

Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive

Relazione di base:

Marcello Clarich
Guido Corso
Vincenzo Zeno-Zencovich

Nexus

COMITATO DI PRESIDENZA

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH (PRESIDENTE)

SEBASTIANO BAGNARA

FRANCO DEBENEDETTI

VINCENZO FRANCESCHELLI

ENRICO MANCA

ANGELO MARIA PETRONI

GIUSEPPE SANGIORGI

TESORIERE

PIERO POCCHI

COORDINAMENTO TECNICO-SCIENTIFICO

SARA TOMASSINI

COMITATO SCIENTIFICO

ANDREA AMBROGETTI

ALESSANDRO BOTTO

GIANDONATO CAGGIANO

ANDREA CAMANZI

FRANCESCO CARDARELLI

SIMONA COLARIZI

GAETANO COSCIA

MAURIZIO DECINA

FRANCESCO DENOZZA

CLAUDIO DE ROSE

STEFANO GORELLI

ANTONGIULIO LOMBARDI

MAURO MARÈ

PAOLO EMILIO SIGNORINI

FRANCO SIRCANA

ADRIANO SOI

VINCENZO VISCO COMANDINI

ALBERTO ZULIANI

Nexus è un'Associazione di cultura politica costituita ad opera di studiosi di varia e diversa ispirazione politica e culturale. Ne fanno parte esponenti del mondo accademico, dell'impresa e delle professioni oltre a rappresentanti dell'alta amministrazione dello Stato.

L'obiettivo dell'Associazione - semplice nella enunciazione ma complesso nella attuazione - è quello di creare un luogo di ricerca e dibattito su quello che ci pare essere uno dei principali problemi - se non il problema - del nostro Paese: come accrescere l'efficacia competitiva dell'Italia in un contesto di rapidissima e globale trasformazione economica, sociale e geo-politica. I prismi attraverso i quali intendiamo osservare e studiare tale problema sono quelli, ormai classici, della ricerca, dell'innovazione, della formazione nei campi della scienza, dell'economia, delle istituzioni. Se questi temi possono apparire oggetto di diffusa attenzione, *Nexus* intende affrontarli con particolare rigore metodologico, nella convinzione che l'Italia riuscirà a superare l'attuale difficile congiuntura solo se le sue classi dirigenti sapranno individuare percorsi di riflessione, proposta e decisione condivisi, nei quali la inevitabile differenza di opinioni non può diventare pretesto per anatemi e reciproca delegittimazione.

Al tempo stesso l'azione di *Nexus* non vuole chiudersi all'interno di pur importanti settori, bensì vuole favorire quell'essenziale inter-disciplinarietà che consente di inquadrare i fenomeni ed individuare le soluzioni più efficienti. Di qui l'esigenza di coinvolgere non solo esponenti dell'economia, del diritto, della società, ma anche coloro che nelle istituzioni reggono il maggiore onere nell'indispensabile processo di modernizzazione dello Stato.

Con il valido supporto del Comitato scientifico l'Associazione ha avviato la sua attività con un convegno sul difficile tema debito pubblico (ottobre 2005) presentando al dibattito pubblico una stimolante e, per certi versi, provocatoria, proposta di Giuseppe Guarino. Quell'incontro, aperto da un bene augurante e non formale messaggio di saluto del Capo dello Stato, con le diverse opinioni che ivi si sono confrontate continua a produrre frutti essendo la questione del debito pubblico non più rinviabile nelle decisioni da assumere.

Per il prossimo futuro *Nexus* intende cimentarsi in un impegnativo programma di iniziative, fra cui spiccano i temi della concorrenza fiscale a livello europeo, della scomposizione e ricomposizione delle famiglie politiche europee, degli orizzonti e dei confini del principio della libertà di concorrenza. Ma il tema di questo incontro è quello, altrettanto importante, della c.d. Autorità amministrative indipendenti.

La riforma costituzionale di recente approvata ripropone - quale che sia l'esito referendario - la necessità dell'inquadramento istituzionale delle autorità amministrative indipendenti e di tutte le questioni conseguenti quali i collegamenti comunitari, il numero ed i settori nei quali operano, le loro competenze, la loro responsabilità, il controllo giudiziale sui loro atti, il finanziamento, le procedure di nomina di presidenti e membri.

La prossima legislatura erediterà tutti questi problemi e porrà le forze politiche di fronte a scelte che non paiono più rinviabili.

Il convegno di *Nexus* si propone di offrire un contributo chiarificatore sulle varie opzioni e verificare su quali punti si può dare per acquisito un generale consenso, e su quali altri le divergenze sono ancora sostanziali.

Ci auguriamo che questo incontro possa mettere in moto un virtuoso meccanismo di riflessione, discussione ed azione in sedi diverse, ed attivando proprio quelle diffuse intelligenze presenti in tutte le classi dirigenti del Paese.

Al tempo stesso il convegno vuole ribadire il metodo, aperto al nuovo ma al tempo stesso equilibrato, che *Nexus* nella sua azione intende seguire.

Il Comitato di Presidenza

MARCELLO CLARICH – GUIDO CORSO – VINCENZO ZENO-ZENCOVICH
Le autorità indipendenti: un catalogo delle questioni aperte

SOMMARIO

1. IL QUADRO COSTITUZIONALE
2. I PROBLEMI COMUNITARI
3. I SETTORI ED IL NUMERO DELLE AUTORITÀ
4. POTERI E COMPETENZE
5. LE GARANZIE
6. IL FINANZIAMENTO
7. LA NOMINA

MARCELLO CLARICH – GUIDO CORSO – VINCENZO ZENO-ZENCOVICH
Le autorità indipendenti: un catalogo delle questioni aperte

1. IL QUADRO COSTITUZIONALE

La Costituzione italiana prefigura un'amministrazione imparziale, ma non una amministrazione indipendente. L'amministrazione deve essere organizzata e deve agire in modo da assicurare l'imparzialità, ossia una considerazione equanime degli interessi in gioco (art. 97 Cost.); ma nello stesso tempo è legata ad un governo che "mantiene l'unità di indirizzo politico e amministrativo" ed è articolata per ministeri, strutture dei cui atti i ministri sono "individualmente responsabili" (art. 95).

Sebbene sia diffusa, sull'autorità di Mario Nigro, l'opinione che la Costituzione contenga più modelli di amministrazione – un'amministrazione servente del Governo (art. 95), un'amministrazione imparziale (art. 97) ed un'amministrazione autonomistica (art. 5 Cost.) – non vi è dubbio che l'amministrazione imparziale coincide con l'amministrazione servente di cui all'art. 95; o che al più, l'amministrazione servente è una parte di quella amministrazione imparziale che abbraccia anche l'amministrazione autonomistica. Il che esclude che l'art. 97 possa costituire fondamento sufficiente per una amministrazione indipendente: considerato che l'imparzialità convive con la funzione strumentale rispetto al governo che è prevista all'art. 95. I ministri sono responsabili di fronte al Parlamento. E' lo schema della responsabilità ministeriale strettamente legata al regime parlamentare: uno schema che in Italia risale alla legge Cavour (1853). Soppresses le aziende e istituiti i ministeri, articolati in direzioni generali ed altri uffici dipendenti dal ministro, quella legge stabilì che ogni unità organizzativa dipendesse da un ministro in modo che di ogni atto di essa il ministro potesse rispondere in Parlamento. La responsabilità del ministro presuppone che egli disponga del ministero: abbia cioè un potere che una volta si riteneva garantito dal rapporto di gerarchia mentre oggi è considerato sufficiente un potere di indirizzo e di controllo (art. 4 d.lgsvo. 165/2001).

Non si sottraggono al circuito della responsabilità ministeriale gli enti pubblici. Ciascun ente pubblico nazionale viene istituito *a latere* di un ministero. C'è un ministro che determina l'importo delle risorse necessarie al funzionamento dell'ente, nomina e revoca gli amministratori, esercita la vigilanza, approva il consuntivo. La saldatura tra amministrazione ministeriale e amministrazione dell'ente viene realizzata in sede di controllo. La Corte dei Conti esercita il controllo successivo sulla gestione del bilancio dello Stato e partecipa al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito (art. 100 Cost.).

Del cattivo funzionamento dell'ente risponde in ultima istanza il ministro: che è incorso in *culpa in eligendo* (nella scelta degli amministratori) o in *culpa in vigilando* (sul funzionamento del loro operato).

A questo schema dell'amministrazione dipendente la Costituzione apporta due deroghe.

La prima è costituita dalle autonomie territoriali. Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione (art. 114 cpv.). Autonomi perché dispongono di una propria legittimazione che deriva dalla investitura elettiva dei suoi organi (art. 117 co. 2 lett. p): quelle legittimazioni di cui sono sfornite le amministrazioni dello Stato e degli enti pubblici.

La seconda deroga riguarda il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti. "La legge assicura l'indipendenza dei due istituti e dei loro componenti di fronte al governo" (art. 100). L'indipendenza è garantita non solo perché i due istituti esercitano funzioni giurisdizionali ma anche in relazione alle funzioni amministrative – di consulenza e di controllo – che essi sono chiamati a svolgere.

In questo secondo caso non è la natura dell'investitura che giustifica l'indipendenza, ma il contenuto dei compiti assegnati. Chi consiglia non sarebbe un buon consigliere e chi controlla non sarebbe un buon controllore se dipendessero, rispettivamente, dal soggetto che viene consigliato e dal soggetto che viene controllato (il governo in entrambi i casi).

A ben guardare non sono diverse le ragioni che giustificano l'indipendenza delle autorità amministrative indipendenti. E' una indipendenza che viene reclamata dalla natura delle funzioni e che trova nella Costituzione un termine di riferimento: anche se l'art. 100 non parla di autorità indipendenti, ma riguarda solo degli antichissimi istituti nati prima dello Stato unitario.

Sempre sul piano costituzionale le autorità indipendenti hanno trovato una "sponda nell'Unione Europea". Una serie di direttive che disciplinano i processi di liberalizzazione di mercati in passato gestiti in forma monopolistica od oligopolistica prevedono l'istituzione di una autorità di regolazione che impedisca all'ex monopolista di abusare della sua posizione dominante, che vigili sulla soppressione delle barriere di ingresso, che garantisca l'accesso alle reti: così nella materia delle comunicazioni elettroniche (direttiva 2002/21/CE), delle poste, delle ferrovie, dell'energia etc.

L'indipendenza è sancita in alcuni casi a livello di Trattato (art. 107, a proposito del Sistema europeo delle banche centrali). L'Autorità garante della concorrenza e del mercato opera anche come braccio operativo della Commissione Europea (reg. (Ce) n. 2/2003 del 16 dicembre 2002).

L'istituzione di autorità indipendenti costituisce in tutti questi casi adempimento di un obbligo comunitario. Il fondamento di quest'obbligo è stato per decenni individuato nell'art.11 della Cost. per cui la Repubblica italiana consente alle

limitazioni di sovranità che sono dirette ad assicurare la pace fra le nazioni, e più di recente, a seguito della riforma costituzionale del 2001, la soggezione dell'ordinamento italiano al diritto comunitario, che si radica nell'art. 117 Cost. che assoggetta la potestà legislativa statale e regionale non solo alla Costituzione ma anche ai vincoli imposti dall'ordinamento comunitario.

Che questo basti a risolvere il problema della legittimazione costituzionale delle autorità indipendenti pochi lo credono. Proposte sono state avanzate nell'ambito della Commissione D'Alema per la riforma costituzionale e poi nel corso delle indagini conoscitive svolte dalla I Commissione della Camera dei Deputati nel corso della XIII legislatura. Si è oscillato fra un'ipotesi minimalista secondo cui ci si deve limitare a costituzionalizzare la figura, rimettendo alla legislazione ordinaria la determinazione delle singole autorità, dei presupposti per l'istituzione, dei compiti, delle garanzie di indipendenza ad un'ipotesi massimalista, che prevede la indicazione costituzionale delle singole autorità o comunque la specificazione in costituzione dei presupposti per la loro istituzione. Certo è che una copertura costituzionale appare necessaria. Solo così può giustificarsi la deroga al principio della responsabilità ministeriale consacrato dall'art. 95.

In proposito va precisato che mentre la formulazione di questo articolo è strettamente legata al modello parlamentare, il controllo parlamentare sull'amministrazione – cui la responsabilità ministeriale è ordinata – è proprio anche del regime presidenziale perché tale controllo rientra tra i *checks and balances* che tendono a riequilibrare il principio della separazione dei poteri.

La legge di riforma costituzionale varata nella legislatura che si è appena chiusa stabilisce: *“Per lo svolgimento di attività di garanzia o di vigilanza in materia di diritti di libertà garantiti dalla Costituzione e su materie di competenza dello Stato, ai sensi dell'art. 117 secondo comma, la legge approvata ai sensi dell'art. 70, terzo comma, può istituire apposite Autorità indipendenti, stabilendone la durata del mandato, i requisiti di eleggibilità e le condizioni di indipendenza. Le Autorità riferiscono alle Camere sui risultati delle attività svolte”* (così l'art. 98 – bis, introdotto con l'art. 35). Il precedente art. 28, che sostituisce l'art. 87 Cost., attribuisce al Capo dello Stato la nomina dei presidenti delle Autorità indipendenti, sentiti i Presidenti delle due Camere.

Per quanto scarna sia tale disciplina, non ci sembra che debba dirsi molto di più. Innanzitutto c'è l'affermazione costituzionale dell'autorità indipendente, come schema organizzativo derogatorio al principio della responsabilità ministeriale e allo stesso principio del controllo parlamentare sull'amministrazione. L'attività di referto alle Camere cui le autorità indipendenti sono tenute è già prevista dalla Costituzione del 1948 in relazione alla Corte dei Conti e non intacca l'indipendenza dell'istituto rispetto al Parlamento. Il referto previsto dall'art. 100 Cost. fornisce elementi per la valutazione della condotta dell'amministrazione dello Stato e degli enti pubblici o suggerimenti per interventi legislativi: ma esaurisce,

per così dire, gli obblighi del soggetto referente nei riguardi delle due Camere. Quanto all'indipendenza essa viene sostanziata con i criteri ben noti: durata del mandato, requisiti di eleggibilità, poteri di nomina, condizioni di indipendenza (comprendenti queste ultime, di autonomia finanziaria, irrevocabilità del mandato, regime delle incompatibilità, status dei garanti etc.).

Resta infine la determinazione dei fini; svolgimento di attività di garanzia o di vigilanza in materia di diritti di libertà garantiti dalla Costituzione. E' una formula che già circolava nei dibattiti sul tema. Probabilmente troppo generica, essa ha tuttavia il pregio di segnalare che le Autorità indipendenti sono chiamate ad operare a protezione dei cittadini contro interferenze o limitazioni che possono essere frapposti da poteri pubblici o privati.

Esse riflettono un modello organizzativo corrispondente al mutato ruolo di uno Stato che, "dimessi i panni del pianificatore e del proprietario gestore, indossa quelli di arbitro". Una trasformazione del genere "richiede apparati pubblici con un profilo più tecnico rispetto alle strutture ministeriali tradizionali e con un'indipendenza maggiore sia dal potere politico sia dalle imprese controllate".

2. I PROBLEMI COMUNITARI

Il complesso quadro comunitario offre numerosi spunti che inevitabilmente si riflettono tanto sulle apicali questioni costituzionali, quanto su quelle che si esamineranno nei paragrafi successivi.

In particolare dal sistema è necessario verificare individuare **quali autorità** siano necessarie, **quali caratteristiche** debbano avere, **quali poteri** debbano essere attribuiti loro.

a) Quali autorità

Sicuramente il primo riferimento va alla protezione dei dati personali che a mente dell'art. 8, terzo comma, della Carta di Nizza, trasposta nella Costituzione europea, tanto all'art. I, 51 che all'art. II, 68 prevede che "*il rispetto di tali norme [sulla protezione dei dati personali] è soggetto al controllo di autorità indipendenti*".

Ad un livello gerarchico inferiore si trova l'espressa previsione di "autorità" nel campo delle comunicazioni elettroniche (art. 3 Dir. 21/02), in quello del mercato dell'energia elettrica (art. 23 Dir. 54/03) ed in quello del gas naturale (art. 25 Dir. 55/03). Nel campo antitrust esse sono poi presupposte nel Regolamento 1/03 sull'applicazione delle regole di concorrenza ex artt. 81 e 82 Trattato di Roma.

Va peraltro osservato che in un settore da lungo tempo attribuito in tutta Europa alla regolamentazione da parte di autorità indipendenti, quello dei mercati finanziari, manca una specifica base normativa comunitaria.

Al contempo si ipotizza che con riguardo a servizi di interesse generale la loro regolazione sia affidata “generalmente” ad autorità indipendenti (Libro bianco sui servizi di interesse generale, par. 3.5). Il riferimento è tuttavia generico e, soprattutto, non cogente. Peraltro alcuni di essi, come le telecomunicazioni e l’energia, sono già individuati; altri come i servizi postali ed i trasporti non rientrano fra gli ambiti per i quali la Comunità prevede autorità indipendenti, come pure non sono contemplate per la sanità, l’istruzione, l’edilizia popolare, i servizi radiotelevisivi.

Da tale assenza comunitaria potrebbero trarsi elementi significativi qualora si intendessero costituire in Italia nuove autorità, in aggiunta a quelle esistenti.

b) Quali caratteristiche

Il primo elemento, essenziale e quasi tautologico, che può desumersi dal quadro comunitario, è quello della “indipendenza”. Solitamente i testi si limitano a fare uso dell’aggettivo “indipendente”, senza però chiarirne i contenuti. Alcuni indici potrebbero trarsi dall’art. 108 del Trattato di Roma che, con riferimento alla BCE e alle banche centrali nazionali e ai componenti i loro organi, afferma che essi “non possono sollecitare o accettare istruzioni dalle istituzioni o dagli organi comunitari, dai governi degli Stati membri né da qualsiasi altro organismo”. È tuttavia evidente che tale nozione di “indipendenza” non è applicabile alle “autorità indipendenti” per l’assorbente motivo che esse sono tenute in numero significativo di casi a “sollecitare o accettare istruzioni dalle istituzioni o dagli organi comunitari”, e la loro legittimazione e autorità si basa in larga misura su tale legame.

“Indipendenza” dunque sì, ma non dalla Comunità.

“Indipendente” appare dunque un concetto di portata più limitata e, realisticamente, misurabile dall’assenza di conflitti di interesse fra soggetto regolatore e soggetti regolati (che tipicamente si verificano quando lo Stato controlla imprese che operano nel mercato regolamentato). La formula dell’art. 23 Dir. 54/03 è “*pienamente indipendenti dagli interessi dell’industria elettrica*”. Ma all’art. 3 della Dir. 21/02 la formula è più sfumata: “*Giuridicamente distinte e funzionalmente autonome da tutti gli organismi che forniscono reti, apparecchiature o servizi di comunicazione elettronica*”.

Peraltro, in maniera crescente, si pone una questione di “indipendenza” fra le diverse autorità nazionali la cui attività si vuole sia coordinata a livello comunitario. Si costituiscono quindi, su impulso del consiglio e delle Commissioni organi sovraordinati come l’European Regulators Group (ERG) per le comunicazioni elettroniche (Decisione 14.9.04) e quello analogo per l’energia (Decisione 11.11.2003), o l’European Competition Network (ECN) fra le varie autorità antitrust (Avviso del 27.4.2004).

Si afferma dunque (Risoluzione del Consiglio del 10.12.02) che le diverse

autorità “sono indipendenti fra di loro” ma tuttavia sono tenute a cooperare. Ulteriori elementi – ma come base minima – potrebbero infine trarsi dal variegato mondo delle “agenzie regolatorie europee”, ovvero sia quelle che sono diretta promanazione della Comunità. Un quadro comune di riferimento è stato proposto dalla Commissione (59/2005/COM) il quale contiene *inter alia* un principio di indipendenza (art. 15) dei suoi organi esecutivi. Qui l’indipendenza è intesa però come impegno che viene assunto dai componenti gli organi (“*impegno ad agire indipendentemente da ogni influenza esterna*”) “Indipendenza” significa anche, in un quadro comunitario, attribuzione di poteri autonomi (su cui v. *infra* la lettera c) e risorse finanziarie (su cui v. *infra* il par. 6).

Connesso al tema dell’indipendenza vi è, solitamente, quello della responsabilità delle autorità, definito con termine in voga “*accountability*”. Esso tuttavia non viene declinato nella pur ricca normativa comunitaria, se non sotto il profilo – che si vedrà oltre al par. 5 – della giustiziabilità delle loro decisioni. E di converso lo si rinviene nell’accordo quadro delle “agenzie” europee dove si afferma che esse sono “*accountable*” verso le istituzioni comunitarie, gli Stati membri e i cittadini: “*Pertanto il principio della responsabilità richiede che queste agenzie siano soggette non solo a valutazioni ex ante ed ex post, ma anche a chiari meccanismi di controllo*”. Una affermazione che serve a misurare, a contrario, la distanza fra una “agenzia” e una “autorità indipendente”.

Nessuna indicazione invece viene dal quadro comunitario per ciò che attiene alla struttura delle autorità (monocratica, collegiale) ovvero ai criteri di nomina.

Le ragioni sono ovviamente legate alla pluralità degli ordinamenti nazionali, e tuttavia evidenziano l’assenza di vincoli comunitari sia in ordine al “disegno” delle autorità comunemente imposte e, a maggior ragione, di quelle non previste. Così come non si ravvisano in ordine alla mono-settorialità o pluri-settorialità delle stesse, rimanendo tali questioni affidate alle esigenze di efficienza della loro azione.

c) **Quali poteri**

Con riguardo alle autorità indipendenti di diretta promanazione comunitaria (come quella sulle comunicazioni elettroniche e quella sull’energia) i loro poteri sono specificamente indicati dalle norme pertinenti. Ciò implica un vincolo comunitario, nel senso che esse devono avere almeno quei poteri, che però possono essere ampliati. A ben vedere, però, nei settori regolamentati i poteri delle autorità indipendenti sono in larga misura disegnati dalle norme comunitarie di riferimento. In altri termini, quale che sia il soggetto chiamato a regolare, l’ampiezza e le modalità del suo intervento sarà disciplinato da disposizioni comunitarie. Il punto è particolarmente evidente con riguardo alla disciplina della concorrenza e dei mercati finanziari che è integralmente comunitarizzata e posta in attuazione, nei confini nazionali, dalle sin-

gole autorità indipendenti, anche se non imposte dalla stessa disciplina.

In ogni caso i poteri conferiti si possono in via assai lata suddividere in poteri regolamentari (ovvero la potestà di emanare provvedimenti di portata generale e futura), poteri regolatori (o ordinatori) (con riguardo a singoli operatori economici e a casi specifici), poteri sanzionatori. Il che non dice molto di più di quanto si può evincere dalla osservazione della realtà, anche italiana. Piuttosto emerge che, fatte salve quelle competenze e quei poteri specificamente individuati, non appare affatto comunitariamente incompatibile l'attribuzione di taluni di essi allo Stato-amministrazione, piuttosto che alle autorità, come pure con riguardo alle sanzioni – sia nell'individuazione di chi è tenuto ad accertare le violazioni e ad irrogarle, sia della entità – non vi è una precisa indicazione comunitaria.

Riportando il discorso al punto dal quale si è partiti, non si può dire che esista un “modello” generale comunitario di autorità indipendente, ma piuttosto, in conformità con il tipico approccio settoriale della Comunità, diversi tipi di autorità, dai quali spetta all'interprete estrapolare le caratteristiche comuni, senza però pretendere che esse siano essenziali e cogenti.

3. I SETTORI ED IL NUMERO DELLE AUTORITÀ

a) Quali settori

L'individuazione dei settori nei quali è possibile istituire Autorità indipendenti può muovere da un dato apparentemente scontato: la natura amministrativa di tali Autorità. La questione, invece, è stata a lungo oggetto di letture contrastanti. Secondo alcuni, infatti, la collocazione più corretta per tali Autorità dovrebbe essere a fianco delle autorità giurisdizionali o a comporre un *tertium genus*, distinto sia dai giudici sia dalle amministrazioni.

La giurisprudenza ha però progressivamente superato questo dubbio. Vi sono state numerose pronunce del giudice amministrativo, che, con qualche adeguamento derivante dalla specialità delle funzioni, ha applicato agli atti delle autorità indipendenti i consueti *standards* del giudizio amministrativo. La Corte di Cassazione ha avuto occasione di risolvere esplicitamente questo aspetto, nel senso della natura amministrativa, con riferimento al Garante per la protezione dei dati personali (sent. n. 7341/2002). Anche la Corte di Giustizia ha espresso un orientamento analogo.

Appurato che le Autorità indipendenti non sono giudici ma amministrazioni, esse non incontrano nel nostro ordinamento il limite di cui all'art. 102 (sul divieto di giudici speciali) ma vanno giustificate nella loro esistenza rispetto al modello più tradizionale di amministrazione ministeriale accolto dalla Costituzione.

Ove però si tentasse di individuare un unico filo conduttore in grado di lega-

re le tante Autorità nate nel corso degli anni, difficilmente si arriverebbe a una soluzione soddisfacente.

Un requisito minimo che sembra ricorrere per tutte le Autorità è quello del collegamento tra le funzioni che sono loro assegnate e la tutela di un qualche valore di rango costituzionale. Elemento che, seguendo una logica di bilanciamento, generalmente accettata dai costituzionalisti, potrebbe giustificare la deroga al modello di organizzazione incardinato sul Governo e sulla sua responsabilità politica. In certi casi, il valore costituzionale è espressamente richiamato dalla legge istitutiva dell'Autorità (si v. la l. n. 287/1990, con il suo rinvio all'art. 41 Cost.), in altri può essere desunto senza difficoltà dalla natura degli interessi tutelati (e così, l'art. 2 per il Garante della riservatezza, l'art. 21 per l'Autorità delle comunicazioni ecc.).

Questa lettura è stata nella sostanza confermata dall'art. 98-*bis* di recente introdotto nella Costituzione, che fa riferimento allo "svolgimento di attività di garanzia o di vigilanza in materia di diritti di libertà garantiti dalla Costituzione [...]".

Ma anche così, resta la genericità di molti principi costituzionali, pur circoscritti ai soli "diritti di libertà", sicché la giustificazione per la nascita di un'Autorità indipendente potrebbe risolversi in un esercizio di stile da compiere a cose fatte.

Occorrerebbe perciò individuare un criterio aggiuntivo. Per alcune Autorità, esso potrebbe essere cercato nel contesto dei rapporti tra Stato e mercato. Le Autorità, da questo punto di vista, potrebbero essere espressione della scelta (politica) di far ritrarre la politica dalle misure dirigenziali di disciplina pubblica dell'economia. Lo Stato – almeno in questo campo – rinuncerebbe a redistribuire le risorse ed a bilanciare gli interessi. Esso si limiterebbe a controllare che i mercati funzionino nel modo più vicino possibile a parametri formali quali la concorrenza "perfetta" o comunque "efficace". Di qui, lo sviluppo di funzioni meramente tecniche che, per loro stessa natura, richiederebbero di essere sganciate dall'esecutivo.

La spiegazione coglie senz'altro una parte significativa del fenomeno, ma, nel confronto con il diritto positivo, risulta ancora parziale. Le Autorità non compiono soltanto scelte tecniche e, dall'altro lato, funzioni con tali caratteri restano saldamente in mano agli apparati ministeriali. Vi è tuttora una sorta di moto pendolare nella ripartizione di funzioni tra i due modelli di organizzazione, che rende difficile individuare delle scelte di fondo precise. L'ultima oscillazione, per la verità, sembra segnare una nuova espansione delle Autorità indipendenti. La legge sul risparmio ha trasferito alcune competenze in materia sanzionatoria, prima in capo a Ministeri, alla Banca d'Italia (oltre all'Isvap ed alla Covip). L'innovazione è essenzialmente formale, trattandosi sostanzialmente di competenze già esercitate dalla Banca d'Italia.

Essa, nondimeno, è coerente con la scelta di prevedere l'indipendenza come carattere generale dell'Istituto, anche al di là di quanto strettamente necessario all'esercizio delle funzioni comunitarie (art. 19, co. 3, l. n. 262/2005). Il legislatore sembra dunque conservare un'ampia discrezionalità nella scelta dei settori in cui istituire delle Autorità indipendenti. In alcuni specifici casi, tuttavia, essa si riduce sensibilmente. Talora, infatti, l'indipendenza dal Governo è un requisito imposto dalle norme comunitarie. Si pensi alla Banca d'Italia nel Sistema delle Banche centrali (art. 7 dello Statuto SEBC) o al Garante per la riservatezza (art. 28 della direttiva 95/46/CE). In altri, l'indipendenza dal Governo è il risultato contingente dell'applicazione del principio di separazione dei regolatori dai regolati. Laddove conservino la proprietà delle imprese regolate, gli Stati devono separare strutturalmente le funzioni attinenti alla proprietà da quelle di regolazione. Laddove invece la proprietà pubblica delle imprese regolate sia dismessa, il diritto comunitario diviene nuovamente indifferente al modello organizzativo scelto dallo Stato. Quanto il principio comunitario di separazione imponga il ricorso ad Autorità indipendenti è un aspetto ancora da chiarire. Il nostro legislatore sembra propendere per la risposta negativa, giacché ammette (o ha ammesso) che le competenze di regolazione restino in capo a ministeri anche quando lo Stato sia proprietario di imprese regolate. La Commissione Ue, da parte sua, ha criticato la scelta di riunire i ruoli di regolatori e regolati in due direzioni dello stesso ministero (decisione *Deutsche Post* del 2001). Mancano precedenti sull'ipotesi in cui i ruoli siano assegnati a ministeri distinti (ad esempio, Attività produttive ed Economia), ma tenuti, come nel nostro ordinamento, all'unità di indirizzo politico ed amministrativo (art. 95 Cost.). L'art. 98-bis della Costituzione consente un'ultima notazione con riferimento all'eventuale introduzione di Autorità indipendenti regionali. Ve ne sono già alcuni esempi, come l'Autorità per la vigilanza dei servizi idrici e di gestione dei rifiuti urbani in Emilia Romagna (l.r. n. 25/1999) o l'Ufficio di protezione e pubblica tutela dei minori in Veneto (l.r. n. 42/1988). Il nuovo testo della Costituzione sembrerebbe implicitamente indicare che, per materie che non siano di competenza statale esclusiva, simili soluzioni siano percorribili anche a livello regionale.

b) Quante Autorità

Passando alla "quantità" delle Autorità, uno dei punti di discussione, nella prospettiva di una riforma organica della materia, è quello della riduzione del numero delle Autorità con l'istituzione di Autorità "multisetoriali".

In realtà già oggi le competenze di molte Autorità non sono limitate a singoli "settori", se per tali si intendono dei corpi normativi ricostruibili intorno a principi comuni.

L'Autorità *antitrust*, ad esempio, ha nel tempo assommato una pluralità di

competenze eterogenee (si pensi alla pubblicità ingannevole, d.lgs. n. 206/2005, ed all'inquinamento acustico, l. n. 447/1995), l'ultima delle quali in tema di "conflitti di interesse" nei rapporti tra la politica e l'economia (l. n. 215/2004). All'Autorità per l'energia elettrica ed il gas è stato sin dall'inizio attribuito l'intervento su materie che, sebbene accomunate dalla pertinenza alle fonti di energia, avevano poi discipline differenti, anche per stadio di evoluzione della liberalizzazione. Lo stesso potrebbe dirsi per l'Autorità delle comunicazioni, considerate le profonde distinzioni che, specie in passato, esistevano tra le norme in tema di televisione e quelle in tema di telecomunicazioni.

L'esperienza pluridecennale della nascita, morte e (talvolta) risurrezione di molti ministeri, nonché della loro frequente riorganizzazione, sta peraltro a suggerire che la composizione delle funzioni intorno a singoli centri di imputazione risponde a logiche di varia natura, che non si riducono all'omogeneità del settore di riferimento. Un dicastero come quello delle attività produttive potrebbe, in astratto, riunire ogni genere di funzione di disciplina pubblica dell'economia. È soltanto apprezzando valori di natura differente, che possono spiegarsi le previsioni di apparati specifici per specifiche tipologie di attività di impresa (come le comunicazioni o i trasporti).

L'ulteriore estensione del grado di "multisetorialità" già raggiunto andrebbe dunque attentamente valutata: non tanto per esigenze di simmetria formale, quanto per i vantaggi e gli svantaggi prevedibili. Andrebbe fatta cioè una sorta di analisi di impatto della "riorganizzazione", che sarebbe interessante applicare alle ipotesi, recentemente avanzate, di accorpamento delle Autorità nei settori finanziari o di costituzione di un'Autorità delle reti, che riunisca anche competenze ministeriali.

Simili processi possono implicare delle economie di scala se le funzioni sono omogenee, per disciplina sostanziale o quantomeno per modelli procedurali. In tali circostanze, le risorse umane e materiali derivanti dalla somma di più autorità dovrebbero determinare un incremento più che proporzionale nella "quantità" di attività amministrativa prodotta. Analogamente, la riunione di più Autorità le cui competenze originariamente interferissero tra loro, potrebbe consentire di evitare sovrapposizioni ed incoerenze e di "internalizzare" i costi di transazione per far funzionare i vari meccanismi di ricordo oggi conosciuti. Sempre tra i vantaggi, infine, il carattere trasversale delle competenze potrebbe aiutare a ridurre i rischi di "cattura del regolatore" (che peraltro si possono combattere anche accentuando la trasparenza e le garanzie procedurali).

Dall'altro lato, la crescita delle dimensioni si accompagna, di regola, a un aumento dei costi di gestione e, più in generale, con la crescente difficoltà di attuare controlli interni efficaci. Uno dei tratti distintivi delle Autorità indi-

pendenti, nel confronto con molte amministrazioni ministeriali, era anche quello di una certa snellezza delle organizzazioni. L'unione di più Autorità, inoltre, produce dei costi di riorganizzazione e di adattamento, sia nel regolatore sia nei regolati. Sono costi tendenzialmente transitori, ma non per questo da sottovalutare.

4. POTERI E COMPETENZE

Le autorità indipendenti sono molte, rispondono a esigenze diverse, dispongono di poteri e competenze multipli, che variano da autorità ad autorità.

Se si prende atto di questa realtà, che non è soltanto italiana, e la si accetta come inevitabile perché la riduzione ad unità complicherebbe le cose piuttosto che semplificarle, la pretesa di una considerazione unitaria dei poteri e delle competenze delle autorità si rivela illusoria.

Ciò che è possibile è una tipologia di larga massima di questi poteri, ciascuno dei quali ha una sua ragion d'essere che è peculiare alle autorità indipendenti.

a) **Poteri normativi**

Anche se non tutte le autorità ne sono fornite – non dispone di poteri normativi, ad es., l'Autorità garante della concorrenza e del mercato – essi ricorrono di frequente, e con un'ampiezza superiore a quella di cui dispongono gli enti pubblici o gli stessi ministeri.

Le ragioni sono diverse.

Alcune autorità sono state istituite nell'ambito di servizi pubblici in passato gestiti in forma monopolistica dallo Stato o direttamente o, più spesso, a mezzo di concessionari: enti pubblici economici, società a prevalente o totale partecipazione pubblica, imprese titolari di diritti speciali o esclusivi (per usare la terminologia dell'art. 86 par. 1 del Trattato CE).

In una situazione del genere non esistono regole; o se ci sono, vengono stabilite dallo stesso unico gestore del servizio, da solo o insieme all'autorità politica (il ministro di settore, un comitato interministeriale, il governo nel suo complesso).

Una volta che il servizio viene liberalizzato – energia elettrica, gas, telecomunicazioni, ferrovie, poste etc. – e nel mercato relativo irrompono altre imprese, sorge l'esigenza di una regolazione: per impedire che l'ex monopolista, trasformato in società di capitali (se non lo era prima) abusi della posizione dominante, utilizzi in modo discriminatorio la rete che è necessaria per l'erogazione del servizio (e non è duplicabile se non a costi altissimi), impedisca o ostacoli l'ingresso nel mercato di nuovi operatori, erigendo artificiali barriere all'entrata.

Le regole, prima inesistenti o comunque unilateralmente imposte dal gesto-

re, servono non solo per disciplinare il concorso di una pluralità di operatori, ma anche per regolare i rapporti con gli utenti: a beneficio dei quali la liberalizzazione viene disposta.

Se la competenza a stabilire le regole venisse affidata al governo e agli apparati amministrativi, sarebbe altamente probabile una loro formulazione in termini favorevoli all'ex monopolista, per via dell'aggregazione di interessi che si è nel tempo formata (scambio di favori tra dirigenza politica, management del gestore, sindacati).

La competenza normativa non può essere neppure trattenuta dal legislatore ed essere da lui esercitata per via dell'elevato contenuto tecnico delle regole che si richiedono e per l'esigenza di un continuo adattamento delle stesse ai mutamenti delle tecnologie.

Questa esigenza ricorre anche nei mercati diversi da quelli dei servizi pubblici: il mercato del credito, il mercato finanziario, il mercato delle assicurazioni. In essi non c'è mai stato un monopolista, ma sono mancate spesso anche le regole. Da qui il bisogno di regole e il dovere di formularle, anche in applicazione del diritto europeo. E anche in questi casi l'opportunità e l'obbligo di istituire un regolatore indipendente: indipendente ad un tempo del potere politico e dal mondo delle imprese.

Dal potere politico – è stato detto efficacemente in relazione a tutte le autorità indipendenti – per almeno due ragioni. In primo luogo per garantire alle politiche regolatorie stabilità e credibilità e consentire così investimenti privati di lungo periodo in settori tecnologici di punta, obiettivo che la brevità del ciclo politico medio, legato alle scadenze elettorali, non è in grado di assicurare.

In secondo luogo per prevenire i possibili conflitti di interesse tra lo Stato che mantiene il controllo di imprese regolate e lo Stato che pone e fa rispettare le regole in modo imparziale, senza cioè favorire le proprie imprese pubbliche. L'indipendenza delle autorità dalle imprese è richiesta invece per minimizzare i costi del rischio della "cattura" del regolatore da parte dei soggetti regolati, costituiti talora da grandi imprese dotate di risorse e mezzi quasi illimitati.

L'attribuzione alle autorità indipendenti di poteri di regolazione si è spinta spesso troppo oltre. Sulla base di norme di legge che sono soltanto norme di competenza, senza indicazione dei fini e dei confini, è stata spesso conferita una potestà regolamentare illimitata. È il caso della Banca d'Italia o della Consob.

Consapevole delle difficoltà di trasferire i contenuti regolatori sul piano legislativo, il parlamento ha di recente cercato di porre limiti sul piano procedurale: in conformità ad un indirizzo di politica legislativa sempre più consistente che mira a recuperare in termini di procedura la legalità che viene perduta in termini sostanziali.

Secondo la recente legge sul risparmio (l. n. 262/2005) i provvedimenti della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP aventi natura regolamentare o di contenuto generale devono:

- essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione o di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono;
- essere accompagnati da una relazione che ne illustra le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori;
- tener conto in ogni caso del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minor sacrificio degli interessi dei destinatari;
- esser preceduti dalla consultazione con gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori;
- essere sottoposti a revisione periodica, almeno ogni tre anni, perché siano adeguati all'evoluzione delle condizioni del mercato e degli interessi degli investitori e dei risparmiatori (art. 23).

b) Poteri di aggiudicazione

Si tratta della versione italiana di una terminologia americana: secondo la quale nell'ambito dei poteri delle *Independent Regulatory Commissions* va distinta l'attività di *rulemaking* dall'attività di *adjudication*.

Tipici poteri di aggiudicazione ha l'Autorità garante della concorrenza e del mercato: cui è affidato essenzialmente il compito di verificare se in concreto sia stata conclusa un'intesa o attivata una pratica concordata restrittiva della concorrenza, o è stato commesso abuso di posizione dominante o realizzata una concentrazione tale da eliminare o ridurre in modo sostanziale un'intesa restrittiva della concorrenza (artt. 2, 3 e 6 L. 287/90).

L'operazione mentale che l'Autorità è tenuta a compiere si risolve sostanzialmente nella verifica della realizzazione di una fattispecie concreta conforme alla fattispecie astratta che configura il divieto: una verifica che è resa particolarmente difficile perché la norma utilizza concetti giuridici indeterminati (posizione dominante, abuso, mercato rilevante, restrizione o falsificazione della concorrenza, riduzione della concorrenza in maniera durevole etc.).

A ben guardare si tratta di attività di giudizio non diversa da quella che è richiesta al giudice, e in genere al giurista. È questo che spiega l'accostamento tra l'attività dell'Autorità e quella giudiziaria (*quasi judicial activity*); ed è per questo che una corrente consistente di critici dell'Antitrust ritiene che questo compito potrebbe essere svolto più efficacemente dalle Corti.

Tuttavia il limite di una soluzione esclusivamente giudiziaria ai problemi della concorrenza è evidente.

I giudici agiscono sulla base di una domanda o di una denuncia, e comunque sulla base di una iniziativa altrui; e quindi in modo sporadico, saltuario e asi-

stematico. L'attività dell'Authority è invece assidua costante perché non è limitata all'accertamento degli abusi ma si concreta in un monitoraggio costante dei mercati anche in funzione dell'esercizio dei poteri di segnalazione al Parlamento e al Governo che sono previsti dall'art. 21 allo scopo di ripulire il sistema di quelle norme di legge o di regolamento o di qui provvedimenti amministrativi di carattere generale che determinano distorsioni della concorrenza.

La legge istitutiva dell'AGCM è esemplare per quanto riguarda i poteri di aggiudicazione. Va tuttavia precisato che poteri del genere si riscontrano in pressoché tutte le autorità indipendenti.

c) **Poteri sanzionatori.**

Sono attribuiti anch'essi a quasi tutte le Autorità, a garanzia dell'osservanza delle regole e del rispetto dei divieti stabiliti nel mercato in generale e nei mercati specifici (del credito, delle assicurazioni, dei prodotti finanziari etc.). Anche qui va segnalato che, in presenza di pene pecuniarie di importo spesso altissimo, la giurisprudenza e oggi la stessa legislazione (l. 262/2005 cit.) hanno elaborato una serie di regole procedurali a garanzia delle imprese che a quei poteri sono soggetti (obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento, diritto di difesa, principio di proporzionalità nella commisurazione delle sanzioni etc.).

5. LE GARANZIE

Si può parlare di garanzie rispetto alle funzioni delle Autorità indipendenti sia nel procedimento sia nella fase, successiva ed eventuale, del controllo giurisdizionale.

a) **le garanzie nel procedimento: le ragioni**

Le garanzie nei procedimenti dinanzi alle Autorità indipendenti presentano connotati peculiari, specie se si compie un confronto con gli istituti generali della partecipazione previsti dalla legge sul procedimento. Il primo quesito che ci si può porre è se e per quali motivi tali peculiarità siano giustificabili. Si possono avanzare, al riguardo, due argomenti.

Talvolta, le funzioni delle Autorità indipendenti hanno ad oggetto la mera applicazione di norme – ancorché tecnicamente complesse – ai casi concreti, secondo un modello non dissimile da quello che caratterizza le funzioni giurisdizionali. Il parallelismo è più evidente quando l'azione dinanzi al giudice rappresenti un rimedio alternativo o concorrente a quella dinanzi all'Autorità indipendente. Si pensi alle azioni civili *antitrust* o ai ricorsi in materia di trattamento dei dati personali, o ancora ai casi in cui l'ingannevolezza di un messaggio pubblicitario sia allo stesso tempo qualificabile come forma di concor-

renza sleale. Il procedimento, in queste circostanze, ha una “naturale” tendenza a incorporare alcune garanzie e le scansioni in fasi tipiche dei processi. L'altro aspetto caratteristico di molte delle funzioni assegnate alle Autorità è il ricorso a clausole generali, concetti giuridici indeterminati, (come, per esempio, “mercato rilevante”, “restrizione notevole della concorrenza” ecc.), che per potere essere applicati richiedono di essere precisati e contestualizzati. Scelte simili del legislatore comportano una perdita di legalità “sostanziale”, che si cerca di compensare con un guadagno di legalità “procedurale”, attraverso il coinvolgimento attivo, informato e critico dei privati e delle altre amministrazioni interessate.

b) (segue) quali garanzie

Con questi tratti comuni di fondo, il complesso delle garanzie procedurali varia poi da Autorità ad Autorità e a seconda dei caratteri della funzione coinvolta. Le garanzie, inoltre, trovano il loro fondamento in fonti di rango mutevole: in norme primarie, anche di recepimento di norme comunitarie; in regolamenti governativi; in regolamenti di organizzazione e funzionamento adottati dalla stessa Autorità interessata (si veda la deliberazione n. 61/1997 dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas). Le garanzie nel procedimento possono nascere e consolidarsi anche come prassi, introdotte spontaneamente dalle Autorità (si veda il caso della Consob per l'adozione di atti generali, almeno sino all'entrata in vigore della legge sul risparmio n. 262/2005).

Nella varietà delle soluzioni, è lecito chiedersi quali siano gli ulteriori spazi di intervento per il legislatore: se le garanzie si debbano livellare o comunque costruire intorno a criteri omogenei, modificare e, nell'insieme, far crescere o contenere.

La varietà delle singole normative non è, di per sé, all'origine di disfunzioni, giacché essa può rispondere a diversità effettive nelle condizioni e nei modelli di azione. Occorre riflettere, dunque, sull'idea di uniformare in modo stringente le discipline della Autorità indipendenti, come se queste fossero entità del tutto omogenee. Una soluzione alternativa potrebbe consistere nell'accomunare le Autorità che abbiano similitudini – per ambito di intervento o caratteri dell'azione – in una disciplina primaria che fissi principi distinti per tipologie di funzioni e che lasci poi ai regolamenti e all'opera del giudice l'individuazione delle discipline di dettaglio. Un approccio di questo tipo era alla base della l. n. 481/1995 e, in tempi più recenti, sembra avere animato anche la legge n. 262 sul risparmio.

La linea sui cui si assestano le garanzie procedurali dinanzi alle Autorità indipendenti è, come si è detto, più avanzata di quella definita dalla legge n. 241/1990. Le ragioni di queste scelte sono, per certi versi, le stesse che possono giustificare l'istituzione di amministrazioni indipendenti dall'indirizzo

governativo. Ciò dovrebbe sconsigliare arretramenti rispetto alle garanzie sin qui previste e, quanto meno, indurre al consolidamento di quelle esistenti. Resta il problema se portare sulla soglia più avanzata i dislivelli (non sono pochi) che si incontrano per singole Autorità.

I punti di discussione che si possono sollevare sono molti. Il contraddittorio, difatti, potrebbe essere rafforzato con riferimento a una varietà di aspetti strutturali, organizzativi, formali e di contenuto.

Vi è anzitutto un problema specifico che riguarda l'ampiezza del contraddittorio nei procedimenti che si concludono con atti normativi o a contenuto generale. I modelli che si incontrano nella normativa vigente sono di due tipi. Il primo, vicino al *notice and comment* statunitense e ad alcune esperienze analoghe in ambito comunitario, vede la pubblicazione di uno schema dell'atto normativo o generale o di un'elencazione di questioni su cui l'Autorità richiede i contributi degli interessati, in vista di una certa azione amministrativa (Aeeg, deliberazione n. 61/1997). Un secondo modello è quello oggi previsto per le Autorità nei settori finanziari, in cui la partecipazione parrebbe circoscritta ai gruppi di interesse (gli "organismi rappresentativi") ed assumerebbe le forme – abbastanza consuete nel nostro ordinamento – della "consultazione" (art. 23, l. 262/2005). Vi sono casi, poi, in cui la partecipazione ai procedimenti normativi e generali non è prevista espressamente dalle norme e neppure viene introdotta in via di prassi. Il Garante per la protezione dei dati personali, ad esempio, è tenuto a ispirare la propria azione esclusivamente ai "principi" della legge n. 241/1990 (art. 13, reg. n. 1/2000) e ha adottato di recente atti a contenuto generale che, almeno a un osservatore esterno, non sembrerebbero essere stati preceduti da fasi di partecipazione (si vedano, tra gli ultimi, i provv. del 23 dicembre 2004 e del 15 dicembre 2005, rispettivamente in tema di costi dell'accesso e di intercettazioni)

Le strade che si aprono al legislatore sono almeno due: estendere espressamente il contraddittorio sugli atti normativi e generali all'attività di tutte le autorità indipendenti e, nel caso, adottare o meno un modello unitario. L'approccio dovrebbe restare coerente con le conclusioni a cui si potrebbe giungere già in via interpretativa, a parte il rispetto di eventuali vincoli derivanti direttamente dal diritto comunitario (si veda, ad esempio, l'art. 11 del d.lgs. n. 259/2003).

Al riguardo, occorrerebbe considerare quanto pesi l'obbligo per le Autorità indipendenti di dotarsi di metodi di analisi dell'impatto della regolamentazione (art. 12, l. n. 229/2003, ribadito, per le amministrazioni nei mercati finanziari, dall'art. 23, l. n. 262/2005). Nell'esperienza comparata, in genere, simili metodi richiedono fasi di confronto preliminare con i privati interessati, secondo uno schema assimilabile a quello del *notice and comment*.

Un elemento ulteriore da ponderare si lega alla scelta – compiuta dal legislatore sempre in tempi recenti – di includere tra i principi generali dell’attività amministrativa, quelli dell’ordinamento comunitario (art. 1, l. n. 241/1990, come modificato dalla l. n. 15/2005). Infatti, per l’adozione degli atti normativi, prevale in ambito comunitario proprio il modello della partecipazione. Questa scelta è volta, tra l’altro, a colmare il “deficit democratico” delle istituzioni comunitarie, problema che parrebbe prospettabile, senza particolari forzature, anche per le amministrazioni indipendenti.

Sul piano dell’organizzazione, si è detto che la legislazione più recente estende la distinzione tra gli uffici con funzioni istruttorie e quelli con funzioni decisorie (v. l’art. 24 della legge sul risparmio), soluzione che è ormai generalizzata nei procedimenti sanzionatori e contenziosi dinanzi alle Autorità indipendenti. Tale distinzione incide sia sul contraddittorio “verticale”, tra l’amministrazione ed il destinatario della (eventuale) sanzione, sia sul contraddittorio “orizzontale”, tra il destinatario e gli altri partecipanti al procedimento (concorrenti, consumatori ecc.). Fino a che punto tale distinzione possa essere portata avanti, dipende da quanto si voglia avvicinare il procedimento agli schemi processuali. La giurisprudenza, da parte sua, tende ad interpretare in modo non formalistico le norme vigenti. In effetti, un irrigidimento eccessivo della procedura potrebbe non essere coerente con il principio dell’azione d’ufficio, che si applica a quasi tutte le funzioni delle Autorità indipendenti. Allo stesso modo, se il procedimento riproducesse fedelmente lo schema del processo, la stessa scelta sull’intervento in via amministrativa perderebbe almeno in parte la sua ragion d’essere.

Con riferimento alle forme, si prospetta un’alternativa tra la trattazione interamente scritta e l’introduzione di momenti più o meno estesi di oralità. A questo proposito, conviene distinguere tra i procedimenti legati alle funzioni amministrative più tradizionali – ad esempio, quelli affittivi e sanzionatori o di autorizzazione – ed i procedimenti volti all’adozione di regole generali.

Nei procedimenti della prima categoria, in particolare quelli sanzionatori, il diritto di essere sentiti è pressoché sempre garantito, in omaggio ad un principio plurisecolare che – come è stato rammentato in dottrina [D’ALBERTI] – in alcuni ordinamenti si fa risalire all’episodio biblico della cacciata dall’Eden. L’oralità, in questi casi, ha una funzione vicina a quella che da essa stessa rivestita nei processi: consentire il confronto delle posizioni in un’unità di tempo, luogo ed azione, per permettere una percezione più immediata dei rispettivi punti di forza e di debolezza.

L’oralità non manca anche nei procedimenti per l’emanazione di atti normativi e generali (si v., ad esempio, l’art. 4, lett. h, l. n. 481/1995, oltre che le audizioni tenute nell’ambito delle indagini conoscitive), ma qui si tratta di scelte molto più frammentarie, peraltro rinvenibili in diverse altri settori:

dalla legislazione energetico-ambientale (ad esempio la l. n. 8/1983 e le leggi regionali attuative del d.P.R. 12 aprile 1996 in tema di V.I.A.) alle normative locali in tema di urbanistica e territorio (v., ad esempio, l'art. 54 dello Statuto del Comune di Milano). Il rischio principale è che l'oralità nei procedimenti normativi e generali, atteso il numero potenzialmente elevato di partecipanti, possa comportare un rallentamento eccessivo della attività amministrativa. Di qui, il ricorso a filtri per concedere il confronto orale soltanto agli apporti qualificati (v. l'art. 24 della l. n. 262/2005) o la soluzione delle audizioni "corali", che però possono divenire difficili da governare.

Non occorre enfatizzare tali aspetti – spesso sono i regolati che spontaneamente contengono e coordinano in modo razionale la loro partecipazione –, ma per rimediare si può immaginare di valorizzare anche forme "intermedie" di partecipazione pubblica consentite oggi dalle moderne tecnologie. Si pensi, ad esempio, al portale del governo americano o ai siti di alcune agenzie europee (e, occorre dirlo, anche di alcune amministrazioni nazionali) dove si trovano pubblicati – in un contesto unitario, ancorché virtuale – i commenti di tutti i partecipanti alle procedure di consultazione.

c) **Le garanzie nel processo: quale giudice**

La collocazione delle Autorità indipendenti nel sistema dei pubblici poteri aveva fatto dubitare, inizialmente, che il controllo del giudice sui loro atti potesse estendersi al di là dei profili strettamente formali. Questa posizione è stata nel tempo superata, ma restano ancora aperti i problemi delle forme e dell'intensità del controllo giurisdizionale.

Una prima alternativa si pone tra la giurisdizione ordinaria e quella amministrativa. La soluzione legislativa prevalente è nel senso di prevedere la giurisdizione amministrativa esclusiva, aperta a conoscere sia degli interessi legittimi sia dei diritti soggettivi (art. 33, l. n. 287/1990; art. 2, l. n. 481/1995; art. 9, d.lgs. n. 259/2003). Ha resistito, però, dopo un temporaneo passo indietro (per effetto della l. n. 205/2000), la giurisdizione civile per le sanzioni di alcune Autorità e Ministeri competenti nei settori finanziari e dell'intermediazione (v., ad esempio, l'art. 145, d.lgs. n. 385/1993; l'art. 195, d.lgs. n. 58/1998; l'art. 10, l. n. 792/1984). Ad essa si affiancano i casi di giurisdizione amministrativa di legittimità sui provvedimenti – diversi dalle sanzioni – adottati dalle amministrazioni che operano nei settori finanziari (art. 24, l. n. 262/2005). Vi è, infine, un caso di giurisdizione esclusiva ordinaria per i provvedimenti del Garante della riservatezza (art. 152, d.lgs. n. 196/2003).

Un quadro così intricato appare criticabile non tanto per la mancanza di simmetria. Il legislatore, piuttosto, sembra avere trascurato le interferenze sostanziali che esistono tra le diverse discipline coinvolte e, allo stesso tempo, tra le amministrazioni incaricate della loro applicazione.

Le normative della concorrenza e le diverse forme di regolazione che oggi conosciamo presentano diverse aree di possibile sovrapposizione e conflitto. Allo stesso modo, le competenze delle Autorità indipendenti sollevano problemi di coordinamento, tra le stesse Autorità e con le altre amministrazioni ed entità pubbliche che a vario titolo concorrono alle funzioni. A tali problemi, come si è detto, si cerca di porre rimedio anzitutto con il contraddittorio procedimentale tra le autorità.

Nella fase del controllo giurisdizionale, nondimeno, tutto ciò fa sorgere altre due esigenze. Da un lato, occorrerebbe trovare nella giurisdizione un momento unificante, in cui sia le norme sia le azioni delle Autorità siano valutate secondo parametri coerenti. Al riguardo, anche se il dibattito su questo punto è ancora aperto specie per il settore antitrust con riferimento al quale è stata prospettata l'opportunità di prevedere esclusivamente la giurisdizione del giudice ordinario, il giudice amministrativo sembra più vocato a elaborare e a raffinare modelli di sindacato dell'azione amministrativa. Dall'altro lato, si dovrebbero superare le ripartizioni di giurisdizione legate alla natura soggettiva delle amministrazioni, invece che ai caratteri delle funzioni esercitate. In questo senso, è andato l'art. 9 del codice delle comunicazioni, con riferimento alle competenze del Ministero e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

d) (segue) quale processo

All'esigenza di concentrazione delle decisioni corrisponde quella di celerità ed efficacia dei processi. I tempi delle relazioni economiche e delle vicende di mercato non sono compatibili con contenziosi che si protraggano troppo a lungo.

Il legislatore, a questo fine, ha associato alle norme sulla giurisdizione amministrativa esclusiva alcune regole *ad hoc* sui tempi e sulle fasi del processo nonché sui poteri istruttori e di decisione del giudice. La disciplina principale in tema è stata introdotta dalla l. n. 205/2000 ma si trovano disposizioni animate dalla stessa *ratio* anche nell'art. 9 del codice delle comunicazioni o nell'art. 24 della l. n. 262/2005. La scelta è apprezzabile, ma andrebbe compiuta senza lasciare spazio a confusioni.

Andrebbe curato meglio, anzitutto, il rapporto tra i diversi processi speciali, anche per superare alcune rigidità della giurisprudenza nell'ammettere la conversione del rito. Si dovrebbe evitare, poi, di sovrapporre le discipline senza introdurre regole espresse di coordinamento. Un confronto emblematico è quello tra la disciplina dell'art. 11 del codice delle comunicazioni e quella dell'art. 24 della l. n. 262/2005. La prima estende al giudizio sugli atti del Ministero delle comunicazioni il regime dell'art. 23-*bis*, l. n. 1034/1971, prima applicabile alla sola Autorità per garanzie nelle comunicazioni. La seconda prevede per le Autorità nei settori finanziari e per l'Autorità garan-

te della concorrenza e del mercato un processo che riproduce in parte il contenuto dell'art. 23-*bis*, senza chiarire se per il resto la norma previgente debba o meno intendersi superata. La prima soluzione sembra scartabile già in via interpretativa, ma con più accortezza nella redazione del testo si sarebbe potuto evitare ogni dubbio in proposito.

e) **(segue) quale controllo**

Affrontando il controllo del giudice sugli atti delle Autorità indipendenti, si potrebbe cominciare, quasi provocatoriamente, dal tema del rapporto tra le garanzie nel procedimento e l'ampiezza della verifica che il giudice è chiamato a compiere. Se, in altri termini, si rafforza il contraddittorio nel procedimento, di modo da consentire all'amministrazione e alle parti di rappresentare in modo compiuto le loro ragioni, occorre poi domandarsi se elementi nuovi e diversi – in sé spendibili sin dal principio – possano essere avanzati per la prima volta in giudizio. Questione che potrebbe rilevare sia per i motivi di ricorso sia per gli elementi che l'amministrazione, anche alla luce della nuovo testo della l. n. 241/1990, fosse tentata di integrare nel corso del giudizio.

La prospettiva più tradizionale è ad ogni modo diversa e – a parte qualche oscillazione nel divieto per le Autorità di integrare la motivazione in giudizio – il problema principale si risolve nella contrapposizione tra un modello di controllo “forte”, in cui la valutazione tecnica dell'Autorità può essere ripetuta e sostituita da quella del giudice, ed un modello di controllo “debole”, in cui il giudice si limita a censurare le valutazioni manifestamente inattendibili. Il controllo “forte” si attaglierebbe meglio alle valutazioni tecniche semplici o comunque basate su scienze esatte, mentre quello “debole” andrebbe riservato ai giudizi opinabili nelle scienze inesatte (come l'economia e le scienze aziendali, che sono spesso al centro delle controversie in tema di regolazione e concorrenza).

La distinzione, fin tanto che il giudizio amministrativo non divenga a tutti gli effetti un giudizio sul rapporto, appare in sé condivisibile. Occorre però non fraintenderne la portata.

I giudici amministrativi stabiliscono la linea di confine tra l'area di sindacabilità e quella di insindacabilità delle valutazioni tecniche non tanto in omaggio a distinzioni formali, bensì in relazione alla tipologia degli interessi pubblici e privati coinvolti. A questa regola, che emerge tra le righe della giurisprudenza sulla discrezionalità tecnica, non fanno eccezione le pronunce sugli atti delle autorità indipendenti.

Il controllo “debole”, inoltre, non preclude l'accesso al fatto che è oggetto di valutazione. Al riguardo, al contrario, il giudice amministrativo dovrebbe superare ogni remora nell'uso degli strumenti istruttori che la legge gli mette a disposizione. Una volta ricostruiti i fatti, il giudice può procedere a una scomposizione e a un'analisi dettagliata del ragionamento delle Autorità,

volto a verificare la tenuta di ciascun passaggio e, alla fine, la coerenza dell'insieme. Il controllo, in sostanza, non deve divenire una sostituzione, ma neppure può fermarsi dinanzi a un teorema induttivo che nel suo complesso appaia plausibile.

6. IL FINANZIAMENTO

Il tema del finanziamento delle Autorità indipendenti è tornato di attualità a seguito delle previsioni contenute nell'art. 1, commi 65 ss. della L. 23.12.2005 n. 266 (Legge finanziaria per il 2006) secondo cui la CONSOB, l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, l'AGCOM e la Commissione di vigilanza sui fondi pensione "sono finanziate dal mercato di competenza, per la parte non coperta da finanziamento a carico del bilancio dello Stato (comma 65). Nel dettaglio si precisa (comma 66) che per l'AGCOM l'entità della contribuzione a carico dei soggetti operanti nel settore delle comunicazioni è fissata per il 2006 in misura pari all'1,5 per mille dei ricavi. Mentre per l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici il versamento del contributo è "condizione di ammissibilità dell'offerta nell'ambito delle procedure finalizzate alla realizzazione di opere pubbliche". Per l'Autorità antitrust il contributo dovrà essere corrisposto dalle imprese tenute all'obbligo di comunicazione delle operazioni di concentrazione.

Nulla invece si dice sull'Autorità per l'energia.

Tali disposizioni pongono in primo luogo un problema di compatibilità comunitaria. Si deve osservare infatti che il "finanziamento dal mercato di competenza" non può e non deve configurarsi come una prestazione patrimoniale coattiva a carico degli operatori, ulteriore rispetto a quelle consentite dal quadro normativo comunitario. A tal proposito si rammenta la sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee del 18.9.2003 nelle cause C-292/01 e C-293/01 che ha dichiarato illegittimo il contributo speciale a carico delle imprese di telecomunicazioni istituito dall'art. 20, comma 2, della L. 23.12.1998, n. 448 (si trattava della legge finanziaria per il 1999).

Tale precedente specifico non sembra essere stato tenuto a mente dal legislatore sempre alle prese – quale che sia il colore della maggioranza parlamentare – con l'esigenza di mantenere o ricondurre il disavanzo pubblico nei limiti indicati dalle autorità comunitarie.

La inevitabile considerazione è che una futura pronuncia di illegittimità della Corte di Giustizia potrebbe obbligare le Autorità finanziate dal "mercato di competenza" a restituire quanto ricevuto. Come pure potrebbe legittimare un rifiuto al pagamento dei contributi da parte dei soggetti colpiti dalla norma (ed in effetti è quanto annunciato dalle SOA con riguardo ai contributi dovuti all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici).

Il che porta a considerare lo stretto legame che viene a crearsi fra l'essenziale qua-

lità di “indipendenza” attribuita alle autorità ed il loro finanziamento.

Il considerando 11 della Direttiva 21/02 (Direttiva quadro sulle comunicazioni elettroniche) afferma che *“Le autorità nazionali di regolamentazione dovrebbero essere dotate di tutte le risorse necessarie, sul piano del personale, delle competenze e dei mezzi finanziari, per l’assolvimento di compiti loro assegnati”*.

L’art. 23 della Direttiva 54/03 e l’art. 25 della Direttiva 55/03, entrambi al comma 7, si esprimono in maniera indiretta richiedendo che gli Stati adottino “i provvedimenti necessari” affinché le autorità nazionali siano in grado di esercitare le funzioni loro attribuite dalle direttive. Il Libro bianco sui servizi di interesse generale afferma (par. 2.2) che *“gli Stati membri dovrebbero tener conto delle funzioni sempre più complesse delle autorità di regolamentazione e fornire a queste ultime tutte le risorse e gli strumenti necessari”*.

Il problema va visto sotto un duplice profilo. Il primo, ovvio, è che senza adeguate risorse finanziarie è impossibile per le autorità svolgere i compiti affidati loro. L’adeguatezza degli stanziamenti va valutato in una dimensione europea per individuare alcuni parametri comuni (personale necessario, strutture, attività) da riportare poi all’interno del singolo paese per determinare il costo di tali “fattori della produzione”.

Nel contempo vi è un secondo profilo, più sottile ma non meno importante.

Una volta determinato il fabbisogno finanziario delle autorità non è indifferente il modo attraverso il quale esso viene coperto. Il riferimento al “mercato di competenza” appare infelice nella misura in cui carica le autorità di occupazioni e pre-occupazioni para-fiscali portandole a doversi impegnare non solo dal punto di vista della corretta spesa, ma anche da quello del massimo “gettito”.

Inoltre il legame diretto che viene a crearsi fra chi effettua l’esborso e chi lo percepisce rischia di favorire processi di “cattura” del regolatore da parte dei regolati, ben disposti a subire una imposizione anche elevata pur di avere una autorità compiacente. Per evitare tali rischi la risposta sta naturalmente nel far carico alla fiscalità generale il funzionamento delle autorità come degli altri organi dello Stato. Le inevitabili implicazioni di finanza pubblica possono essere (e dovrebbero essere) risolte attraverso provvedimenti di razionalizzazione delle entrate anche relative al “mercato di competenza” (per quello delle comunicazioni elettroniche e radiotelevisivo si pensi solo all’assoluta disparità nel “costo” delle frequenze utilizzate dai diversi servizi).

7. LA NOMINA

a) Chi nomina

La legislazione vigente in materia di Autorità indipendenti prevede una pluralità di meccanismi di nomina, stratificatisi nel corso degli anni. Si possono distinguere, essenzialmente, tre modelli. Nel primo, le nomine sono

demandate a organi distinti dal Governo e che ricoprono funzioni di garanzia di particolare rilievo costituzionale. È il caso dell'Autorità antitrust, le cui nomine sono deliberate dai Presidenti della Camera e del Senato (art. 10, l. n. 287/1990). Nel secondo, le nomine vengono affidate al Parlamento, che decide con procedure o maggioranze peculiari. Rientrano in questa categoria il Garante della riservatezza (art. 153, d.lgs. n. 196/2003) e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (art. 1, co. 3, l. n. 249/1997, per le Commissioni; la nomina del Presidente è però governativa). Il terzo modello, infine, affida le nomine al Governo, con decisioni che assumono poi la veste formale del decreto del Presidente della Repubblica. Ciò accade per la Consob (art. 1, l. 216/1974), l'Isvap (l.n. 576/1982), e, oggi, la Banca d'Italia (art. 19, co. 8, l. n. 262/2005).

Ciascuno di questi modelli è astrattamente in grado di assicurare nomine di alta professionalità ed indipendenza. In concreto, tuttavia, nessuno di essi può rimuovere del tutto il dubbio che alla base della nomina vi sia un rapporto fiduciario, di tipo politico, incompatibile con lo statuto delle Autorità indipendenti: non la nomina governativa, che per sua natura si presterebbe a contaminazioni di tal genere, ma neppure quella parlamentare (che potrebbe limitarsi a riflettere la dialettica maggioranza-opposizione) o quella espressa dai Presidenti delle Camere (a loro volta espressione di maggioranze politiche). I congegni alternativi astrattamente ipotizzabili sono numerosi. I più estremi possono portare a scindere in modo netto il potere di designazione (eventualmente di una rosa di nomi) da quello di nomina, quest'ultimo da attribuirsi a soggetti in posizione neutrale o alle forze dell'opposizione. È stato ipotizzata persino l'introduzione di meccanismi di sorteggio tra liste di idonei. Occorre riflettere, tuttavia, sull'allontanare troppo le nomine dagli organi che dispongono della responsabilità politica primaria. Le nomine dei vertici di apparati amministrativi di così grande rilevanza sono esse stesse "atti di governo", della cui adeguatezza è bene che qualcuno porti la piena responsabilità. Tutto ciò può indurre a non attribuire enfasi eccessiva all'individuazione dei titolari del potere di nomina, poiché l'indipendenza effettiva delle Autorità dipenda in realtà da una pluralità di altri fattori.

b) Quali criteri

In effetti, le norme stabiliscono vari criteri sostanziali e procedurali di scelta, che potrebbero essere valorizzati proprio al fine di offrire maggiori garanzie sull'indipendenza delle Autorità.

Quanto ai primi, i criteri di nomina generalmente prevedono il duplice requisito dell'indipendenza e della competenza dei nominati. Sotto il profilo procedurale, invece, soltanto le nomine governative sono sottoposte al vaglio delle commissioni parlamentari (l. n. 14/1978; l. n. 481/1995), che talvolta possono anche procedere all'audizione dei soggetti designati (per la Con-

sob, art. 1, l. 216/1974; per le Autorità nei servizi pubblici; l. n. 481/1995). Una prima ipotesi potrebbe essere quella di introdurre obblighi di trasparenza e motivazione. Senza che ciò trasformi il procedimento in una sorta di selezione comparativa, la maggiore trasparenza formale dell'atto potrebbe aprire la strada a un sia pur limitato controllo giurisdizionale, quantomeno rispetto alle ipotesi più evidenti di cattivo uso del potere di nomina. In una recente pronuncia, il Tar Lazio non ha escluso *a priori* questa strada, ancorché con riferimento ad atti formalmente imputabili ai Presidenti delle Camere (Tar Lazio, n. 13160/2005). Il ricorso è stato, tuttavia, dichiarato inammissibile per difetto di legittimazione, il che pone il diverso problema dei soggetti che hanno titolo a far valere il vizio del procedimento di nomina.

L'altra possibile strada è quella di generalizzare ed enfatizzare il contraddittorio nella procedura di nomina, in modo da sottoporre i soggetti designati, anche nel corso di audizioni pubbliche, a una verifica incrociata dei loro requisiti (del genere seguito per le Autorità nei servizi pubblici; art. 2, l. n. 481/1995; v. anche le nomine dei Commissari europei).

Il potere speculare alla nomina, quello di revoca, resta quasi sempre privo di una disciplina specifica (fa parziale eccezione la Consob, nel caso della sua "impossibilità di funzionamento"; art. 1, l. n. 216/1974). La lacuna andrebbe colmata per evitare situazioni di stallo – rare ma non impossibili – tanto più che il potere di revoca non è di per sé inconciliabile con l'indipendenza delle Autorità (v., ad esempio, l'art. 11, par. 4, dello Statuto SEBC). Occorre soltanto che se ne circoscrivano rigorosamente i presupposti e che se ne accompagni l'esercizio con le dovute cautele procedurali.

La legge, infine, potrebbe definire in modo più stringente le incompatibilità, precedenti e successive, all'esercizio delle cariche. Quelle precedenti, servirebbero per limitare la discrezionalità nella scelta almeno in relazione a quegli aspetti che possano incidere in modo più evidente sull'indipendenza del nominato sia dalla politica partitica sia dalle imprese controllate. Le incompatibilità successive, invece, dovrebbero estendersi non solo alle imprese private, ma anche ad altre amministrazioni e soggetti pubblici (o privati in partecipazione pubblica) e tendere a evitare che l'incarico in un'Autorità indipendente si riduca ad una tappa del *cursus honorum*.

c) Quali organi

Con la recente riforma della Banca d'Italia, gli organi di vertice delle Autorità sono ormai tutti di tipo collegiale. La collegialità, come è noto, premia la discussione e la riflessione, ma può attenuare il senso di responsabilità dei decidenti. Le due cose si possono coniugare prevedendo adeguate garanzie di trasparenza per la formazione della volontà del collegio, oltre che la possibilità di esprimere e motivare le "opinioni dissenzienti".

Accolta la collegialità, l'altro problema da risolvere è quello del ruolo da attri-

buire al Presidente, se cioè gli si debba riconoscere un ruolo di supremazia forte o di semplice *primus inter pares*. La prima soluzione può semplificare il processo decisionale ma attenua, come è ovvio, il carattere collegiale dell'organo. Ciò, verosimilmente, dovrebbe indurre a trovare una situazione caso per caso, sulla base dei caratteri delle funzioni coinvolte e degli interessi tutelati.

