Autorità amministrative indipendenti e tentativi di riforma

DI ANGELO G. VITALE

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Le Autorità indipendenti: lineamenti generali e problematiche. 3. I tentativi di riforma. 4. Conclusioni.

1. *Premessa.*

Nell'età contemporanea, che chiamiamo della globalizzazione, il rapporto tra poteri pubblici e mercato costituisce un problema importante e delicato. Ciò in quanto attorno a tale questione si sono sviluppate molte tesi - sociologiche, economiche, politologiche e giuridiche – che in gran parte mettono in luce un rischio molto evidente. Secondo una visione più estremistica, infatti, in una fase storica di liberalizzazioni in cui sul mercato accedono nuove imprese, di deregolamentazione, di globalizzazione in cui i mercati si aprono (non solo quelli finanziari, ma di qualunque tipo di bene e servizio), la caratteristica fondamentale è rappresentata dal dominio delle imprese più forti, dei regimi privati costituiti non solo dalle imprese multinazionali ma anche delle imprese che acquisiscono un potere rilevante sul mercato o sui mercati in cui operano. Questa forza dei regimi privati indebolirebbe l'azione dei poteri pubblici: vi sarebbe molto mercato e poca amministrazione. Il che causerebbe come conseguenza immediata un disequilibrio molto forte; l'unico ordine sarebbe affidato alla volontà ed alle decisioni degli operatori imprenditoriali forti con notevole ridimensionamento della regolamentazione pubblica. Altre tesi giungono a conclusioni diverse ritenendo che persistano i pubblici poteri dell'amministrazione pubblica attraverso tuttavia una regolamentazione *soft*, più delicata, e forse più debole, che relega in secondo piano forme incisive di intervento pubblico nell'economia come le pianificazioni, le programmazioni, le misure che gli economisti chiamano di "*command and control*" ovvero le misure autoritative unilaterali dei pubblici poteri, la proprietà pubblica dei beni e delle imprese. In sintesi una visione che mette in luce la debolezza, la secondarietà di una regolamentazione pubblica.

A partire dagli ultimi venti anni del secolo scorso ad oggi vengono attuate grandi politiche di privatizzazione di beni ed imprese pubbliche che coinvolgono anche settori importanti come l'energia, le comunicazioni, le risorse idriche. Si perseguono obiettivi di deregolazione attraverso gli strumenti della semplificazione amministrativa. E' una fase di liberalizzazioni che, soprattutto sotto la spinta della Comunità Europea, consente la rimozione di quegli ostacoli che incidono sulle attività economiche; si creano i presupposti affinché nuovi operatori accedano al

mercato con conseguente erosione dei monopoli. Si registra un abbandono delle pianificazioni generali ritenute troppo invasive nei confronti delle imprese private. Si riespande una nuova "*lex mercatoria*"[1] prodotta dalle grandi imprese, soprattutto multinazionali, le quali con grandi contratti internazionali messi a punto dai più importanti studi legali del pianeta regolano i loro rapporti in modo compiuto e definito senza far riferimento ad alcuna legge, sulla base di clausole tipizzate e definite. Ponderosi contratti che disciplinano in modo esaustivo tutti i rapporti tra le imprese interessate che non lasciano spazio all'integrazione legale e che divengono così fonte di diritto invece di applicazione codicistica. Da ciò le indicate tesi estremistiche che teorizzano la sola presenza del "mercato" che non lascia spazio, all'opposto di quanto accadde dal 1930 agli anni '70, alla disciplina pubblica.

A ben vedere tuttavia permane comunque una regolazione pubblica in quanto in primo luogo le privatizzazioni interessano solo alcuni settori e convivono con la persistenza di imprese pubbliche sia nazionali che locali, le deregolazioni convivono con le ri-regolazioni[2] e le liberalizzazioni, che pure sono consistenti in ambiente europeo, necessitano di disciplina, di misure che consentano a nuovi operatori di rivestire un ruolo effettivo nel mercato attraverso l'impiego di misure asimmetriche. La liberalizzazione postula una attenta disciplina della concorrenza, quindi una disciplina pubblica. Permane inoltre tuttora una programmazione economica di settore (energia elettrica e gas, intermodalità dei trasporti). Si affaccia una forte regolazione internazionale attraverso nuovi organismi di regolazione dell'economia che fanno da contrappeso alla nuova "*lex mercatoria*". Il diritto *antitrust* consente un controllo forte sulle imprese quando la libertà di queste, da cui deriva l'economia di mercato, deborda in potere di mercato che discende da condotte che abusano della libertà d'impresa trasformandole in illeciti concorrenziali.

Nell'era della globalizzazione[3], caratteristica della nostra contemporaneità, permane una forte continuità nell'intervento pubblico, della regolazione pubblica; ciò che

---

[1] M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici ed economia: profili storici* lezione tenuta l'8 giugno 2007 al Master Organizzazione e funzionamento della Pubblica Amministrazione, presso l'università La Sapienza di Roma. La Lex Mercatoria risale all'XI secolo e si connotava, dal punto di vista oggettivo, per la regolazione dell'attività dei mercanti (intesi come imprenditori), mentre dal punto di vista soggettivo si caratterizzava per essere una legge creata dai mercanti, un diritto di classe senza intermediazione politica, assumendo una forma di autoregolamentazione dei mercati.

[2] Fenomeno che si manifesta allorquando in un settore deregolamentato sorge la necessità di aggiungere nuove forme di regolazione (ad es. negli USA deregolate le tariffe aeree vi fu la necessità di regolare la sicurezza).

[3] Il concetto di globalizzazione assume diversi significati a seconda dell'aspetto con il quale viene spiegato. Pertanto, da un punto di vista economico indica l'integrazione dell'economia e dei mercati, secondo una prospettiva più generale indica la compressione degli spazi e dei tempi, mentre in una visione più giuridica rappresenta la deterritorializzazione degli Stati nazionali che comporta il loro declino. Si confronti P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro Italiano*, 2002", nel quale a pag.154 "*Che significa globalizzazione? Il primo ed essenziale riferimento è ad un tempo storico – l'attuale – che si connota per un primato della dimensione economica quale risultato ingombrante del*

profondamente cambia sono piuttosto i modi della regolazione economica, cambiano qualitativamente i modi di produzione del diritto dell'economia e il relativo assetto delle fonti. La prassi economica si fa produttrice di diritto anche se gli Stati ed i regolatori pubblici sovranazionali conservano ampi spazi decisionali e dettano discipline nell'economia.

A questo punto, nella dialettica tra autoregolazione ed eteroregolazione, verrebbe da chiedersi quali siano gli equilibri tra gli imperativi economici ed i valori sociali, gli interessi pubblici e i diritti delle persone. Equilibri diversi a seconda degli ordinamenti che andiamo ad analizzare distinguendo quello nazionale, comunitario ed internazionale[4]. Mentre infatti a livello internazionale i disequilibri sono molto accentuati a vantaggio delle logiche mercantili ed a scapito dei valori sociali, in ambito comunitario si registra una significativa evoluzione: da un'impostazione economica (libera circolazione delle merci e degli scambi, concorrenza, divieto di aiuti di Stato) si è passati ad una impostazione più generale che presta attenzione all'integrazione sociale, alla tutela dei consumatori, alla qualificata tutela della salute ed alla salvaguardia dell'ambiente, affiancando così gli imperativi economici alle istanze sociali. In Europa pur prevalendo ancora l'aspetto economico, le istanze sociali sono sempre più prese in considerazione se si guarda anche alla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea che in materia di libera concorrenza esclude i servizi sociali. Negli ordinamenti nazionali vi è invece la tendenza a mettere in equilibrio l'imperativo economico ed i valori sociali limitando la libera esplicazione del mercato con iniziative purché proporzionate.

Nel nostro Paese per decenni è stata egemone la visione interventista, dirigista e pianificatoria dell'intervento pubblico nell'economia da cui è derivata l'istituzione di monopoli legali. Inoltre molte attività economiche private sono state assoggettate a regimi di pianificazione e ad autorizzazioni discrezionali che creavano barriere artificiali all'ingresso sul mercato di nuove imprese. La proprietà pubblica si era estesa, attraverso gli enti pubblici economici e il sistema delle partecipazioni statali, ben oltre i settori più tipici dei servizi pubblici, relegando in secondo piano la nozione di mercato e concorrenza. Tale regime trovava precisi appigli nella Costituzione repubblicana del 1948.

Sotto la spinta di diversi fattori e, in primo luogo, l'applicazione più rigorosa delle norme del Trattato U.E. in tema di libera concorrenza, tale assetto è entrato in crisi, aprendo la strada ad un nuovo ruolo dello Stato nell'economia, che non avrebbe più

---

capitalismo maturo che stiamo vivendo; un primato che dà alle forze economiche una virulenza mai sperimentata finora e un'insopprimibile tendenza espansiva. Il mercato appare, come non mai, insofferente a confinazioni spaziali, forte di una sua vocazione globale e determinato a realizzarla. Si veda anche S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Bari, Laterza 2003, cap. 1.

[4] M. D'ALBERTI, lezione *Amministrazione e mercato nell'età della globalizzazione* tenuta l'8 giugno 2007 al Master Organizzazione e funzionamento della Pubblica Amministrazione, presso l'università La Sapienza di Roma.

diretto o gestito direttamente molte attività economiche, limitandosi a porre le regole necessarie per far funzionare in modo corretto il mercato evitandone i fallimenti e a garantirne il rispetto. Nasce lo Stato cd. "regolatore" che dismette il ruolo di pianificatore e di proprietario gestore assumendo la veste di arbitro, inaugurando un nuovo modello di apparato pubblico con un profilo più tecnico rispetto alle strutture ministeriali tradizionali e con un'indipendenza maggiore sia dal potere politico che dalle imprese controllate: le Autorità indipendenti.

Esse trovano la loro genesi principalmente nell'inefficienza della tradizionale organizzazione dello Stato, ma anche nella necessità di far fronte a nuove e mutevoli esigenze con la rapidità con cui solo degli organismi snelli e autonomi possono provvedere e trovano il loro più antico precedente nell'esperienza nordamericana della fine del XIX secolo[5]. L'istituto è stato importato in Europa negli anni '70 prima in Inghilterra e poi in Francia ma mentre negli Stati Uniti d'America le Autorità indipendenti tendono innanzitutto a contrastare le concentrazioni di potere economico attraverso una rigorosa politica *antitrust*[6], in Europa il successo di questo modello istituzionale è legato ad esigenze sempre più avvertite a livello economico e sociale di una più marcata "*deregulation*" realizzata, per lo più, attraverso importanti processi di privatizzazione e liberalizzazione avviati anche in seguito alle direttive comunitarie. Ciò è dipeso dal fatto che negli Stati europei vi è stato un massiccio intervento dello Stato nell'economia e quando questo modello dirigistico è entrato in crisi si è manifestata l'esigenza di una drastica riduzione della presenza pubblica nell'economia con l'introduzione di un modello neo-liberista caratterizzato da un processo di privatizzazione dei settori economici in mano pubblica.

Anche nel nostro Paese il fenomeno delle *authority* è emerso negli ultimi decenni, sebbene con ritardo rispetto ad altri Paesi europei, e ben presto si sono moltiplicate prendendo piede anche in settori diversi da quelli più propriamente economici. L'esempio più risalente nel tempo, con tratti ancor oggi speciali, e per decenni rimasto isolato è quello della Banca d'Italia. Successivamente, nel 1974, fece ingresso la Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (Consob), preposta ai controlli sui mercati borsistici e poi l'Istituto per la Vigilanza delle Assicurazioni Private (Isvap) che, istituito nel 1982, ha acquisito col tempo un profilo più netto di

[5] Nel 1887 negli Stati Uniti venne istituita la *Interstate Commerce Commission* che, inizialmente inquadrata nel Dipartimento dell'Interno venne poi separata e resa indipendente nel 1889. L'organismo, chiamato a disciplinare l'azione delle compagnie ferroviarie, venne istituito a tutela dei soggetti meno forti nel conflitto di interessi che si era aperto in quel paese in seguito allo sviluppo delle strade ferrate. La Commissione, denominata "*the poor man's court*", svolgeva funzioni di regolazione pubblica delle tariffe e di protezione contro gli abusi monopolistici delle compagnie.

[6] La formazione di un'organica disciplina della concorrenza si è avuta con lo "*Sherman act*" del 1890 negli Stati Uniti.

Autorità Indipendente.[7] Una tappa fondamentale nello sviluppo di tali organismi si è tuttavia avuta nel 1990 con l'istituzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) e l'approvazione di una normativa *antitrust*[8].

L'Autorità *antitrust* non nacque da una conversione spontanea del legislatore italiano al principio della concorrenzialità del mercato, ma fu piuttosto una soluzione indotta dall'esigenza di fornire un supporto nazionale alla politica della concorrenza, affermandosi, con il Trattato sull'Unione Europea di Maastricht del 1992, il valore della concorrenzialità del mercato interno come motore dell'azione comunitaria e come parametro di riferimento per le politiche economiche degli Stati membri. L'Autorità antitrust sembrava dunque incarnare un'altra visione che assegna al mercato e alla concorrenza un ruolo centrale. Secondo il diritto comunitario le imprese pubbliche e le imprese private devono operare in posizione di parità e le deroghe al diritto della concorrenza nel settore dei servizi pubblici sono consentite solo nella misura strettamente indispensabile a garantire gli obiettivi di universalità, continuità, adeguatezza qualitativa e di prezzo[9].

I fattori all'origine di tali organismi sono quindi molteplici. Innanzitutto una forza crescente del mercato e una presa di coscienza che il mercato non è un regime di anarchia, ma un regime di regole. In secondo luogo l'insuccesso di altre formule prima sperimentate, tra cui le principali costituite dall'autoregolamentazione ed il controllo ministeriale diretto. Il terzo fattore va rinvenuto nella spiccata tecnicità delle funzioni operando le autorità di controllo in campi in cui la natura specifica delle problematiche richiede livelli di preparazione e di tecnicismo elevati. Infine, la necessità di sottrarre la funzione di controllo all'interferenza politica. Affinchè il mercato funzioni occorrono regole, ma occorre anche che obiettivi politici non interferiscano con considerazioni economiche. Le authorities, inoltre, da un lato nascono dal mutamento dei rapporti tra istituzioni pubbliche e società civile e dall'impossibilità da parte dello Stato-apparato di controllare efficacemente tutti gli ambiti che competono loro, dall'altra soddisfano il crescente bisogno di regolazione sociale in settori fondamentali quali l'economia, il mercato, la tecnologia, la comunicazione.

Negli anni '90 del secolo scorso si accelera quindi il processo di introduzione nell'ordinamento italiano delle Autorità indipendenti e, oltre a quelle già segnalate, vengono istituiti il Garante per la protezione dei dati personali nel 1996 per la tutela della riservatezza, l'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (AEEG) nel 1995 e l'Autorità Garante delle Comunicazioni (AGCOM) nel 1997, per la regolazione dei servizi pubblici. La proliferazione degli organismi di garanzia assumeva un rilievo

[7] I primi tentativi in Italia di introdurre forme istituzionali caratterizzate da alto tasso di imparzialità vengono segnalati nel 1985 nella "Relazione Piga".

[8] Legge 10 ottobre 1990 nr. 287 "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato".

[9] M. CLARICH, *Le Autorità indipendenti, dopo l'ascesa il declino* in Osservatorio Italiano, Il Mulino 2005.

sempre maggiore investendo sia i principi della disciplina della forma di governo che il regime dei pubblici poteri collocandosi in una posizione del tutto innovativa posta al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri dello Stato e dal circuito rappresentativo. "*Il tradizionale circuito democratico prevede infatti un circuito continuativo della sovranità che, attraverso finzioni giuridiche, consente di rappresentare ogni attività dell'esecutivo innanzi al Parlamento e di farne rispondere, pertanto, il ministro titolare della relativa funzione*"[10]. Circostanza che destò forti dubbi di legittimazione e di costituzionalità delle Autorità in parte della dottrina che ne aveva auspicato la costituzionalizzazione non trovando esse alcun riferimento nella Carta Costituzionale. Tentativi in tal senso vennero effettuati dalla Commissione Bicamerale per le riforme istituzionali nel 1997 che elaborò un progetto organico di riforma costituzionale che non diede frutti[11] e in cui era prevista un'esplicita copertura costituzionale delle Autorità indipendenti. Tali preoccupazioni sono state tuttavia col tempo ridimensionate rinvenendo altri sicuri ancoraggi costituzionali alla legittimazione delle Autorità indipendenti e il loro ruolo si è consolidato anche attraverso una presa di coscienza dell'opinione pubblica dei valori di fondo da queste espressi, primo fra tutti la libera concorrenza quale sistema di sviluppo della libera iniziativa economica e dei diritti individuali dei consumatori.

Pur in presenza di caratteri ricorrenti ritenuti necessari per la qualificazione giuridica di Autorità Indipendente, il modello tuttavia presentava tratti non univoci tanto da determinare difficoltà classificatorie da parte della dottrina. Ed in effetti a tale fenomeno giuridico si sono ricondotte figure diverse e disomogenee che certamente non hanno consentito un ordine definitorio preciso[12]. Ogni Autorità ha acquisito sembianze definite dalla rispettiva legge istitutiva che ne ha ritagliato l'organizzazione, la struttura e i poteri in modo anche molto differenziato tanto da confonderle, talora, con le agenzie caratterizzate da ben altri contenuti. La scarsa uniformità della loro disciplina lascia intendere la mancanza di un organico disegno di politica legislativa, essendo sorte in maniera episodica per soddisfare esigenze via via presentatesi per meglio regolare settori particolarmente delicati della vita economica, sociale e politica. Allo stesso tempo un certo entusiasmo nei riguardi di

[10] M. DE BENEDETTO, Voce "Autorità indipendenti", in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. CASSESE, vol. I, Milano, Giuffrè, 2006, pag.588.

[11] In quella sede era stato inserito nel titolo della Costituzione relativo al Governo una sezione intitolata "Autorità di garanzia e organi ausiliari" che nell'art. 82 prevedeva che "per lo svolgimento di attività di garanzia o di vigilanza su determinate materie la legge può istituire Autorità" e che " Il Senato della Repubblica elegge a maggioranza dei tre quinti dei suoi componenti i titolari delle autorità di garanzia e di vigilanza. La legge ne stabilisce la durata del mandato, i requisiti di eleggibilità e le condizioni di indipendenza nello svolgimento delle funzioni".

[12] Si confronti F. MERUSI, *Democrazia e Autorità indipendenti*, il Mulino, 2005.

questi organismi ha accreditato l'idea che costituissero il modello capace di risolvere le più svariate problematiche[13].
Negli ultimi tempi l'attenzione alle problematiche di questi organismi ha mutato prospettiva orientandosi sulla portata ed i limiti della loro indipendenza stante il riassorbimento di alcune funzioni delle Autorità nella sfera di influenza dei Ministeri, innescando dibattiti e proposte di una organica riforma già dalla XIV legislatura.

2. *Le Autorità indipendenti: lineamenti generali e problematiche.*
Le Autorità indipendenti rappresentano una figura che continua ad essere ininterrottamente di attualità ormai da una quindicina di anni a questa parte e continua ad esserlo anche perché suscita una serie di problemi applicativi ed ordinamentali sempre nuovi. Esse in generale hanno corrisposto all'esigenza di ripensare l'organizzazione dell'amministrazione statale nei rapporti interni tra Stato e cittadini, e successivamente, nei rapporti esterni tra i singoli Paesi e tra essi e gli organismi internazionali.
Il primo problema di approccio sistematico che emerge nell'affrontare la natura e l'essenza di questo fenomeno è quello di seguire un metodo unitario, quello di mescolare in un'unica definizione, in un unico regime giuridico, una realtà molto complessa e variegata. Le Autorità indipendenti sono infatti molto diverse fra loro, sia per il grado di indipendenza che per le attribuzioni di funzioni e tipologie di procedimenti che ad esse fanno capo, tuttavia giova in prima battuta, analizzarle come fenomeno unitario.
Le Authorities sono degli organismi composti da soggetti di particolare ed elevata competenza tecnica in una determinata materia ai quali viene affidato un compito che si può inizialmente definire di vigilanza e di regolazione per la tutela di diritti ed interessi fondamentali previsti nella Costituzione. L'esigenza di tutelare posizioni giuridiche di diritto soggettivo, di libertà costituzionali di alto profilo, porta all'istituzione di una figura soggettiva di diritto pubblico che ha il compito di assumerli a termine di riferimento, di tutelarli, di proteggerli, di vigilare sulla cura di quegli interessi.
Altro carattere delle autorità è quello di essere indipendenti soprattutto dal potere politico e, in particolare, dal governo; tratto che già sul piano costituzionale indurrebbe a inquadrarle come un qualcosa di nuovo (e anche di strano) perché sfuggono a quel circuito caratteristico di legittimazione politica dell'amministrazione che si rinviene nell'articolo 95 della Costituzione, ovvero quel circuito che lega il cittadino elettore al Parlamento, quest'ultimo all'Esecutivo attraverso il vincolo fiduciario e poi l'Esecutivo ai rami successivi dell'amministrazione. Il modello classico piramidale di amministrazione di stampo *cavouriano* che nello stato liberale

[13] Sono state proposte l'istituzione di un Autorità per la scelta dei dirigenti generali nelle pubbliche amministrazioni, per i settori della danza e il teatro, per il settore calcistico.

classico è imperniato su questa sorta di meccanismo a raggiera. Vi è dunque un tratto di indipendenza dal Governo e pertanto la responsabilità politico istituzionale delle Autorità indipendenti (se vi è) è un fenomeno del tutto avulso dal consueto standard di verifica della responsabilità degli organi di governo e di amministrazione nel nostro Paese. Indipendenza che si manifesta anche nei riguardi delle imprese controllate (al fine di evitare il rischio della "cattura" del regolatore da parte del soggetto regolato), fisiologicamente portate a condizionare il soggetto regolatore attesa la rilevanza degli interessi in campo.

Sono poi organismi che diversamente dalla pubblica amministrazione tradizionale operano in una posizione, con un termine richiamato di consueto sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, di neutralità rispetto agli interessi in gioco[14]. Lo strumento migliore che abbiamo per comprendere il motivo per il quale il giurista ricorre al concetto di neutralità è quello di pensare al contesto istituzionale, politico ed economico nel quale nascono le Autorità: il contesto è quello dell'apertura al mercato, della libertà di mercato, della fine dello Stato dirigista e interventista che diviene meno regolatore perché accetta il principio della libertà di mercato e della libera competizione nell'economia. Se la libera competizione costituisce la precondizione per la libertà di mercato e se lo Stato non è più interventista va da sé che non si può lasciare che tali manifestazioni di libertà si svolgano senza limiti di sorta e senza alcun momento di vigilanza o di controllo. Vi è comunque la necessità di vigilare sul mercato, sui cosiddetti "*market failures*" (fallimenti di mercato) in quei momenti in cui esso da solo non riesce ad esprimere dei valori positivi e vi sono circostanze nelle quali bisogna reprimere alcuni comportamenti singoli e ben determinati che appaiono contro alcune regole di fondo che devono comunque esistere affinché il mercato si svolga liberamente. Se questo è lo scenario, ricorrendo ad una metafora tanto comune quanto efficace, non c'è necessità di un nuovo giocatore che intervenga nella compagine più debole per vincere contro la squadra più forte, c'è invece bisogno di un arbitro ovvero di un soggetto che vigili sul modo in cui gli interessi, le relazioni, i rapporti e le libertà si incrocino nel mercato e che abbia un ruolo effettivamente arbitrale, che non assuma la titolarità di un interesse proprio nella partita, ma che si limiti a garantire che il *match* si svolga senza falli e irregolarità. Mentre infatti le amministrazioni classiche operano in condizioni di imparzialità (imparzialità e buon andamento sono precetti costituzionali dell'agire amministrativo ai sensi dell'art. 97 Cost.) le Autorità indipendenti agiscono in condizioni di neutralità. L'amministrazione deve effettuare le sue scelte e perseguire i propri obiettivi con imparzialità ovvero senza assumere condizioni di parte, garantendo la parità di trattamento tra tutti i consociati rispetto

[14] F. CINTIOLI , Master in organizzazione funzionamento della Pubblica Amministrazione, modulo III, Lezione su *Le amministrazioni indipendenti e le agenzie*, tenuta il 23 febbraio 2007 presso l'università La Sapienza di Roma.

all'obiettivo di interesse pubblico che essa stessa si è prefissata. Viceversa l'Autorità Indipendente non assume mai un proprio interesse pubblico, un proprio fine politico od obiettivo in senso stretto. Non è dunque imparziale, è più che imparziale perché tale concetto è compatibile con l'assunzione di un fine pubblico e di una azione positiva. L'autorità indipendente è neutrale, non ha un interesse proprio, non deve perseguire un proprio fine, deve solo garantire che certe regole siano rispettate e che non si verifichino i fallimenti di mercato.

Riprendendo le fila delle caratteristiche salienti degli organismi in trattazione essi, pur avendo dei punti in comune, dal punto di vista del loro modo di operare, con il potere giudiziario, sono distinti dal giudice, anzi sono a loro volta essi stessi soggetti a controllo giurisdizionale. E sono, da ultimo, organismi che dialogano istituzionalmente con il Parlamento. In questi ultimi anni sta divenendo patrimonio comune del dibattito politico l'idea che il rapporto delle Autorità indipendenti con il Parlamento non debba arrestarsi alla rituale relazione annuale che viene letta dinanzi ad uno dei Presidenti dei due rami del Parlamento, a seconda dei casi, ma che debba essere costante, effettivo, reale.

Dopo aver tentato di fornirne una prima collocazione nel quadro ordinamentale, la prima domanda che il sano giurista dovrebbe porsi di fronte alla istituzione della prima Autorità è quella di chiedersi dinanzi a che tipo di potere pubblico si trovi: un'amministrazione, un giudice, un nuovo potere istituzionale ibrido che mescola quelli tradizionali come elemento del complessivo sistema di *checks and balances.*

Vi è sostanziale concordia oramai nell'attribuire alle Autorità indipendenti natura e funzioni formalmente amministrative seppur non omologabili alle amministrazioni di tipo tradizionale in quanto l'indipendenza è un carattere di per sé non inconciliabile con il concetto di amministrazione ché, accanto alla concezione dell'amministrazione come apparato dipendente del Governo, la Costituzione contempla il modulo dell'amministrazione apparato a sé disgiunto dal Governo e dal potere politico.

Un altro dei temi classici che investe le Autorità e che connota più di altri il carattere dell'indipendenza, costituendone un presidio[15] insieme alla garanzia di durata del mandato ed alla collegialità delle decisioni, è quello della procedura di nomina dei componenti delle Autorità (requisiti, trasparenza, incompatibilità). L'ordinamento è attualmente frammentato e i procedimenti di nomina dei membri di tali organi riflettono il carattere *bipartisan* e la legittimazione tecnica che dovrebbero orientare le scelte di Governo e Parlamento. Nelle prime leggi istitutive delle Autorità, tale approccio si manifestava nell'intesa tra i Presidenti delle Camere presupposta agli atti di nomina. Successivamente, dal 1994, quando fu rotta la convenzione costituzionale che prevedeva l'attribuzione della Presidenza di un ramo

[15] T. PADOA SCHIOPPA, *La riforma delle autorità indipendenti*, intervento del Ministro dell'Economia, Università degli Studi di Milano, 19 febbraio 2007.

del Parlamento al principale partito di opposizione, tali procedimenti di nomina non sono più in grado di conseguire quella sintesi del pluralismo politico-parlamentare che passava per l'atto congiunto delle Presidenze di Assemblea. Mutato il quadro di riferimento, il legislatore ha tentato di elaborare ulteriori meccanismi di nomina, in grado di conseguire le medesime finalità di garanzia per l'opposizione parlamentare. Le leggi istitutive di tali organismi successivamente varate dal Parlamento prevedono infatti meccanismi di elezione dei componenti di talune autorità da parte di ciascuna Camera con voto limitato, come avviene per il Garante per la protezione dei dati personali e per l'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni, ovvero, come avviene nel caso delle Autorità per la regolazione dei servizi di pubblica utilità istituite nel 1995, forme di designazione congiunta tra Governo e Parlamento (poteri di nomina del Governo, previo parere obbligatorio e vincolante a maggioranza qualificata dei due terzi delle competenti commissioni parlamentari), già a suo tempo sperimentate per la Commissione nazionale per le società e la borsa, sia pure in forme diverse (parere non vincolante delle commissioni parlamentari, ma con audizioni parlamentari preventive sui membri designati). E' evidente come, in queste ultime fattispecie richiamate, l'essenza garantista del procedimento di nomina risieda nel parere parlamentare espresso a maggioranza qualificata dalle commissioni parlamentari competenti per materia.

Con riferimento ai poteri va sottolineato come questi siano molto vari: poteri sanzionatori, regolatori (*rulemaking*) ovvero di dettare regole, di imporre condizioni che influenzano i comportamenti degli operatori nel mercato sotto forma di poteri normativi o quasi normativi che di fatto relegano ad un ruolo di secondo piano lo stesso Parlamento; talvolta si parla anche di poteri di aggiudicazione evocando una nozione del diritto anglosassone che parla di "*adjudication*" ovvero potere di risolvere una sorta di controversia, di conflitto aggiudicando appunto la ragione in un certo modo, applicando al caso singolo in forme paragiurisdizionali la disciplina di settore. Le Autorità poi dispongono di prerogative del tutto speciali dal punto di vista organizzativo: godono di autonomia organizzativa, amministrativa e contabile.

Le ragioni che giustificano la nascita e lo sviluppo delle Autorità indipendenti nel nostro Paese sono essenzialmente due, di cui una di carattere non giuridico ma squisitamente storico alla quale tuttavia non possiamo sottrarci: la drammatica crisi politico istituzionale che investe il nostro Paese agli inizi degli anni novanta del secolo scorso. In quel contesto di crisi si sviluppa l'idea, che penetra nelle aule parlamentari, secondo la quale è necessario istituire dei poteri tecnici che sfuggano (si parlava tanto in quegli anni di partitocrazia) alle influenze della politica e capaci di curare interessi di primo ordine in condizioni di indipendenza e autonomia.

L'altra grande ragione che giustifica lo sviluppo di queste entità è rappresentata dall'apertura al mercato sospinta dall'Unione Europea. Il quadro legislativo europeo assegna alle Autorità indipendenti un ruolo di grande rilevanza, sia nell'elaborazione del *corpus* normativo, sia nell'amministrazione delle norme negli ordinamenti

nazionali, prevedendo che le autorità siano poste nelle condizioni di garantire in piena autonomia l'attuazione dei principi comunitari, traducendoli in coerenti norme regolamentari e in azioni di vigilanza conformi agli standard europei. I processi di privatizzazione degli enti pubblici economici e quelli di liberalizzazione dell'economia rappresentano vieppiù un'altra causa del loro affermarsi. Allorché si comincia a stabilire che il settore energetico e quello delle comunicazioni sono settori liberi e aperti al mercato in un paese nel quale eravamo abituati a confrontarci con il monopolista pubblico, va da sé che si crea una modifica così radicale dei rapporti economico sociali e di mercato, che si avverte l'esigenza di pensare a nuovi modelli di garanzia degli equilibri sul mercato. Vi è quindi un forte nesso tra l'apertura ai processi di privatizzazione in senso soggettivo e di liberalizzazione dal punto di vista oggettivo dell'apertura al mercato e l'istituzione delle Autorità indipendenti.

Come accennato, nel panorama delle Autorità indipendenti[16] istituite in Italia dobbiamo tenere conto che le funzioni da loro esercitate non sono tutte uguali, sono anzi molto diverse le une dalle altre, e tuttavia se dovessimo provare ad enucleare in sintesi due modelli principali potremmo distinguere tra le Autorità di regolazione del mercato e l'Autorità, inevitabilmente singola, di tutela della concorrenza nel mercato.

Esempi di Autorità di regolazione del mercato sono l'Autorità Garante delle Comunicazioni nel settore delle comunicazioni, l'Autorità Garante dell'Energia e del Gas nel settore dell'energia e del gas, la CONSOB nel settore dei mercati finanziari. Nel caso della regolazione siamo quindi di fronte a più autorità di settore che si occupano di un determinato mercato con funzioni regolatorie. La regolazione da un punto di vista giuridico è una disciplina pubblica di fenomeni di mercato mentre in un'accezione prevalentemente economica si preferisce fare riferimento ad un intervento pubblico *ex ante* finalizzato ad influenzare le condizioni di offerta di alcune tipologie di servizi.

Lo Stato cerca con tali interventi di replicare i risultati del mercato (contenimento dei prezzi, qualità dei servizi) facilitandone il funzionamento[17]. Diversamente dal potere amministrativo tradizionale la funzione regolatoria si caratterizza per il fatto di effettuare un coordinamento sempre pro concorrenziale, con l'opzione a favore del libero mercato. A tal proposito si dice con espressione molto frequente in dottrina, che la regolazione non è mai finalistica ma condizionale[18]. Il potere di

[16] O supposte tali, al riguardo F. MERUSI op. cit. parla di false autorità pag. 54 ss..

[17] N. RANGONE, lezione tenuta in occasione del master in Organizzazione e Funzionamento della Pubblica Amministrazione presso l'Università di Roma "La Sapienza" su *Regolazioni e programmazioni*, modulo X il 09 giugno 2007.

[18] Si confronti con N. RANGONE, voce "Regolazione", in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. CASSESE, vol. V, Milano, Giuffrè, 2006, pag. 5057, dove "Il percorso che dalla funzione amministrativa (a carattere finalistico) porta all'emergere di una nuova funzione di regolazione oggettiva (strumento per la cura di

regolazione non tende mai al raggiungimento di un fine politico non avendo, come abbiamo visto, l'Autorità finalità politiche. La regolazione condizionale postula che ove emergessero talune condizioni che pongono un problema di "*market failure*" sia tempestivamente inserita quella regola che ripristini gli equilibri concorrenziali, anche attraverso un singolo atto che orienti il mercato in un certo modo[19]. In sintesi le funzioni di regolazione, per contrapporle alla tutela *antitrust*, si caratterizzano con interventi *ex ante*, ovvero con interventi correttivi di una certa situazione del mercato che si ritenga non funzionante e che debba essere corretta affinché la competizione si possa efficacemente espletare[20]. Altra caratteristica che giustifica la funzione di regolazione in una logica *ex ante* è l'eliminazione delle asimmetrie nel mercato. Se in un mercato si presentano situazioni di particolare forza è necessario l'intervento di un regolatore che diminuisca e che corregga queste posizioni egemoniche per consentire lo sviluppo di una competizione[21]. Si parla a tal proposito di "livellamento dei campi di gioco" in quanto la concorrenza postula un campo aperto e livellato dove il contraddittorio si esercita con "parità d'armi".
La funzione di regolazione presuppone talvolta anche l'intervento per la fissazione di determinati prezzi o tariffe laddove ciò risulti necessario (come nel caso del AEEG) e per quanto debba essere limitativa ed incisiva non deve mai tradursi in intervento invasivo. Minore è l'intervento regolatorio migliore risulta la qualità e l'impatto sul mercato[22].
Per quanto riguarda le varie attività di regolazione esiste un raccordo a livello comunitario, ovvero una disciplina comunitaria di riferimento. Queste discipline comunitarie improntate alla logica della liberalizzazione sono poi sviluppate nel

---

interessi pubblici mediato e condizionale) corrisponde all'evoluzione dei fini e degli strumenti di intervento pubblico nell'economia."

[19] Si faccia riferimento, esemplificando, al potere del AGCOM di imporre obblighi di accesso di interconnessione ad una rete di telefonia mobile a favore di altri operatori desiderosi di accedere al mercato in regime di concorrenzialità ma che non dispongono di una rete propria; così come alle direttive dell'AEEG affinché il gas depositato presso un luogo di stoccaggio venga adeguatamente conservato per consentire poi ai vari operatori, operanti sul mercato di accedere a queste infrastrutture essenziali

[20] Ad. es., l'obbligo di interconnessione di accesso alla rete consente al nuovo operatore di telefonia di poter entrare nel mercato e fare concorrenza agli operatori che sono in posizione dominante che già dispongono di una rete.

[21] Si pensi esemplificando al nostro Paese dove vi era un solo operatore monopolista pubblico di telefonia fissa. Non sarebbe certo bastato dichiarare aperto il mercato e aver privatizzato questo operatore pubblico se non si fossero attuate delle misure che poi avessero consentito ad altri operatori di entrare in quel mercato. Avevamo un operatore che disponeva di tutti i contratti, di tutte le utenze e di tutta la rete. Vi era quindi la necessità di iniziative asimmetriche che potessero favorire lo sviluppo della concorrenza e quindi misure sui costi, sui criteri di interconnessione, sulla riduzione del potere di mercato ecc

[22] Seminario tenuto il 14 giugno 2007 presso l'Università "La Sapienza" di Roma su "Amministrazione e Mercato", relatori Prof. On. Franco Bassanini, Prof. Marco D'Alberti , Prof. V. Cerulli Irelli, Pres. Antonio Catricalà.

territorio nazionale dalle varie Autorità degli Stati membri che a loro volta in qualche modo si collegano tra loro cercando di effettuare un'azione comune. Le funzioni di molte Autorità risentono dell'integrazione europea in misura molto maggiore che all'epoca della loro istituzione.

Se questi sinteticamente sono i caratteri della funzione di regolazione cerchiamo ora di contrapporli alla funzione di tutela della concorrenza che è la funzione tipica del cosiddetto diritto *antitrust*. La tutela *antitrust* è stata disciplinata in Italia dalla Legge 287/90, la quale, all'articolo 1, fa riferimento come criteri guida ai principi di diritto comunitario. Non è un caso, infatti che il diritto antitrust in Italia è, tra le varie partizioni dell'ordinamento, quello che più di altri si nutre del diritto comunitario. La concorrenza diviene un parametro al quale informare le attività economiche non solo in ossequio ad una tutela della libertà d'impresa ma in quanto funzionale ad una tutela più ampia del mercato e quindi rivolta anche ai singoli consumatori favorendo il contraddittorio ad armi pari in un regime di democrazia economica.[23] E diviene altresì un concetto esprimente non soltanto un bene da tutelare ma un valore anche da promuovere, in un'accezione non solo statica ma dinamica[24].

La legge in parola si compone di pochi articoli ma si arricchisce e si riempie di contenuto attraverso il riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea che si è formata nel corso del tempo, connotandola come un diritto strutturato, come diritto di *common law*, che non si nutre di leggi e di regole che vengono applicate dal giudice. Al contrario è un diritto che si compone soprattutto di una casistica che viene elaborata in regole attraverso il precedente giurisprudenziale: il *case law* in costante evoluzione, lo *stare decisis* carattere essenziale degli ordinamenti anglosassoni. La tutela della concorrenza comprende il divieto di concentrazioni che abbiano effetti anticoncorrenziali, le concentrazioni tra imprese debbono essere pertanto previamente autorizzate. L'autorizzazione di un'operazione di concentrazione può essere rilasciata anche attraverso l'imposizione di prescrizioni a livello nazionale o attraverso l'accettazione di impegni a livello comunitario. Vi sono poi delle fattispecie tipiche di illecito *antitrust* di carattere amministrativo: le intese o i cartelli vietati ed i comportamenti abusivi posti in essere da imprese che in un certo mercato rilevante assumono una posizione di dominanza[25] che, secondo costante giurisprudenza comunitaria e nazionale, "*consiste in una posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato in questione e ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto*

[23] F. MERUSI, op. cit.

[24] Corte Costituzionale Sentenza nr. 14 e 272 del 2004.

[25] Di regola una posizione di dominanza si ha quando il livello di fatturato dell'impresa eccede la soglia del 50 per cento dell'intero mercato rilevante

indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori. La dominanza si evince da una pluralità di elementi da accertare caso per caso"[26] Le conseguenze riconducibili a comportamenti illeciti antitrust sono la diffida e l'applicazione di una sanzione che può essere particolarmente elevata. Con l'art. 9 del Regolamento CE nr. 1/2003 è stato previsto che qualora la Commissione Europea intenda adottare una decisione volta a far cessare un'infrazione e le imprese interessate propongano degli impegni tali da rispondere alle preoccupazioni espresse loro dalla Commissione nella sua valutazione preliminare, la Commissione, mediante decisione, può rendere detti impegni obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento. Questo può tuttavia essere riaperto se si modifica la situazione di fatto rispetto a un elemento su cui si fonda la decisione, se le imprese interessate contravvengono agli impegni assunti, se la decisione si basa su informazioni trasmesse dalle parti che sono incomplete, inesatte o fuorvianti. L'adeguamento al nuovo regolamento comunitario sulla concorrenza è intervenuto nel nostro Paese con Decreto Legge 223/2006 (noto come I decreto Bersani) convertito nella legge 4 agosto 2006 nr. 248 che, innovando la normativa antitrust del 1990, ha integrato i poteri dell'AGCM introducendo tre nuovi strumenti di intervento: le misure cautelari, l'istituto degli impegni e i programmi di clemenza (*leniency progarammes*) che attualmente costituiscono la frontiera del diritto antitrust e suscettibili di sicuri sviluppi[27] non godendo ancora di una collocazione sistematica e dottrinaria, né di una verifica giurisprudenziale.[28]

La funzione antitrust che nell'ordinamento italiano è attribuita all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, diversamente dalla funzione di regolazione, non è circoscritta a un singolo mercato ma spazia in tutto il mercato, in tutti i settori.

---

[26] Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 marzo 2000, nr. 1348 e Consiglio di Stato, Sez. VI, 10 febbraio 2006, nr. 1271. Tale nozione, elaborata alla luce dell'art. 82 del trattato CE, al fine della generale disciplina antitrust, è utilizzabile anche per la individuazione delle imprese con un significativo potere di mercato nel settore delle telecomunicazioni.

[27] L'art. 14 *bis* prevede che nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno grave e irreparabile per la concorrenza, l'Autorità possa adottare d'ufficio misure cautelari per un determinato periodo di tempo e, qualora le imprese non vi adempiano, infliggere sanzioni amministrative pecuniarie fino al 3 per cento del fatturato.

L'art. 14 *ter* consente alle imprese di presentare, entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria "impegni idonei a eliminare i profili concorrenziali oggetto dell'istruttoria ." L'Autorità, valutatane l'idoneità, può rendere tali impegni obbligatori e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione. In caso di mancato rispetto degli impegni, l'Autorità potrà irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato.

Infine, in conformità all'ordinamento comunitario sui "programmi di clemenza ", l'Autorità potrà ridurre o non applicare la sanzione amministrativa pecuniaria prevista per le intese restrittive della concorrenza, valutando la qualificata collaborazione prestata nell'accertamento dell'infrazione. A tale ultimo proposito si confronti M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto An*titrust in www.giustizia-amministrativa.it , gennaio 2007.

[28] Il collegio è quindi chiamato a un'attività pretoria di costruzione degli istituti sulla base dei principi generali dell'ordinamento e degli orientamenti della Commissione europea.

L'unica eccezione che l'ordinamento italiano presentava era quella del mercato bancario dove fino al dicembre 2005 era prevista la competenza antitrust della Banca d'Italia. Con la riforma intervenuta con la cosiddetta Legge sul risparmio (Legge 262 del 2005), anche nel settore bancario le competenze *antitrust* sono state devolute al AGCM.

La formula più efficace per comprendere l'essenza della tutela antitrust e perché si distingue dalla funzione di regolazione è così sintetizzabile: se la funzione di regolazione è sempre *ex ante* la tutela antitrust è sempre *ex post*, ovvero l'intervento antitrust presuppone che ci sia un libero mercato già funzionante nel quale un operatore commette un illecito che va sanzionato, represso. Anche per l'Autorità antitrust vale peraltro il riferimento all'esistenza di un raccordo istituzionale tra Autorità indipendenti coordinate dalla Commissione Europea, il cosiddetto *European Competition Authorities* che è stato istituito e rimodellato con il Regolamento comunitario n. 1 del 2003.

La descritta distinzione appare sufficientemente chiara senonchè nei fatti, ed è uno dei fenomeni attuali, è molto frequente che si verifichi il problema della sovrapposizione delle funzioni *antitrust* e di regolazione ovvero l'incrocio di queste competenze con riferimento ad una medesima vicenda di vita. Ciò in quanto è indubbio che anche l'Autorità antitrust esercita funzioni regolatorie quando si occupa di concentrazioni. Allorché essa pone delle condizioni all'autorizzazione di una concentrazione, svolge *ipso facto* un'attività regolatoria. Si faccia riferimento ad uno dei casi più noti e più recenti, quello della creazione di un unico soggetto proprietario e gestore della rete elettrica del nostro Paese: l'incorporamento del gestore della rete elettrica e TERNA S.p.A. Offrire la gestione della rete elettrica a questo soggetto richiede che lo stesso assuma una veste neutrale, visto che tutti i vari operatori utilizzano la rete per vendere energia elettrica. La circostanza che il controllo di questa rete spetti a Cassa Depositi e Prestiti, che a sua volta risulta uno dei più significativi azionisti di ENEL percependone utili e dividendi, porta a potenziali rischi di comportamenti anticoncorrenziali, favorendo nell'ipotesi ENEL rispetto ad altri operatori che alla rete devono pure accedere. Il provvedimento conseguente dell'AGCM, sviluppato su 150 pagine, ha autorizzato la concentrazione a condizione che Cassa Depositi e Prestiti avesse venduto entro quattro anni il 10 per cento del capitale azionario di ENEL. Tale obbligo di vendita costituisce una misura regolatoria con la quale si tende a favorire che il mercato assuma un assetto concorrenziale per il futuro. Quindi l'Autorità *antitrust* esercita delle competenze regolatorie essa stessa. Competenze di tipo sostanzialmente regolatorie emergono anche in riferimento all'istituto degli impegni quando l'*antitrust*, come è recentemente accaduto nel primo caso di applicazione di questo istituto, ha stabilito di non comminare alcuna sanzione ad una importante società per azioni imputata di comportamento illecito nella gestione della cosiddetta borsa elettrica. Ciò in quanto la società nei confronti della quale si era aperta un'istruttoria ha deciso di rimettere

sul mercato un certo quantitativo di energia elettrica a beneficio anche dei suoi concorrenti. In questo caso l'Autorità ha chiuso il procedimento a causa dell'accoglimento di una proposta suscettiva di produrre benefici al mercato. La logica di intervento pertanto ha operato *ex ante*, in modo preordinato allo sviluppo futuro del mercato.

Anche direttive comunitarie hanno sovrapposto concetti *antitrust* e concetti regolatori (quel che è accaduto per esempio nel 2002 sul pacchetto delle comunicazioni elettroniche) che in alcuni casi vengono a incrociarsi tra loro.

La sovrapposizione delle due funzioni principali che contraddistinguono le Autorità indipendenti può inoltre far emergere questioni delicate qualora una certa vicenda venga all'attenzione sia di un autorità di regolazione che di tutela della concorrenza ponendo problemi circa la prevalenza dell'una o dell'altra[29].

Dopo aver analizzato questo aspetto certamente problematico e dopo averne sommariamente delineato i compiti e le caratteristiche istituzionali, giova ritornare su un aspetto di fondo molto dibattuto sulle Autorità indipendenti, la loro legittimazione costituzionale. Esse infatti non sono previste nella Costituzione e in tutti i progetti di riforma costituzionale succedutisi negli ultimi quindici anni, compare sempre una norma che ne riconosce il fondamento costituzionale risolvendo così la discussione. Tuttavia come è noto tutti i progetti sono finiti con un insuccesso. Eppure, come è evidente, i poteri delle Autorità sono molto importanti e rilevanti. Non solo, ma è proprio nel caso delle Autorità indipendenti, nell'azione da loro espletata, che riscontriamo quel fenomeno al quale gli studiosi di diritto amministrativo dedicano da decenni grande attenzione e che passa sotto il nome di "crisi del principio di legalità". Tale principio postula che l'Amministrazione possa compiere solo gli atti che le sono concessi dalla legge, soprattutto quando si tratta di atti che incidono in maniera lesiva nella sfera giuridica dei consociati. Il principio di legalità per una serie di ragioni entra in crisi in varie manifestazioni dell'azione amministrativa e questa crisi si sostanzia nel fatto che poi all'Amministrazione viene lasciato uno spazio molto ampio di azione. Le norme sono sempre meno puntuali

[29] In una recente vicenda nella quale l'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato aveva sanzionato con una multa poderosa Telecom S.p.A. per certi comportamenti ritenuti abusivi di posizione dominante era intervenuta anche preventivamente l'Autorità di regolazione che aveva sostanzialmente avallato quegli stessi comportamenti. Si profilava quindi una contrapposizione tra due decisioni incompatibili, una presa in una prospettiva ex ante l'altra valutata ex post. La questione doveva essere risolta in termini di prevalenza dell'una o dell'altra.

La tesi sostenuta dall'Autorità antitrust era quella che anche nei casi di sovrapposizione tra intervento regolatorio e intervento antitrust dovesse prevalere quest'ultimo in quanto, per definizione, l'intervento antitrust non si blocca mai. Tesi accolta dal Consiglio di Stato con un correttivo. Gli spazi anche in caso di sovrapposizione delle due funzioni rimangono autonomi, l'autonomia non porta al punto di consentire l'applicazione di sanzioni quando un comportamento è avallato da un Autorità di regolazione. Resta solo la diffida. Quindi l'antitrust può anche far prevalere un suo punto di vista rispetto all'atto regolatorio, ma non può sanzionare essendosi in presenza della buona fede.

nella definizione di quelli che sono i margini dell'azione amministrativa e sempre più generiche e ampie (si parla di norme che indicano solo fini, programmi di scopo). Spetterà poi alla autorità amministrativa riempirle di contenuti. Ebbene la crisi del principio di legalità trova oggi nell'azione delle Autorità indipendenti uno dei suoi esempi più evidenti di manifestazione. Se andiamo ad analizzare le norme della legge antitrust e quelle riguardanti le altre Autorità di regolazione troveremo delle discipline molto sintetiche e generiche. Ci accorgeremmo tuttavia che, in concreto, da questo impulso legislativo si sviluppa una attività delle Autorità estremamente ampia. Estremamente sintetica è la norma che descrive l'abuso di posizione dominante, estremamente ricco e complesso il provvedimento, magari di centinaia di pagine, dell'Autorità antitrust che individua in concreto un abuso di posizione dominante. Nondimeno i regolamenti della CONSOB, dell'AEEG, dell'AGCOM si sviluppano con una serie di norme, di prescrizioni e di vincoli sulla base di precetti legislativi molto generici. Tutto ciò induce a ritenere come i poteri esercitati dalle Autorità indipendenti siano molto ampi e significativi.

I costituzionalisti che hanno affrontato il problema del fondamento costituzionale delle Autorità indipendenti hanno mostrato preoccupazione in riferimento al potere regolamentare, guardando quindi più al fenomeno delle Autorità di regolazione. Ciò in quanto espressione di quel ramo della nostra cultura giuridica che insegna come il potere regolamentare costituisca un potere normativo e che norme da autorità amministrative non possono certo essere dettate senza una legge che lo consenta. Problema evidentemente comune agli amministrativisti quando si assume che a fronte di una esenzione da responsabilità politico istituzionale delle Autorità indipendenti vi sia tuttavia uno spazio molto ampio di poteri da esercitare.

Cionondimeno nessuno oggi affermerebbe che le Autorità indipendenti sono incostituzionali e che di conseguenza tutti i provvedimenti da esse emanati sono atti non soltanto illegittimi ma addirittura nulli. Questa sarebbe la paradossale conseguenza di una tesi che porti fino alle sue estreme conseguenze l'idea dell'inesistenza di un fondamento costituzionale di questi organismi.

Invero le Autorità si sono consolidate nell'esperienza concreta dell'ordinamento e assumono una legittimazione indiretta nella Costituzione quando si richiama nell'articolo 117 comma 1° la tutela della concorrenza. Hanno poi una legittimazione comunitaria derivante sia dalle stesse Direttive comunitarie che espressamente le evocano che dall'appartenenza ad una rete di relazioni sovranazionali nel quale la Commissione Europea mantiene una posizione funzionalmente sovraordinata alle autorità nazionali. Le Autorità indipendenti vivono nel diritto comunitario da cui traggono forza e fondamento della loro legittimazione istituzionale e costituzionale divenendo una sorta di enti autarchici

della Comunità Europea[30]. Esse trovano giustificazione nella natura degli interessi loro affidati, che corrispondono ai bisogni primari della collettività, meritevoli di particolari forme di protezione. La natura degli interessi tutelati costituisce quindi altra fonte di legittimazione di tali autorità nonché la ragione che ne giustifica la sottrazione alla tradizionale conformazione della pubblica amministrazione.
Ciò detto risulta oramai pacifica la loro qualificazione come autorità amministrative; le Autorità indipendenti sono amministrazioni, sebbene con caratteristiche del tutto speciali connotate da una serie di requisiti di regime che abbiamo provato brevemente a riepilogare. E il fatto che siano autorità amministrative è confermato nell'ordinamento della Repubblica Italiana soprattutto da due circostanze che rappresentano i cardini intorno ai quali queste figure hanno potuto comparire e svilupparsi nell'ordinamento. Questi due dati sono i garanti della neutralità ovvero gli unici due appigli che ci consentono di considerare le Autorità indipendenti così come sono state effettivamente pensate: il procedimento e il controllo giurisdizionale.
Le Autorità operano con un metodo procedimentale così come le amministrazioni anzi, per molti aspetti, ancor più che le Amministrazioni tradizionali, sviluppano le loro competenze, esercitano i loro poteri sempre con il metodo del procedimento. Il secondo carattere è rappresentato dal controllo giurisdizionale esercitato dal giudice amministrativo. L'uno e l'altro aspetto non soltanto conformano, connotano, danno un certo volto alle Autorità indipendenti nell'ordinamento della Repubblica ma ci confortano nella definizione ormai pacifica delle stesse come autorità amministrative.
Il modello procedimentale partecipativo[31] diventa proprio lo strumento attraverso il quale l'azione delle Autorità indipendenti può manifestarsi all'esterno, può in concreto espletarsi in coerenza con i suoi presupposti, ed è inteso non come semplice forma di razionalizzazione delle decisioni ma come strumento della partecipazione dei soggetti interessati, sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. Le autorità poste al di fuori della tradizionale tripartizione di poteri e in assenza di responsabilità nei confronti dell'esecutivo, trovano così una legittimazione dal basso proprio attraverso le garanzie del giusto procedimento e del controllo in sede giurisdizionale. La partecipazione degli interessati in un contraddittorio caratterizzato dalla "parità d'armi" fornisce anche una risposta alla crisi della legge: le Autorità indipendenti operano in settori nei quali si registra un' evoluzione tecnologica molto rapida tale da rendere molto difficile il compito per il

[30] F. MERUSI, op.cit. pag. 56.
[31] Per un contributo dottrinale in materia di contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti si cfr. R. CHIEPPA, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, Intervento tenuto in occasione del Convegno "Imparzialità e indipendenza delle authorities nelle recenti dinamiche istituzionali e amministrative, svoltosi a Roma il 14 dicembre 2005, in www.giustizia-amministrativa.it .

legislatore di produrre una disciplina che sia tempestiva, completa e immune da una rapida obsolescenza. "*Del resto, non è pensabile che l'attività di regulation venga svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati: nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sottoforma di garanzie del contraddittorio (la dottrina ha sottolineato che si instaura una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori)*[32]*".*

Le Autorità decidono quindi attraverso un procedimento aperto nel quale partecipano i destinatari della loro azione, solo dopo una consultazione preventiva svolta attraverso audizioni e meccanismi di "*notice and comment*" finalizzata a garantire la partecipazione democratica. Il procedimento amministrativo davanti alle Autorità presenta ulteriori caratteri di garanzia e maggior rigore procedimentale se si pensa che alla previsione di una fase di consultazione, dove l'interessato ha la facoltà di presentare osservazioni, si riconnette un obbligo per l'Autorità di indicare le finalità dell'intervento regolatorio e di motivare la decisione finale anche con riguardo alle osservazioni presentate, non assumendo queste una mera funzione collaborativa. L'Autorità pur non essendo tenuta ad una puntuale replica per ogni osservazione presentata, deve in ogni caso dar conto delle ragioni giustificative dell'atto di regolazione soprattutto in quei casi in cui vengono contestati gli stessi presupposti dell'azione[33]. Da ciò discende il principio secondo cui ai procedimenti regolatori condotti dalle Autorità indipendenti non si applicano le generali regole dell'azione amministrativa che escludono dall'obbligo di motivazione e dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi ed amministrativi generali[34].

E' per questo che il procedimento appare cardine, linfa vitale per l'azione dell'amministrazione indipendente, costituendo il momento nel quale si invera la legittimazione costituzionale delle Autorità. Queste intanto possono esercitare i loro poteri così penetranti in quanto diano prova della loro neutralità attraverso modelli procedimentali improntati ad una particolare severità e rigore.

[32] Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 11 aprile 2006, n. 2007.
[33] Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza 27 dicembre 2006, n. 7972.
[34] Artt. 3 e 13 legge n. 241 del 1990.

Il legislatore italiano con la Legge n. 229/2003[35] ha esteso alle Autorità indipendenti quell'obbligo di dotarsi di metodi di analisi di impatto della regolazione (AIR) che le prime leggi Bassanini avevano imposto per gli atti normativi del Governo orientati verso una "*better regulation*". L'AIR[36] consiste nel valutare i *pro* e i *contra* di una proposta di regolazione o di un intervento prima della sua adozione. La valutazione viene effettuata in maniera molto concreta quantificando i vantaggi e gli svantaggi attraverso le tecniche e gli strumenti dell'analisi economica. L'analisi di impatto della regolazione costituisce uno strumento utile per prevenire l'adozione di disposizioni inefficienti, gravose per i destinatari e talora dannose, annoverando sempre la cd. "opzione zero" che rappresenta l'alternativa di non intervento. L'AIR viene effettuata attraverso la consultazione che riceve uno spazio amplissimo non solo per la rilevazione delle esigenze ma anche per la scelta delle opzioni, tanto da offrire una soluzione normativa alla mancanza di partecipazione[37]. La consultazione è ritenuta talmente importante da indurre la Commissione Europea (documento Commissione n. 704/2002) ad imporsi questo metodo[38].

Il discorso si chiude con il secondo tassello rappresentato dal controllo del giudice operato attraverso il sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità Amministrative Indipendenti innanzi al giudice amministrativo in doppio grado di giurisdizione esclusiva (ferme restando le azioni di nullità e di risarcimento del danno esperibili in sede civile presso la corte di appello) che, come accennato è uno degli elementi che meglio contribuisce a definire la natura amministrativa delle Autorità. La tesi sostenuta al momento della loro istituzione che non concepiva un controllo giurisdizionale non ha retto e sia sul piano del pensiero giuridico, sia sul piano normativo si è affermato, invece, il principio opposto per il quale gli atti delle Autorità indipendenti sono sottoposti al controllo del giudice amministrativo. Le decisioni dei giudici hanno fortemente contribuito in questi anni a definire il ruolo delle autorità offrendo decisivi contributi circa il loro inquadramento nel sistema costituzionale e amministrativo.

La giurisprudenza si è cimentata sulla delicata questione di stabilire con quale grado di controllo il giudice amministrativo possa sindacare gli atti dell'Autorità elaborando un modello di sindacato cd. debole o forte. Le valutazioni tecniche in

---

[35] Recante "interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione – Legge di semplificazione 2001.

[36] Con D.C.P.C.M 11 settembre 2008 n.170 si è cercato di dare attuazione alla L. 28 novembre 2005 n. 246 con cui si è ceracto di imporre l'uso dell'AIR in modo generalizzato per tutti gli atti normativi predisposti dal governo. Il regolamento mira a rafforzare l'attività di coordinamento e monitoraggio affidata al Dipartimento affari giuridici e legislativi; specifica inoltre i casi di esclusione ed esenzione dell'AIR ed introduce interessanti novità in tema di struttura delle analisi e di valutazione della concorrenza.

[37] N. RANGONE, lezione citata.

[38] All'indirizzo web ECEUROPEANCOMMISSION.EUROPA.EU your voice, si trovano tutti i progetti della Commissione con i relativi *notice and comment*.

senso stretto, in genere frutto dell'applicazione di scienze esatte, vanno distinte dalle valutazioni complesse risultanti dall'applicazione di concetti giuridici indeterminati che richiedono nel caso concreto l'applicazione di regole derivanti da scienze cd. inesatte, quali sono quelle derivanti dalle scienze economiche. Tale carattere (controllo debole) rivestono le valutazioni per individuare il mercato rilevante, la dominanza, l'intesa restrittiva della concorrenza, sottoposte ad un controllo estrinseco della ragionevolezza e congruità della ricostruzione operata dall'Autorità. Il giudice amministrativo si limita a "*verificare se il provvedimento impugnato appaia logico, congruo […] e non può anche sostituire proprie valutazioni di merito a quelle effettuate dall'Autorità ed a questa riservate*"[39]. Viceversa quando si tratta di controllo cd. forte, che si basa cioè sull'applicazione di regole poste da scienze esatte, per lo più relative a determinazioni quantitative, il giudice amministrativo può direttamente sostituire la propria valutazione a quella adottata dall'amministrazione[40].

Il test di controllo è il medesimo test di ragionevolezza e proporzionalità che viene esercitato dalla Corte di Giustizia nei riguardi degli atti della Commissione.

In prospettiva futura il prossimo capitolo della questione del controllo del giudice sugli atti delle Autorità si appresta a divenire il seguente: come deve essere effettuato e dosato il controllo del giudice e sugli atti di regolazione da un lato e sugli atti di tutela della concorrenza dall'altro. Mentre infatti il Consiglio di Stato sembrava accomunare il fenomeno delle Autorità indipendenti ora comincia ad elaborare delle tecniche e degli strumenti diversi a seconda si tratti di atti di regolazione o di atti a tutela della concorrenza[41].

3. I tentativi di riforma.

La locuzione Autorità amministrative indipendenti è apparsa per la prima volta all'art. 23 bis, comma 1, lett. d della legge 6 dicembre 1971 n. 1034 (nel testo introdotto dall'art. 4 Legge 21 luglio 2000 n. 205) e riprodotta in successive disposizioni[42], che mai tuttavia ne hanno spiegato le caratteristiche o i connotati minimi essenziali e, soprattutto, quali effettivamente fossero. Ciononostante, già da almeno un decennio prima, notevoli sono stati gli sforzi della dottrina per ricondurre ad un minimo comun denominatore e a indici uniformi le caratteristiche di quegli

[39] Consiglio di Stato sezione VI, sentenze nr. 2199 e 5156 del 2002.

[40] Con riferimento alle sanzioni pecuniarie irrogate dall' AGCM in conseguenza dell'accertamento di violazioni di regole della concorrenza è stato ritenuto che il giudice amministrativo possa esercitare un potere riduttivo della sanzione inflitta analogamente a quello riconosciuto al giudice ordinario dalla legge 689/1981.

[41] F. Cintioli, lezione cit.

[42] Art. 4, comma 1, lett. f del D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165; artt. 154 e 156 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196; l'art. 12, comma 1, legge 29 luglio 2003, n. 229; l'art. 6, comma 5, della legge 20 luglio 2004, n. 215; l'art. 6, comma 6, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163.

organismi che, pur con rilevanti aspetti di disomogeneità, presentavano natura e connotati riconducibili al modello. Tentativi resi ancor più ardui dai dati legislativi disponibili, formatisi nell'arco di circa trenta anni, che offrono un panorama variegato caratterizzato da diversi modelli di *governance* e quanto a denominazione, struttura e funzioni.

Era già da tempo avvertita l'esigenza di trovare un momento di sintesi, attraverso un adeguato intervento normativo, di quegli apparati autonomi dalla politica classificati Autorità indipendenti, che avevano vissuto nella realtà istituzionale alterne fortune tra euforia e segni di declino e che non hanno avuto modo di assestarsi sul terreno costituzionale.

Come abbiamo accennato il modello Autorità Indipendenti si è sviluppato in Italia essenzialmente nel corso degli anni '90 con una diffusione rapida e concentrata del fenomeno in assenza di una cornice costituzionale di riferimento che ha dato luogo a non pochi inconvenienti, ampliamente analizzati e denunciati sia in sede politica che dottrinale. Gli approcci di risoluzione di tali inconvenienti si sono sviluppati già nel corso della XIII legislatura sia sul piano della ricerca di una previsione di una legge quadro che offrisse criteri guida e principi omogenei in ordine alla struttura e alle funzioni delle varie Autorità sia con tentativi di innesto costituzionale.

In quella legislatura, il tema della legge quadro veniva affrontato nell'ambito di un indagine conoscitiva effettuata dalla Commissione Affari Costituzionali della Camera, mentre un primo tentativo di innesto costituzionale delle Autorità veniva compiuto nel 1997 nella Commissione bicamerale per le riforme costituzionali attraverso la formulazione di una norma[43] che assegnava ad esse il compito di esercitare "funzioni di garanzia e vigilanza in materia di diritti e libertà garantiti dalla Costituzione". Si succedevano poi nel corso della XIV legislatura vari progetti di legge quadro sia di iniziativa parlamentare che governativa che non hanno prodotto seguiti. A livello costituzionale una disciplina specifica per la Autorità Indipendenti veniva introdotta con la riforma della seconda parte della Costituzione approvata dalle Camere nel 2005 ma che non ha superato il vaglio del corpo elettorale in sede di referendum confermativo. Tale riforma introduceva una nuova competenza del Presidente della Repubblica nelle nomine dei presidenti delle Autorità, ricalcando la formula già adottata nella precedente legislatura dal progetto di riforma della Commissione D'Alema.

L'ultimo di una serie di progetti che hanno affrontato il tema della riforma delle Autorità indipendenti, divenute ormai una componente necessaria, seppur a volte dai tratti non ancora compiutamente definiti, dei sistemi istituzionali moderni è stato come noto il disegno di legge governativo recante "*Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di funzionamento delle Autorità Indipendenti*

[43] Art. 109 del progetto.

presposti ai medesimi" presentato nel corso della XV legislatura. Quasi contestualmente alla sua presentazione, il Presidente del Senato ha autorizzato lo svolgimento di un'indagine conoscitiva in capo alla I Commissione permanente (affari costituzionali, affari della Presidenza del Consiglio e dell'Interno, ordinamento generale dello Stato e della pubblica amministrazione) per essere suffragata, nell'esaminare il testo del disegno di legge in sede referente, dall'autorevole parere di chi opera nel settore e a tal proposito sono stati sentiti la maggior parte dei Presidenti di Autorità esistenti nel nostro Paese.

Il legislatore, in verità, già con la legge 28 dicembre 2005 n. 262 approvata nella precedente legislatura, aveva compiuto qualche significativo passo nella costruzione di regole comuni riguardante, tuttavia, le sole autorità di vigilanza quali la Banca d'Italia, la CONSOB, l'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private (ISVAP) e la Commissione di vigilanza sui Fondi Pensione (COVIP), e non anche quelle di regolazione e di garanzia. La legge, oltre a ridisegnare le funzioni della Banca d'Italia, la quale essendo assoggettata a tale speciale regime sembra destinata a rimanere un'Autorità Indipendente diversa dalle altre[44], disciplina i procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali[45] nonché i procedimenti per l'adozione di provvedimenti individuali, nei quali vengono richiamati alcuni principi posti dalla Legge 7 agosto 1990, n. 241. Vengono previste, inoltre, forme di coordinamento e di collaborazione tra le autorità di vigilanza e tra queste e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, enunciandosi principi riguardanti i procedimenti di controllo a carattere contenzioso e quelli a carattere sanzionatorio, stabilendo l'ulteriore principio dell'obbligo di motivazione per tutti gli atti delle Autorità.

La proposta normativa in esame ha compiuto un tentativo di razionalizzazione nella direzione di una disciplina unitaria delle Autorità indipendenti riordinandone le funzioni e prevedendo regole comuni di organizzazione e di azione, sebbene con alcune eccezioni e deroghe anche di carattere transitorio. Restavano esclusi dal progetto di riforma il Garante per la protezione dei dati personali e la Commissione di garanzia per l'attuazione del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali che "*richiedono una riflessione più ampia anche di carattere costituzionale su cui il Governo è impegnato in altra sede, nel quadro di una revisione generale degli ordinamenti delle Autorità*"[46].

L'incipit della riforma conteneva norme di carattere generale rivolte alle "Autorità indipendenti di regolazione, vigilanza e garanzia dei mercati" con un dettagliato

[44] La nomina del Governatore è attribuita all'Esecutivo previo parere del Consiglio Superiore della Banca d'Italia e prevede un mandato della durata di sei anni, rinnovabile una sola volta; inoltre per espressa disposizione contenuta nel ddl non si applicano alla Banca d'Italia le disposizioni dell'art.16 in materia di composizione del collegio né quelle dell'art. 17 in materia di organizzazione interna.

[45] Disposizioni riprese dal disegno di legge in trattazione.

[46] Relazione introduttiva al disegno di legge. Silenzio invece sull'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, non menzionata nel ddl.

elenco di competenze[47] che costituiva la premessa di razionalizzazione e di semplificazione del quadro normativo esistente ripresa nei successivi capi, facendo salve in quanto compatibili, le discipline relative alle singole Autorità.[48]

Preliminarmente si osserva come il testo normativo abbia tentato di categorizzare le varie Autorità distinguendole a seconda della missione loro affidata rispettivamente di regolazione (AGCom, AEEG e Autorità per i Trasporti) definite anche Autorità dei servizi di pubblica utilità, di vigilanza sui mercati finanziari (Banca d'Italia e CONSOB) e di garanzia dei mercati (AGCM), disciplinandone in modo unitario la composizione, la nomina, la durata in carica, la revoca, le incompatibilità, l'organizzazione interna, il finanziamento e la gestione delle spese, i procedimenti e gli atti, la tutela giurisdizionale e i rapporti con gli organi politici. In secondo luogo vengono ridistribuite alcune competenze attraverso l'istituzione di nuovi organismi e l'abolizione di altri con conseguenti accorpamenti di funzioni. Il disegno di legge proponeva la soppressione dell'ISVAP e della COVIP (rinviando ad un successivo Decreto Legislativo) le cui funzioni sarebbero dovute essere ridistribuite tra la Banca d'Italia e la CONSOB in base ad un principio di ripartizione per finalità[49], nonché del Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR) sostituito da un nuovo organismo, il "Comitato per la stabilità finanziaria". Contestualmente, all'Autorità Garante delle Comunicazioni, venivano devolute le funzioni di Autorità nazionale di regolamentazione postale[50] e all'Autorità dell'Energia Elettrica e Gas le funzioni svolte in materia di servizi idrici dal CIPE e dal Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche.

Il nuovo assetto organizzativo tracciato ribadiva il valore della collegialità delle Autorità fissando in cinque il numero dei componenti (Presidente e quattro membri) e stabilendo in sette anni la durata del mandato (non rinnovabile), operando un'unificazione rispetto alle disposizioni vigenti che recavano composizione e durata di varia misura.

La procedura di nomina dei membri, questione ritenuta cruciale in quanto caratterizzante la connotazione di indipendenza ed autonomia degli organismi, veniva basata su un meccanismo articolato di codecisione tra Governo e Parlamento che si sarebbe dovuta perfezionare con un atto formalmente presidenziale (Decreto del Presidente della Repubblica) e sostanzialmente governativo. Era infatti richiesta

[47] Promozione della concorrenza e dei diritti dei consumatori e degli utenti; di protezione di diritti e interessi di carattere fondamentale stabiliti dalla Costituzione e dai Trattati europei; di promozione della trasparenza dei mercati e di vigilanza prudenziale; di regolazione dei mercati nei casi in cui la concorrenza non sia sufficiente.

[48] Art. 1, comma 1 ultimo alinea.

[49] Il Disegno di legge prevedeva una netta separazione tra la responsabilità e i compiti della CONSOB, che persegue finalità di trasparenza e correttezza e quelli della Banca d'Italia che, come noto, persegue finalità di stabilità e contenimento del rischio dei mercati finanziari.

[50] Prevista dal D.lgs. n. 261 del 1999.

la previa deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta del Presidente del Consiglio, cui si giungeva al termine di un procedimento alquanto complesso che passava dalla pubblica presentazione di candidature sollecitate con la pubblicazione di apposito bando (predisposto dalla Presidenza del Consiglio) sulla Gazzetta Ufficiale, alla designazione del Consiglio dei Ministri su proposta dei ministri competenti per materia, sottoposta al parere vincolante espresso a maggioranza dei due terzi dei componenti di un'istituenda Commissione parlamentare bicamerale "previa pubblicazione del curriculum vitae e audizione delle persone designate".

Lo schema legislativo istituiva infatti la Commissione parlamentare bicamerale per le politiche della concorrenza e i rapporti con le Autorità indipendenti di regolazione, vigilanza e garanzia dei mercati[51] che si collocava, nel disegno tracciato dal legislatore, come compartecipe del processo di nomina e revoca delle Autorità assicurando la partecipazione delle minoranze (atteso il quorum richiesto), nonché quale autorevole sede permanente di dialogo e confronto, aperto anche nei riguardi dell'opinione pubblica, divenendo l'istituzione parlamentare idonea ad essere destinataria dell'attività cd. di *advocacy* [52]. Inoltre, quasi a circoscrivere l'ambito di influenza e di pericolo di interferenza politica nell'esercizio dei poteri di carattere soprattutto tecnico delle Autorità, la norma precisa come la Commissione non si occupi di singoli casi sottoposti all'esame dell'Autorità né esprima giudizi tecnici sulle singole questioni, di talchè l'indipendenza ne risulterebbe ulteriormente tutelata. Giova segnalare che nella proposta governativa i rapporti delle Autorità con il Parlamento non si limitano a quelli con l'indicata Commissione bicamerale, bensì spaziano *ratione materiae* con tutte le Commissioni permanenti dei due rami del Parlamento. L'intenzione del legislatore appariva quindi quella di individuare nella Commissione bicamerale un interlocutore stabile che possa fornire utili contributi ala dialettica istituzionale.

Dopo aver indicato le ovvie caratteristiche delle personalità chiamate a far parte del collegio, scelte tra soggetti di indiscussa moralità ed indipendenza e di comprovata professionalità, venivano stabilite forme di incompatibilità relative a chi, nell'anno precedente alla nomina, abbia rivestito cariche elettive o ricoperto nelle imprese

[51] La Commissione doveva essere dotata dei seguenti compiti: esprime il parere vincolante sulle nomine, esamina la relazione annuale presentata da ciascuna Autorità, si esprime sui pareri e sulle segnalazioni formulate dalle Autorità e sulle iniziative legislative e regolamentari di rilevanza strategica sull'assetto concorrenziale dei mercati e sulla tutela dei consumatori e degli utenti.

[52] Termine che caratterizza (unitamente a "*enforcement*") le funzioni tipiche dell'antitrust che, in questo caso, individua la funzione consultiva svolta con le istituzioni in genere e con il Parlamento in particolare attraverso segnalazioni, proposte e audizioni. Si segnala al riguardo che le leggi "Bersani" hanno recepito in gran parte le indicazioni fornite dall'antitrust in questa sede.

vigilate funzioni idonee a provocare conflitto di interessi con l'attività dell'Autorità indipendente, oltre a chi abbia fatto già parte di altra Autorità[53].

Nella descritta proposta prevalente appare la posizione del Governo che, seppur temperata dall'intervento non trascurabile del Parlamento, segna il superamento di un modello incentrato sull'esclusiva legittimazione parlamentare a fornire una garanzia di indipendenza alle Autorità, riportando l'atto di nomina all'interno della responsabilità dell'esecutivo. E ciò sarebbe la inevitabile conseguenza dei rilevanti poteri in capo alle Autorità che necessitano di una legittimazione piena, assicurata solo dal concorso dei due principali organi politici[54].

Invero il procedimento, nelle sue linee generali, non risulta del tutto nuovo nel panorama delle Autorità indipendenti cd. di regolazione ad oggi vigente[55], e pertanto risulta veramente innovativo solamente per l'antitrust che, come indicato, prevede attualmente la nomina congiunta da parte dei Presidenti delle Camere. La norma fu originariamente introdotta con l'intenzione di rafforzare l'indipendenza dell'Autorità dal Governo attraverso la garanzia di equilibrio *super partes* che offrivano i Presidenti dei due rami del Parlamento espressioni, fino al 1994[56], sia della maggioranza che dell'opposizione. Opportunamente, tuttavia, per l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato era previsto un regime transitorio che differiva le nuove modalità di nomina e di revoca ad un momento futuro e incerto ovvero quando l'Autorità avrebbe perso le funzioni relative all'applicazione delle regole sul conflitto di interessi dei titolari di organi di governo.

Altre e importanti deroghe erano previste nel disegno di legge in esame nei confronti dell'Antitrust. Ci si riferisce alla disciplina relativa agli atti generali ed ai regolamenti di competenza delle Autorità (accomunati a prescindere dalla forma e dalla sostanza normativa) che, assimilando le rilevanti novità inserite dalla citata legge n. 262 del 2005, introduceva procedure obbligatorie di consultazione pubblica dei soggetti interessati sulle versioni preliminari dell'atto da adottare, l'adeguamento periodico del contenuto degli atti di regolazione in relazione alle mutate esigenze del mercato di riferimento, la necessità di rispettare il principio di proporzionalità.

---

[53] Tale passaggio espresso al comma 4 dell'art. 16 non appare sufficiente chiaro in quanto la formulazione della norma non esprime se il divieto sia assoluto ovvero duri solo per l'anno precedente. A mio modesto avviso l'interpretazione sistematica della norma indurrebbe a ravvisare un divieto di carattere assoluto atteso che la nomina prevede una durata della carica di sette anni che non può essere confermata.

[54] Così M. MANETTI, *Un passo avanti verso la riforma delle autorità indipendenti* in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

[55] Si veda Legge n. 481 del 1985 per le Autorità dei servizi di pubblica utilità.

[56] Fino a che la prassi parlamentare non è stata superata e i Presidenti dei due rami del Parlamento sono stati fino ad oggi espressione della sola maggioranza parlamentare.

Rilevante appariva inoltre la previsione secondo cui i regolamenti e gli atti a contenuto generale delle Autorità (con l'eccezione di quelli attinenti all'organizzazione interna) devono essere motivati "con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore o della materia su cui vertono"[57]. Risulta evidente, a tale ultimo proposito, la deroga rispetto all'art. 3 co. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, in forza del quale "la motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale", accogliendo consolidata giurisprudenza amministrativa che già da tempo sosteneva la tesi della non applicabilità ai procedimenti regolatori condotti dalle Autorità indipendenti, delle generali regole dell'azione amministrativa che escludono dall'obbligo di motivazione l'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi ed amministrativi generali.[58]

Tali procedure di adozione degli atti sostanzialmente o formalmente normativi avrebbero costituito nel complesso una significativa innovazione che trova riscontro nella relazione o analisi di impatto della regolamentazione (come già precedentemente affermato) e nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, preoccupata di compensare il deficit di legalità sostanziale con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio.[59] Va tuttavia sottolineato che dall'applicazione della disciplina indicata veniva espressamente esclusa l' AGCM, verosimilmente perché essa non risulta titolare di poteri normativi, anche se non manca chi abbia fatto notare[60] come la legge n. 248 del 2006, integrativa dei poteri dell'Antitrust, abbia attribuito all'Autorità il potere di adottare un "provvedimento generale" diretto ad individuare i casi nei quali la sanzione pecuniaria può non essere applicata o ridotta, all'impresa che abbia qualificatamente collaborato all'accertamento di infrazioni alla concorrenza.[61]

Con riferimento alla struttura organizzativa giova evidenziare come il disegno di legge in esame, dopo aver ribadito l'autonomia organizzativa, contabile e amministrativa delle Autorità, stabiliva la separazione tra funzioni istruttorie degli uffici e funzioni decisorie del Collegio, nell'esercizio dei compiti di controllo a

[57] Art. 18 commi dal 2 al 5, del progetto di riforma.

[58] Consiglio di Stato, sez.VI, sent. n. 2007 del 2006 cit.

[59] Consiglio di Stato, Sezione VI, sent. 7972 del 2006 cit.

[60] M. MANETTI, *Un passo avanti*, cit., pag.8.

[61] Ci si riferisce al già richiamato nuovo istituto dei "programmi di clemenza" che introduce disposizioni di carattere premiale nei confronti di comportamenti che vanno dalla dissociazione alla qualificata collaborazione. Al riguardo l'Autorità Garante della concorrenza ha deliberato lo scorso 15 febbraio 2007 una "Comunicazione" pubblicata all'indirizzo web www.agcm.it/clemenza.htm.

carattere contenzioso e sanzionatorio, inaugurando la cosiddetta terzietà del Collegio rispetto all'istruttoria[62].

4. *Conclusioni*.

Il "comparto" delle Autorità indipendenti, come si è potuto rilevare, non è un insieme omogeneo. Diverse sono state le leggi istitutive, approvate anche in tempi lontani tra loro. Ogni progetto di riforma, come abbiamo visto, ha cercato di offrire una valida risposta alle esigenze di razionalizzazione e di qualificazione di questi organismi rispetto all'evoluzione degli scenari economici ed istituzionali anche sovranazionali completando, in questa prospettiva, il quadro normativo di regolazione con l'obiettivo di rafforzare le Autorità che possono qualificarsi come indipendenti riconducendo ad un disegno unitario le loro caratteristiche essenziali. Assicurare l'autonomia e l'indipendenza delle Autorità costituisce l'obiettivo principe con cui ogni tentativo di riforma è costretto a fare i conti e, nell'ambito di tale impegno, primaria importanza assume la procedura di nomina dei membri chiamati a farne parte. Nel panorama delle Autorità, pertanto, dovrebbe ritagliarsi una specificità dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato distinguibile dalle Autorità di regolazione per la necessaria permanenza delle funzioni ad esso attribuite e per le implicazioni di carattere sovranazionale dettate dalla sua appartenenza ad una rete europea, introducendo gli opportuni correttivi al meccanismo di nomina dei suoi membri.

Abbiamo avuto modo di vedere come le Autorità indipendenti siano in qualche modo congenite all'ordinamento comunitario, da cui traggono forza e fondamento anche attraverso un'opera di costante cooperazione e coordinamento. Ogni riflessione in ambito nazionale circa possibili revisioni del sistema e dei meccanismi di funzionamento delle Autorità indipendenti, non può prescindere dalla dimensione europea nella quale tali istituzioni sono chiamate ad operare e dagli impegni di cooperazione e coordinamento che le Autorità assolvono, ai fini degli obiettivi politici e legislativi di rango comunitario.[63]

Altro argomento riguarda il raccordo della riforma delle Autorità indipendenti con il percorso parlamentare del riordino dei servizi pubblici locali. Come è noto la trasformazione avvenuta negli ultimi quindici anni dell'intervento pubblico nell'economia è stato epocale. Malgrado ciò a livello locale la privatizzazione non è avvenuta. Il percorso della privatizzazione dei servizi pubblici locali dopo aver

---

[62] Si confronti T. PADOA SCHIOPPA, intervento all'Università di Milano sul convegno "La riforma delle Autorità indipendenti" tenutosi il19 febbraio 2007 citato, in cui egli preferisce differenziare il binomio istruttoria- giudizio con analisi- decisione.

[63] E. CHELI, *L'innesto costituzionale delle Autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, atti del convegno organizzato da Nexus, Roma, 27 febbraio 2006. Il relatore sostiene che "la presenza di autorità indipendenti dai Governi e dalle forze del mercato (indipendenti in quanto investite di funzioni neutrali), rappresenta ormai un dato necessario e irreversibile.

imboccato una giusta via, è stato abbandonato. Permane a livello locale una forte presenza del pubblico nell'economia. Un potere pubblico che non garantisce abbastanza i criteri di efficienza e di controllo e composto, in larga misura, dalle dirigenze locali dei partiti, notoriamente meno qualificate di quelle nazionali.

Il fenomeno che vede gli enti territoriali partecipare direttamente al mercato mediante imprese controllate è a tutti noto. Ciò dovrebbe spingere ad una serena riflessione sul ruolo che i pubblici poteri devono assumere in un'economia ispirata a principi di libero mercato, in particolare, quando un'amministrazione locale agisce nella veste di regolatore e regolato. Leggi e regolamenti locali risultano infatti troppo spesso ingiustificatamente invasivi con palesi vantaggi a favore delle imprese pubbliche.

Va comunque segnalato come le Autorità indipendenti, nell'esperienza del loro funzionamento, nella maggior parte dei casi, abbiano dato finora prova di buona amministrazione, sapientemente erogata e di alto livello. Ciò fa ben sperare per il futuro di un'amministrazione dell'economia più efficiente e moderna.

Ciò posto si rimane ancora in attesa di una legge quadro di riordino delle autorità indipendenti, puntualmente proclamata in ogni legislatura e ora tanto più urgente considerando la grave crisi che ha investito i mercati finanziari internazionali e che sta determinando effetti nell'economia reale.

Riferimenti bibliografici

A. LA SPINA, *Le Autorità Indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2008.
A.VALASTRO, *Le Autorità Indipendenti in cerca di interlocutore*, Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2008.
M. CUNIBERTI, *Autorità Indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, Giuffrè 2007.
S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Bari, Laterza, 2003 cap. 1.
P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro Italiano*, 2002.
M. D'ALBERTI, voce "Concorrenza", in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. CASSESE, vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, pag. 1140.
N. RANGONE, voce « Regolazione » in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. CASSESE, vol. V, Milano Giuffrè, 2006, pag. 5057.
M. DE BENEDETTO, voce "Autorità indipendenti", in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. CASSESE, vol. I, Milano, Giuffrè, 2006, pag. 588.
M. CLARICH, *Autorità indipendenti – Bilancio e prospettive di un modello* - , Bologna, Il Mulino, 2005.
F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bisogna, Il Mulino, 2000.
L. CASSETTI, *Il governo e la regolazione del mercato alla ricerca di nuovi equilibri*, in www.federalismi.it, n. 14, 2007.
M. MANETTI, *Un passo avanti verso la riforma delle Autorità Indipendenti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2007.
M. CLARICH, *Le Autorità Indipendenti, dopo l'ascesa il declino?*, in *Osservatorio Italiano*, Il Mulino, 2005.
S. CASSESE, *L'attuale situazione delle Autorità Indipendenti*, Relazione al convegno organizzato dalla AGCOM su funzionamento e organizzazione delle authorities, Forum, Roma, 10 maggio 2004.
R. CHIEPPA, *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità Indipendenti*, intervento tenuto al convegno Imparzialità e indipendenza della Authorities nelle recenti dinamiche istituzionali e amministrative, Roma presso Consiglio di Stato 14 dicembre 2005.
M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, Relazione su "i programmi di clemenza", svolta alla Giornata di Studio su "Promozione e tutela della concorrenza: le novità del "pacchetto Bersani" organizzata dalla Facoltà di Economia – Università di Roma "Tor Vergata" e dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Roma 30 ottobre 2006.
T. PADOA-SCHIOPPA, *La riforma della Autorità Indipendenti*, Ministro dell'Economia e delle Finanze, intervento all'Università degli Studi di Milano, 19 febbraio 2007.

A366 – Provvedimento Autorità Garante della concorrenza e del mercato n. 16250 del 20/12/2006.