisce al tempo stesso fondamento e limite del suo dovere di contribuire al risanamento della finanza pubblica, mediante versamento allo Stato, attraverso le risorse derivanti da risparmi della spesa corrente. Ciò comporta che le somme ricavate da economie di gestione dall’Autorità possano essere destinate al bilancio statale solo relativamente alla parte imputabile ai contributi ricevuti dallo Stato, ossia nella misura corrispondente al valore percentuale di tali contributi sul complesso delle entrate finanziarie dell’Autorità”*.

⁵⁵ Consiglio di Stato, Parere n. 3044 del 17 aprile 2013: *Appare conforme alla ratio del sistema di finanziamento della CONSOB un’interpretazione dell’art. 8, comma 3, tale per cui l’obbligo di versamento non può eccedere lo stanziamento a carico del bilancio dello Stato, altrimenti risolvendosi il dovere contributivo degli operatori del mercato in una “vera e propria imposta”, non rapportata ai costi di funzionamento da sostenere e, peraltro, in assenza di una chiara volontà del legislatore”*.

limitato ad una percentuale della contribuzione pubblica. Sebbene l'applicazione di questo principio comporti, di fatto, che gran parte delle Autorità indipendenti, fondando il proprio sostentamento sull'autofinanziamento, non potranno contribuire al risanamento della finanza pubblica.

Qualora invece il legislatore italiano, basandosi anche sul citato *obiter dictum* della Corte di Giustizia nella sentenza in esame, dovesse pretendere che anche le Autorità indipendenti autofinanziate contribuiscano con i propri risparmi sulla gestione corrente a risanare le finanze pubbliche, violerebbe una pluralità di principi applicabili alla disciplina in esame:

- (i) innanzitutto il principio di proporzionalità nell'imposizione dei contributi in capo alle imprese che vedrebbero le risorse che sono state raccolte in virtù di un dovere contributivo - quali imprese operanti nel mercato rilevante - distratte verso finalità diverse dal finanziamento dell'Autorità competente. In particolare il mercato delle comunicazioni elettroniche è ulteriormente presidiato da una specifica previsione comunitaria (art. 12, comma 1, lett.b) della Direttiva 2002/20/CE) che impone di applicare i principi di trasparenza e di proporzionalità alla raccolta dei diritti amministrativi. Principi che evidentemente non sarebbero rispettati qualora una parte dei diritti fosse riversata nel bilancio dello Stato per le generiche finalità di risanamento della finanza pubblica;
- (ii) le stesse Autorità indipendenti autofinanziate si vedrebbero costrette a tutelare la propria autonomia finanziaria e a disapplicare una eventuale previsione nazionale che prevedesse il riversamento nel bilancio dello Stato al fine di evitare la palese violazione della normativa europea di settore;
- (iii) ciascun operatore che ha contribuito a finanziare AGCom sarebbe probabilmente titolato ad impugnare dinanzi al giudice amministrativo il bilancio dell'Autorità e/o la rendicontazione prevista dall'art. 34 CCE ed ogni altro atto che certifichi un eventuale riversamento di contributi nel bilancio dello Stato e a chiedere la disapplicazione della norma tributaria nazionale in quanto soggetto direttamente leso nei propri interessi patrimoniali. Infatti ogni eventuale risparmio nella

gestione ordinaria, anche in conseguenza dell'applicazione di norme nazionali di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica, dovrebbe essere rendicontato e restituito agli operatori finanziatori oppure allocato (se contabilmente è ammesso) tra le risorse dell'anno successivo, al fine di diminuire il successivo ammontare di autofinanziamento complessivo che AGCom dovrebbe chiedere al mercato.

6. Osservazioni finali

La breve disamina delle possibili implicazioni della sentenza del 28 luglio 2016 della Corte di Giustizia, che si stratifica sulle proprie precedenti decisioni in materia di indipendenza e di competenza delle Autorità indipendenti, ed in particolare relative alle Autorità nazionali di regolazione nel settore delle comunicazioni elettroniche, ci induce a due riflessioni:

- (i) la sentenza in esame, anziché dirimere (o indirizzare) una pluralità di temi aperti (come ad esempio il potere degli Stati membri di chiedere il riversamento dei risparmi della gestione corrente alle Autorità indipendenti autofinanziate) si è limitata ad affermare una serie di principi senza approfondire le molteplici implicazioni connesse e quindi è probabile che darà luogo sia ad interpretazioni “patologiche” da parte di Parlamenti (e Governi) interessati a “controllare” le Autorità indipendenti grazie alla leva finanziaria, sia a proliferazione di contenziosi finalizzati a definire quale tipologia e quale rilevanza economica debba avere una misura di *spending review* per considerarsi lesiva dell'indipendenza e dell'imparzialità delle ANR nonché un potenziale ostacolo all'esercizio da parte delle ANR delle funzioni assegnate dalle normative comunitarie. E' facile immaginare come possa essere destabilizzante, in entrambe le fattispecie, l'attività corrente di una amministrazione che non possa avere - per tutta la durata del contenzioso - un chiaro indirizzo in merito a quali siano le risorse su cui può fare affidamento per espletare i propri compiti istituzionali.

La stratificazione di sentenze della Corte di Giustizia che dirimono contenziosi sulle competenze delle Autorità indipendenti e sulle modalità di garantire la loro indipendenza (organizzativa, finanziaria, gestionale e, da ultimo, politica) porta a ritenere che sia opportuno (anche se sicuramente politicamente complesso) che, a livello di attori istituzionali europei, si condivida che possa essere più efficace rinunciare (parzialmente) al principio dell'autonomia istituzionale nel configurare le ANR per definire congiuntamente delle regole minime comuni in merito ai criteri di nomina, alla durata, all'autonomia finanziaria (con l'adozione di obiettivi e vincoli di scopo in materia di *spending review*), organizzativa e politica delle amministrazioni ad alta specializzazione tecnica denominate Autorità indipendenti, un "minimo comune denominatore" rispetto al quale sia poi possibile caratterizzare la singola istituzione secondo le peculiarità giuridiche e tecniche specifiche di ogni settore di attività e di ogni ordinamento costituzionale. L'identificazione di una serie di regole comuni per qualificare le amministrazioni come Autorità indipendenti consentirebbe di rafforzare uno strumento istituzionale dotato riconosciuta competenza specialistica che supporterebbe, anche grazie alla stretta collaborazione con la Commissione e con le altre Autorità analoghe "*ratione materiae*" degli altri Stati membri, uno sviluppo più completo ed omogeneo del Mercato unico.