

La disciplina delle Autorità indipendenti

di Cesare Pinelli

Publicato in “ASTRID – Rassegna” n. 1 del 2006

1. Da noi le Autorità indipendenti sono spuntate un po' come funghi a partire dagli anni Ottanta, senza che fra i giuristi si fosse formato un minimo di acquisizioni sulle ragioni del loro venire al mondo e sulla loro possibile collocazione nell'ordinamento costituzionale. In sede politica, poi, non mancò qualche confusione più o meno interessata con quelle che gli americani chiamano *executive agencies*, ossia le agenzie amministrative che si trovano in condizioni di relativa autonomia strutturale, restando assoggettate agli indirizzi politici governativi.

Oggi che si è esaurita la spinta creativa e si è sviluppata una certa esperienza, sappiamo che l'istituzione delle Autorità deriva spesso, in tutti i Paesi sviluppati, da profonde trasformazioni dei rapporti fra individui, gruppi e pubblici poteri, e siamo in grado di isolare con un buon grado di approssimazione il gruppo di Autorità che conveniamo di definire indipendenti. Ma la nascita per funghi continua a farsi sentire. Per contingenti ragioni le relative leggi istitutive, definite talvolta dei “semilavorati” (U. Romagnoli, *Autorità di garanzia e regolazione del pluralismo*, in AA.VV. *Regolazione e garanzia del pluralismo*, Milano, 1997, 60), hanno conformato le Autorità secondo criteri sensibilmente diversi quanto a modalità e requisiti di nomina, durata del mandato, numero dei membri, incompatibilità; perfino il divieto di rinnovo del mandato, considerato un requisito indefettibile di indipendenza, soffre di qualche eccezione.

Una prima esigenza di disciplina si pone dunque con riferimento a un riordino degli aspetti strutturali, da rendere il più possibile comuni alle Autorità indipendenti con apposita legge ordinaria. In alcuni progetti di iniziativa parlamentare presentati nella corrente legislatura (Amato ed altri (AS 956), Letta ed altri (AC 2052)), è prevista una disciplina comune del numero di membri (cinque), della durata del mandato (quattro anni), dei requisiti di eleggibilità, delle incompatibilità, del potere regolamentare, dei procedimenti, dei poteri sanzionatori e del procedimento di nomina, attribuita al Governo previo parere di una Commissione bicamerale per i rapporti con le Autorità appositamente istituita.

Alcuni punti sono tuttora controversi, e non solo sul piano politico. Ciò vale soprattutto per il potere di nomina, anche se l'ipotesi di una Commissione parlamentare *ad hoc* non varrebbe solo a temperare l'attribuzione delle nomine al Governo, ma aprirebbe un circuito permanente di rapporti del Parlamento con le Autorità, che non le sottoporrebbe a sanzioni dirette ma a misure di trasparenza e responsabilità e a doveri di cooperazione tali da ridisegnarne, come vedremo, la collocazione nel sistema istituzionale.

In ogni caso, una legge simile non basterebbe a soddisfare altre esigenze. A parte il problema della scarsa resistenza all'abrogazione, destinato a restare aperto fino a quando nel nostro ordinamento non si introdurrà la categoria delle leggi organiche, di grado intermedio fra legge ordinaria e Costituzione (previste ad es. negli ordinamenti francese e spagnolo), la legge dovrebbe accompagnarsi alla soluzione di questioni strettamente connesse.

Mi riferisco al fondamento costituzionale delle Autorità e all'assetto delle loro funzioni. La necessità di assicurare un fondamento costituzionale alle Autorità deriva, in primo luogo, dalle deroghe al principio di separazione dei poteri determinate dalla loro struttura e dai loro compiti. Dalla loro struttura, perché l'indipendenza (anche) dal potere politico collide col principio di legalità tradizionalmente inteso. E dai loro compiti, che spesso consistono come sappiamo in una combinazione di funzioni normative, esecutive e quasi-giurisdizionali.

2. Finora la Corte costituzionale ha affrontato sporadicamente, e in occasioni forse non decisive, il problema del fondamento costituzionale delle Autorità. In un giudizio promosso da talune Regioni che coinvolgeva l'istituzione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, la Corte ebbe a qualificarla come "un nuovo organismo collegiale di alta qualificazione, chiamato ad operare in piena autonomia rispetto agli apparati dell'esecutivo ed agli organi di ogni amministrazione", e se la cavò rilevando che "Le attribuzioni dell'Autorità non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo: esse esprimono una funzione di garanzia, in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo" (sent. n. 482 del 1995).

L'intento di circoscrivere l'innovazione, giustificandola col rilievo che le attribuzioni dell'Autorità in questione non surrogano quelle di altre amministrazioni, potrebbe forse spiegarsi con sue caratteristiche peculiari, visto che essa fu istituita nel 1994 in risposta al bisogno di un'autorità terza in un settore dell'amministrazione rivelatosi molto permeabile dagli interessi privati. Si trattava in sostanza di ripristinare il principio costituzionale di imparzialità; ma a parte il fatto che le funzioni di vigilanza coprono solo un segmento delle attività del settore, è dubbio, per le ragioni che vedremo, che tale Autorità sia accomunabile alle altre.

In altre due occasioni la Corte veniva chiamata a giudicare dell'ammissibilità di certe Autorità (rispettivamente il Garante per l'editoria e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni) fra le parti di un conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato, che venne esclusa con l'argomento che pur godendo "di una posizione di particolare indipendenza all'interno dell'ordinamento", le attribuzioni delle Autorità sono "disciplinate dalla legge ordinaria, prive di uno specifico rilievo costituzionale, quindi non idonee a fondare la competenza della medesima a dichiarare definitivamente la volontà di uno dei poteri dello Stato" (ordd. nn. 226 del 1994 e 137 del 2000). La soluzione opposta, in quanto potenzialmente estensibile a tutte le Autorità, avrebbe però modificato radicalmente il sistema dei conflitti di attribuzione; e del resto, più che sull'assenza di uno specifico rilievo costituzionale, la motivazione sembra incentrata sul difetto di competenza a dichiarare definitivamente la volontà di un potere dello Stato, che trova riscontro nella suscettibilità di impugnativa giurisdizionale delle decisioni delle Autorità.

Fino ad oggi la Corte non è stata mai investita da un'Autorità indipendente di una questione di legittimità costituzionale in via incidentale, e quindi della legittimazione della stessa Autorità quale giudice *a quo*. Un'occasione del genere sarebbe a mio giudizio il vero banco di prova della collocazione delle Autorità nel nostro sistema, ed è stata significativamente evitata, a dimostrazione di uno stato di perdurante precarietà costituzionale.

3. Più che attraverso un giudizio di cui nessuno intende correre i rischi, l'attuale stato di precarietà potrebbe venire superato per la via maestra della revisione costituzionale.

Il progetto della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali stabiliva che "Per l'esercizio di funzioni di garanzia o di vigilanza in materia di diritti e libertà garantiti dalla Costituzione la legge può istituire apposite Autorità. 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, o requisiti di eleggibilità e le condizioni di indipendenza. Le Autorità riferiscono alle Camere sui risultati dell'attività svolta" (art. 109).

Secondo il testo di riforma della II Parte della Costituzione approvato in seconda deliberazione dalle Camere e pubblicato sulla G.U. del 18 novembre 2005, n. 269, "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'articolo 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" (art. 98-*bis*). Inoltre il testo conferisce al Presidente della Repubblica il potere di nominare i presidenti delle Autorità indipendenti (art. 87, quinto comma).

Come si vede, i due testi differiscono per quanto riguarda il procedimento di nomina: il progetto della Bicamerale affidava la nomina di tutti i titolari al Senato a maggioranza dei tre quinti, mentre la riforma della Seconda Parte di recente approvata dalle due Camere prevede la nomina del solo Presidente delle Autorità in capo al Presidente della Repubblica, lasciando implicitamente alla legge la determinazione delle modalità di nomina degli altri componenti. Per il resto i due testi sono del tutto simili, a dimostrazione di una condivisa esigenza di disciplinare in Costituzione le Autorità indipendenti con preminente riguardo alle funzioni di garanzia e vigilanza in materia di diritti di libertà costituzionalmente garantiti.

Non è meno importante, però, chiarire qualcosa che un testo normativo, tanto più se di livello costituzionale, lascia giocoforza in una zona di penombra. Davvero è sufficiente, ai fini della giustificazione costituzionale delle Autorità indipendenti, che esse esercitino le loro funzioni in condizioni di indipendenza dagli organi di indirizzo politico in vista della garanzia e della vigilanza in ordine a diritti costituzionalmente riconosciuti? Basterebbe una tale definizione a scongiurare il rischio di un'indiscriminata crescita delle Autorità, e di una corrispondente rinuncia del Parlamento ai propri compiti di deliberazione politica?

Porre queste domande equivale a chiedersi perché su certe classi di diritti e non su altre si è prospettata l'esigenza di istituire autorità di regolazione e garanzia "terze" rispetto ai pubblici poteri politicamente responsabili e ai cittadini, quali modalità di esercizio delle funzioni connotino le autorità terze distinguendole dai pubblici poteri politicamente responsabili, e, per quella via, quali limiti incontri il Parlamento nell'istituirle.

4. A queste domande sono state fornite diverse risposte a seconda dei giudizi sulla istituzione di Autorità indipendenti operanti sul mercato, e in particolare dell'Autorità antitrust. Alcuni vi videro una "rivolta del mercato contro la progressiva amministrativizzazione dell'economia", imposta dalla "natura delle cose" (F. Merusi, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di F. Bassi e F. Merusi, Milano, 1993, 154 ss.). Altri, ripresa la suggestiva critica *schmittiana* alla "neutralizzazione" di funzioni politiche, la considerarono come il segnale dell'affermarsi di una "interpretazione liberistica della Costituzione" che avrebbe cessato di operare in campo economico ogni "bilanciamento dei valori privati con valori o fini sociali/pubblici" (M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, 157).

Sono tesi opposte negli esiti, ma comuni nel presupposto, che consiste nel ricondurre la dinamica dei rapporti intersoggettivi all'antinomia fra Stato e mercato, o fra pubblico e privato. Quando è così, si continua a girare intorno a quale dei due poli debba o possa prevalere sull'altro. Se ne può uscire solo se si considera l'incombere di una diversa antinomia, quella fra monopolio e

concorrenza, con i conseguenti rischi della prevalenza della “legge del più forte”, sia esso pubblico o privato, e della compressione di diritti e libertà costituzionalmente garantite. Non devo richiamare le origini dello *Sherman Act* negli Stati Uniti né le acquisizioni raggiunte dagli ordoliberali della Scuola di Friburgo negli anni Trenta. Certo è che è su queste basi concettuali, e sulla forte spinta della Comunità europea, che un’Autorità antitrust venne istituita anche in Italia (v. per tutti G. Amato, *Il gusto per la libertà, L’Italia e l’Antitrust*, Bari, 1998, 6 ss.).

Partendo da lì, si può arrivare facilmente a capire perché le Autorità indipendenti siano state istituite in riferimento alla garanzia di certe classi di diritti e non di altre. Il che non esclude necessariamente che la tutela di un’autorità “terza” riguardi situazioni più lontane dai mercati o non sempre direttamente coinvolte dai mercati, come quelle cui hanno riguardo il Garante per la protezione dei dati personali e la Commissione per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali. L’essenziale è che si tratti di situazioni costituzionalmente garantite che senza la tutela di un’Autorità indipendente verrebbero con ragionevole certezza sacrificate. Di situazioni, cioè, che la legislazione, e i tradizionali apparati amministrativi in sede di attuazione, non potrebbero tutelare con altrettanta efficacia in ragione della maggior rigidità dei loro interventi e/o della peculiare prossimità agli interessi presenti nel singolo settore. Non è che, per questo, la legislazione possa rilasciare una sorta di mandato in bianco alle Autorità nei rispettivi settori di intervento. Essa deve precostituire una cornice adeguata di obiettivi, regole e standard. Il loro perseguimento e il loro rispetto rimangono tuttavia affidati alle Autorità, anche sotto il profilo normativo.

Questo è, potremmo dire, il test di giustificazione costituzionale delle leggi istitutive delle Autorità indipendenti, capace di assicurarne il fondamento, e nello stesso tempo di impedire l’introduzione di Autorità non necessarie e la conseguente rinuncia del Parlamento a compiti di deliberazione politica costituzionalmente dovuti, come talora si ritiene sia già avvenuto altrove (così, a proposito degli Stati Uniti, Schoenbrod, *Power without Responsibility. How Congress Abuses the People Through Delegation*, New Haven-London, 1993).

Un test del genere sarebbe a mio avviso superato nei casi dell’Autorità Garante per la concorrenza ed il mercato in riferimento all’art. 41 Cost., della CONSOB in riferimento all’art. 47 Cost., dell’Autorità di garanzia per le comunicazioni in riferimento all’art. 21 Cost., del Garante per la protezione dei dati personali in riferimento all’art. 2 Cost., dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas in riferimento alla tutela delle situazioni costituzionalmente garantite degli utenti dei servizi di pubblica utilità, della Commissione di garanzia per l’attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali in riferimento alla tutela delle situazioni costituzionalmente garantite degli utenti dei pubblici servizi.

Il test non sarebbe invece superato nei casi dell'ISVAP, della COVIP e dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, ora perché la preposizione a compiti di tutela di diritti costituzionalmente garantiti appare più incerta, ora perché, allo stato, i requisiti dell'indipendenza dal governo appaiono insufficienti.

5. L'indipendenza è una condizione fondamentale di operatività ma non la giustificazione costituzionale delle Autorità. Diversamente si aprirebbe, di nuovo, lo spazio per una loro proliferazione incontrollata. Il confine fra indipendenza e separazione fra politica e amministrazione, che è regola connotativa dell'operare delle amministrazioni tradizionali, è infatti un confine fluido, al punto che il *Rapport Public 2001* del *Conseil d'Etat* si è spinto a raccomandare una più intensa separazione degli apparati pubblici dalla sfera politica onde prevenire un'indebita crescita delle Autorità. Rimane da vedere a quali condizioni si può ritenere assicurata l'indipendenza, come viene assicurata nella vigente legislazione, e come potrebbe esserlo nella prospettiva di un riordino dei profili strutturali delle Autorità.

La nozione presenta aspetti fortemente problematici, sia perché va assicurata su due fronti - il potere politico e gli interessi di settore -, sia perché non è per nulla pacifico il suo temperamento con le esigenze di trasparenza e con le specifiche misure di responsabilità che possono imputarsi alle Autorità. E il problema diventa ancora più acuto quando si scopre l'obsolescenza di certi assetti legislativi al mutare delle condizioni esterne che li giustificavano.

Lo dimostra, sotto uno specifico profilo, il recente caso della Banca d'Italia, che pure per tradizione non rientra nel novero delle Autorità indipendenti. A questo proposito, le vigenti previsioni sul mandato del Governatore si possono mettere utilmente in relazione con il mutamento delle funzioni della Banca d'Italia intervenuto nel corso degli anni Novanta.

Fino ad allora, l'Istituto di emissione svolgeva la duplice funzione di garante della stabilità monetaria e di organo di vigilanza sulle banche, in massima parte di proprietà pubblica. E le previsioni sulle modalità di rinnovo della carica del Governatore (r.d. n. 1067 del 1931, sostanzialmente confermato sul punto dalla l. n. 13 del 1991), in un assetto interno fortemente sbilanciato a favore di una sua preminenza sul Consiglio superiore, non ostacolavano una prassi procedurale che configurava un mandato a tempo indeterminato. In un contesto nel quale l'indipendenza della Banca d'Italia andava salvaguardata quasi esclusivamente dal potere politico, il cosiddetto "mandato a vita" del Governatore acquisiva un evidente significato di garanzia. L'asimmetria fra le scadenze elettorali, che sono ovunque occasioni di spesa facile, e la durata del mandato dell'organo di vertice proteggeva la finanza pubblica da focolai inflazionistici, e

concorreva a fare della Banca d'Italia un deposito di saggezza e di esperienza immune dal trascorrere degli indirizzi politici delle singole legislature.

Col Trattato di Maastricht e ancor più con l'entrata in circolazione dell'euro, la garanzia della stabilità monetaria passa nelle mani della Banca Centrale Europea. Alla Banca d'Italia rimane la funzione di vigilanza sulle banche, e le rimane integralmente, poiché la l. n. 287 del 1990 istitutiva dell'Antitrust mantiene in capo ad essa i compiti di garanzia della concorrenza nel mercato bancario.

Anche qui, però, con la liberalizzazione del settore, il contesto in cui operano i requisiti strutturali di indipendenza della Banca d'Italia cambia completamente, nella misura cui l'organo di vigilanza è chiamato ad operare sul mercato europeo e il parametro di sana e prudente gestione va riferito a banche nel frattempo privatizzate (indipendentemente dalle gravi discrasie fra la Direttiva 12/2000, che configura l'autorizzazione alla costituzione di un'impresa bancaria come atto vincolato, subordinatamente al rispetto dei requisiti prescritti dalla legge, e il TUB, che la configura come atto discrezionale della Banca centrale). La normazione comunitaria sottopone insomma al principio di concorrenza anche i settori dell'economia italiana che non la Costituzione ma la prassi avevano ridotto a "un sistema di oligopoli amministrati o di capitalismo senza mercato" (A. Predieri, *Il potere della banca centrale: isola o modello?*, Passigli, Firenze, 1996, 131).

Le funzioni della Banca d'Italia diventano, così, molto più simili a quelle di un'Autorità indipendente. E la sua indipendenza va salvaguardata non solo dal potere politico nazionale, ma soprattutto dagli interessi privati operanti nel mercato creditizio. La ricerca degli indici di indipendenza deve ora tener conto di un sistema europeo di banche centrali per i cui vertici sono previsti mandati non superiori ai sette anni, e regole di collegialità e trasparenza più stringenti di quelle attualmente vigenti in Italia. Su questi rilievi si è infatti incentrato il parere della BCE del 6 ottobre scorso (CON/2005/34) sul d.d.l. recante interventi per la tutela del risparmio che concerne la Banca d'Italia, che si limita a prevedere un mandato settennale per il Governatore lasciando immutati tutti gli altri profili.

Il caso della Banca d'Italia dimostra fino a che punto i mutamenti concernenti le funzioni di un organo di vigilanza e di garanzia possono condizionare la configurazione dei requisiti strutturali di indipendenza. Un'indipendenza che, tanto più per le Autorità di cui ci occupiamo, non consiste nel predisporre le condizioni di uno splendido isolamento, ma va costruita tenendo conto dei circuiti istituzionali in cui sono inserite, e che per le Autorità che agiscono sul mercato fanno capo anche all'Unione europea.

Basti pensare, oltre naturalmente all'Autorità antitrust, all'AGCOM, che con la Direttiva quadro 2002/21 è divenuta una delle Autorità nazionali di regolazione, oggetto di una penetrante azione di

coordinamento comunitario al fine di conseguire la parità nelle condizioni di accesso ai mercati nazionali. Nello stesso tempo, la Direttiva si propone di omogeneizzare le normative nazionali, introducendo la nozione di “forza di mercato” desunta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di mercato delle telecomunicazioni.

6. Se le funzioni di molte Autorità risentono dell'integrazione europea in misura molto maggiore che all'epoca della loro istituzione, sarebbe sbagliato sottovalutare l'incidenza della disciplina nazionale. Affinché le Autorità possano adempiere efficacemente alle rispettive missioni, i due circuiti vanno visti e costruiti contestualmente, scongiurando fin d'ora il rischio di porle nella situazione schizofrenica di istituzioni sempre più collegate a una dimensione sovranazionale e sempre più estranee a una realtà interna costruita per compartimenti stagni, dove continuano a prosperare monopoli o oligopoli chiusi, strutturazioni corporative degli interessi e delle professioni che vanno al di là degli ordini tradizionali, e in definitiva organizzazioni dove la libertà di accesso, più che vista come un diritto da far valere a certe condizioni, è temuta come un attentato ai diritti di chi è dentro.

E' questo l'ambiente meno favorevole all'adempimento delle diverse missioni cui le Autorità sono state preposte dallo stesso legislatore. E, in un ambiente simile, più si concepisce l'indipendenza come una condizione di isolamento istituzionale, più si favorisce il perpetuarsi dei compartimenti stagni.

Vi è una seconda possibile accezione di indipendenza, che ferme restando certe garanzie essenziali attinenti a composizione e struttura dell'organo – mandato a termine e non revocabile salve fattispecie limitate e puntualmente disciplinate, scelta degli eligendi secondo criteri di elevata qualificazione professionale, modalità di nomina credibili, dotazioni finanziarie sufficienti – si alimenta attraverso l'autorevolezza conquistata nella rete di comunicazioni e relazioni con gli interlocutori istituzionali e professionali e con le categorie interessate. E' vano cercare l'autorevolezza nell'isolamento e nell'esclusiva titolarità di saperi e competenze tecniche; l'unico modo per raggiungerla, posso dirlo per esser stato componente della Commissione di garanzia per lo sciopero, è ricercare il consenso sulla base di condizioni il più possibile chiare ed equilibrate in modo da porre tutti gli interlocutori del settore di fronte alle proprie responsabilità, specie quando si tratti di procedere a regolamentazioni destinate a contemperare interessi costituzionalmente garantiti.

Sul fronte dei rapporti istituzionali, il legislatore può sicuramente fare più di quanto non abbia fatto in alcune discipline istitutive. Può connotare l'indipendenza in modo da non disgiungerla da misure di trasparenza, di responsabilità e di cooperazione. Va ad esempio in questo senso l'istituzione,

proposta nei progetti di legge citati all'inizio, di una Commissione bicamerale chiamata fra l'altro ad esprimersi sui pareri e sulle segnalazioni formulate dalle Autorità in ordine alle modifiche legislative e regolamentari negli ambiti di rispettiva competenza, e a trasmetterli al Governo. Sarebbe anche un primo passo in direzione di riforme amiche. Di riforme cioè orientate allo sviluppo degli indirizzi che hanno guidato l'introduzione di molte Autorità, in contrasto con i compartimenti stagni e i privilegi che ancora dominano il campo.