

## **L’innesto costituzionale delle Autorità indipendenti: problemi e conseguenze**

*di Enzo Cheli*

1. Il tema dell’innesto costituzionale delle Autorità indipendenti è, in sostanza, il tema della collocazione di questi organismi nel quadro dei poteri dello Stato o, più in generale, dei poteri pubblici. Chi affronta questo tema deve cercare di dare risposta ad alcune domande: cosa sono le Autorità? A cosa servono? Qual’è la ragione della loro indipendenza? Qual è, in conseguenza di questa indipendenza, la loro collocazione nel sistema dei poteri pubblici?

Nella scienza pubblicistica la risposta a queste domande è stata per lo più considerata un “rompicapo costituzionale”.

Le ragioni del “rompicapo” sono diverse.

La prima è che le Autorità indipendenti rappresentano, per il nostro paese - e più in generale per i paesi europei di tradizione continentale - un’esperienza recente, che non ha ancora avuto modo di assestarsi sul terreno costituzionale .

La seconda ragione è che le Autorità indipendenti rappresentano, rispetto ai modelli ordinari di amministrazione propri dei paesi europei continentali (e in particolare dei paesi retti da governi parlamentari), una anomalia legata ad una duplice “devianza”. La prima “devianza” è data dal fatto che le Autorità indipendenti - proprio per la loro indipendenza - si sottraggono al rapporto di subordinazione che lega tutte

amministrazioni statali al Governo, (per la costituzione italiana questo avviene, com'è noto, ai sensi degli artt. 95 e 97) e di conseguenza interrompono, per i settori affidati alle Autorità, il rapporto di responsabilità che lega il Governo al Parlamento. La seconda “devianza” si collega, invece, al fatto che le Autorità indipendenti - dal momento che sono chiamate a svolgere abitualmente funzioni di normazione, di vigilanza e di risoluzione delle controversie - derogano al principio di separazione dei poteri sotteso al nostro impianto costituzionale, principio secondo cui le funzioni normative, amministrative e giurisdizionali devono essere esercitate attraverso apparati distinti.

Alla luce di queste “devianze” è nato in passato un problema di compatibilità delle Autorità indipendenti con il nostro modello costituzionale, così come è nato un problema di legittimazione, dal momento che questi soggetti sono sganciati dai circuiti ordinari della legittimazione democratica, per fondarsi esclusivamente su una legittimazione tecnocratica legata ai requisiti professionali dei loro componenti.

Ma la vera ragione di questa anomalia costituzionale deriva dal fatto che le Autorità indipendenti si ispirano ad un modello che non è proprio delle tradizioni amministrative dei paesi di “civil law”, bensì delle tradizioni amministrative dei paesi di “common law”. Il “rompicapo costituzionale” nasce, dunque, proprio dalla difficoltà di innestare sul tronco di una forma di governo e di amministrazione di tipo continentale un modello di governo ed amministrazione che è nato e maturato in un contesto diverso, nell'ambito della cultura giuridica propria del mondo anglosassone.

2. Detto questo, se vogliamo cogliere i tratti essenziali del problema della collocazione delle Autorità indipendenti nel quadro del nostro assetto costituzionale, conviene innanzitutto ricordare come il fenomeno delle Autorità indipendenti è nato e si è diffuso nel nostro paese.

Il fenomeno (abbiamo detto) è recente, dal momento che - a parte l'istituzione della Consob che avviene nel 1974 - il modello delle Autorità indipendenti si sviluppa in Italia essenzialmente nel corso degli anni 90, nell'arco temporale che va dall'istituzione dell'Autorità per la concorrenza ed il mercato, che avviene nel 1990, all'istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, che avviene nel 1997.

Lo sviluppo rapido e concentrato di questo processo è stato determinato, nel nostro paese, dall'azione convergente di tre fattori.

Un primo fattore, di ordine più generale (o, se vogliamo, strutturale), si è collegato al declino dello Stato interventista, che ha iniziato a manifestarsi fin dagli anni '70 e che ha condotto ad affermare l'esigenza di una crescente separazione tra sfera politica e sfera economica, così da trasformare la presenza dello Stato nei processi economici da un ruolo di attore (o imprenditore) in un ruolo di regolatore (o arbitro imparziale) dei mercati.

Un secondo fattore, strettamente connesso al primo, è venuto a maturazione attraverso l'azione svolta dalle istituzioni comunitarie, specialmente negli anni '80 e '90, ai fini dell'avvio dei processi di liberalizzazione dei servizi pubblici e di privatizzazione delle imprese pubbliche, processi che conducono all'abbattimento dei monopoli statali nei vari campi (trasporti, energia, telecomunicazioni, etc..). Quando, a livello europeo, si giunge a questo passaggio, nasce anche l'esigenza di individuare alcuni "cani da guardia" dei mercati, dal momento che ci si rende conto che la

liberalizzazione, per funzionare, richiede il rispetto di regole imparziali (di natura tecnica e non dipendenti da scelte dei Governi), in grado di garantire, attraverso il rispetto di criteri di trasparenza, obbiettività, non discriminazione, una “corretta competizione” tra le imprese private chiamate a prendere il posto dello Stato e delle imprese pubbliche. Da qui l’esigenza, che non è solo italiana di costruire delle “magistrature economiche”, distinte dai Governi e tecnicamente attrezzate, chiamate a presidiare il corretto svolgimento dei processi di liberalizzazione e privatizzazione. La pressione crescente del diritto comunitario sui diritti nazionali, determinata dallo sviluppo di questo processo, favorisce, d’altro canto, anche la “contaminazione” tra modelli amministrativi diversi, con l’affermazione nei diritti nazionali di modelli imitati da esperienze di altri paesi. Per quanto concerne le Autorità indipendenti il diritto comunitario opera, pertanto, come una sorta di “cavallo di Troia” ai fini della diffusione di un modello tipicamente anglosassone nella sfera delle amministrazioni di diritto continentale.

C’è stato, infine, un terzo fattore, tipicamente nazionale, che è derivato dalla crisi che ha investito il sistema politico italiano agli inizi degli anni ’90 e che ha accelerato il processo generale di arretramento della politica dalla sfera economica: questo spiega la particolare accentuazione che il fenomeno delle Autorità indipendenti ha assunto in questi anni in Italia, favorendo anche una certa casualità del suo sviluppo, legato per lo più a vicende di politica contingente.

3. La diffusione rapida e concentrata del fenomeno delle Autorità indipendenti in assenza di una precisa cornice costituzionale di riferimento ha dato luogo, però, nel nostro paese, ad alcuni inconvenienti.

Un primo inconveniente è stato quello dell'incertezza sulla natura del modello, incertezza determinata anche dalla difficoltà di definire la linea di confine che dovrebbe distinguere le vere Autorità indipendenti dalle amministrazioni speciali e dalle agenzie governative.

Un secondo inconveniente è derivato dalla variabilità delle discipline, che le diverse leggi istitutive hanno tracciato, ispirandosi, in prevalenza, a criteri occasionali: variabilità che ha portato spesso ad adottare soluzioni diverse in ordine alla struttura (nomina, composizione degli organi, durata, status dei componenti, incompatibilità), alle funzioni (di regolazione, di vigilanza, di risoluzione delle controversie); ai procedimenti, ai controlli ed al regime degli atti delle diverse Autorità.

Un terzo inconveniente si è manifestato, infine, nella diversità delle condizioni di indipendenza delle diverse Autorità, fatto, questo, che ha portato ad esiti talvolta opposti, finendo, in certi casi, per attrarre le Autorità sotto la sfera dell'influenza governativa, in altri casi per trasformare l'indipendenza in autoreferenzialità e separazione dal circuito dei controlli e delle responsabilità democratiche.

L'assenza di un "baricentro costituzionale", unita alla varietà degli statuti legislativi adottati, ha spinto di conseguenza le varie Autorità a manifestare vocazioni diverse e ad interpretare in termini diversi il proprio ruolo: con la conseguenza che alcune hanno operato in prevalenza come "magistrature economiche" (o organi di garanzia dei mercati); altre come organi di governo settoriale dell'economia (con una funzione, in certo senso, "complementare" rispetto a quella del Governo e delle

amministrazioni statali); altre ancora come “difensori civici” delle libertà e dei diritti fondamentali dei cittadini coinvolti nello sviluppo dei processi economici. Ulteriore conseguenza è stata che le Autorità, a seconda dei casi, hanno cercato i propri interlocutori più diretti, talvolta nel Parlamento; talvolta nel Governo e nelle amministrazioni centrali; talvolta nelle rappresentanze delle forze del mercato; talvolta, infine, nelle istituzioni comunitarie, spesso con il ricorso a procedimenti informali legati alle mere convenienze del momento.

4. Tutti questi inconvenienti sono stati da tempo percepiti, analizzati e denunciati tanto in sede scientifica che politica ed hanno dato luogo, negli anni passati, a vari tentativi di risposta.

Questi tentativi si sono sviluppati sia sul piano della previsione di uno “statuto” delle Autorità indipendenti in grado di chiarire la natura e la collocazione istituzionale di questi organismi (e, di conseguenza, di precisare il contenuto dell’indipendenza, definendo il rapporto con gli altri poteri dello Stato), sia sul piano della definizione di una legge-quadro in grado di ridurre la variabilità dei modelli, attraverso la determinazione di alcuni criteri-guida o principi omogenei in ordine alla struttura e alle funzioni delle varie Autorità.

Così, nel corso della XIII legislatura, il tema della legge-quadro veniva affrontato nell’ambito di una indagine conoscitiva condotta, tra il 1999 ed il 2000, dalla Commissione Affari costituzionali della Camera, mentre un primo tentativo di definire uno “statuto costituzionale” delle Autorità si operava nel 1997 nella Commissione bicamerale per le riforme costituzionali (presieduta dall’On. D’Alema),

attraverso la formulazione di una norma (l'art. 109 del progetto) che assegnava alle Autorità il compito di esercitare “funzioni di garanzia e vigilanza in materia di diritti e libertà garantiti dalla Costituzione”, con la previsione di una riserva di legge in tema di durata del mandato, di requisiti di eleggibilità e di condizioni di indipendenza, nonché con la previsione di un dovere di riferire alla Camera sull'attività svolta.

Dopo questi primi tentativi, nella XIV legislatura che si è da poco conclusa sono stati poi elaborati, sia per iniziativa del Governo (Ministero della Funzione pubblica) che di singoli parlamentari, vari progetti di legge-quadro (tra tutti si può ricordare il DDL Amato-Letta, presentato nel 2002 contestualmente al Senato ed alla Camera), progetti che, peraltro, non hanno mai superato la prima soglia dell'esame parlamentare. A livello costituzionale, una disciplina specifica per le Autorità indipendenti veniva poi introdotta con la riforma della seconda parte della Costituzione approvata dalle Camere nel novembre 2005 in seconda lettura, ma successivamente bocciata dal corpo elettorale in sede di referendum confermativo. Questa riforma, com'è noto, prevedeva, ai sensi dell'art. 87, una nuova competenza del Capo dello Stato nelle nomine dei Presidenti delle Autorità, mentre ricalcava nella sostanza, nell'art. 98 bis, la formula già adottata nella precedente legislatura dal progetto di riforma della Commissione D'Alema. Una formula che – va subito detto – contribuiva sì a dare un riconoscimento costituzionale (e, conseguentemente, una legittimazione costituzionale) alle Autorità indipendenti, ma che per la sua assoluta genericità, non era comunque in grado di offrire alcuna soluzione al problema della esatta collocazione di questi organismi nel quadro dei poteri statuali. Di conseguenza, alla luce di questa formula, restavano ancora insoluti gran parte dei nodi che la prassi ha fatto emergere in questi primi anni di esperienza. Dire infatti – come diceva l'art.

98 bis del testo della riforma – che le Autorità svolgono compiti di “garanzia e vigilanza” significava dire troppo e troppo poco: troppo per la genericità del richiamo ad una funzione di garanzia; troppo poco per l’omissione di ogni riferimento a funzioni, come quelle di regolazione e di aggiudicazione, che sono poi quelle che più vengono a caratterizzare la novità del modello rispetto alle amministrazioni tradizionali. Parimenti, rinviare interamente alla legge - come faceva l’art. 98 bis – la definizione delle condizioni di indipendenza delle Autorità non si presentava come una risposta sufficiente, dal momento che è proprio l’indipendenza che richiede di essere definita sul piano costituzionale al fine di caratterizzare la “diversità” di questi organismi rispetto alle amministrazioni tradizionali.

Si aggiunga che la norma formulata con l’art. 98 bis non conteneva alcun riferimento al rapporto tra Autorità nazionali ed istituzioni comunitarie, cioè al profilo che , forse, rappresenta, anche alla luce delle direttive più recenti, l’aspetto di maggior novità che si è andato affermando in questa materia. Un aspetto che è venuto sempre più a caratterizzare la natura delle Autorità come organismi di raccordo, di congiunzione tra il diritto comunitario ed il diritto interno, cioè come organismi “bifronti”, collegati tanto con il tessuto costituzionale nazionale, quanto con il tessuto istituzionale comunitario. Questa, d’altro canto, è la ragione per cui le Autorità nazionali – proprio alla luce delle direttive comunitarie che sono venute a imporre la loro presenza in determinati settori – vengono sempre più ad aggregarsi in relais europei e ad operare in stretta sintonia con le istituzioni comunitarie, come strumenti di una già definita e radicata “costituzione economica europea”.

5. Il tema dell'innesto costituzionale delle Autorità indipendenti non ha, quindi, almeno sinora, trovato, nel nostro paese (ma l'osservazione può valere per la maggior parte dei paesi europei di tradizione continentale), risposte soddisfacenti e adeguate.

Il fatto è che questo tema, dal momento che mette in gioco il livello costituzionale, richiede una scelta di fondo che i modelli di disciplina sinora proposti e sperimentati non sembra che abbiano voluto fare. La scelta si lega al fatto che, quando si parla di Autorità amministrative indipendenti, si esprime in sostanza un ossimoro: si esprime cioè una nozione contraddittoria, dal momento che, almeno nei regimi a matrice parlamentare, la caratteristica naturale degli organi investiti di poteri amministrativi sta nel fatto di dipendere dal potere politico e specificamente dai Governi (e questo anche ai fini dell'attivazione di un rapporto di responsabilità verso gli organi elettivi).

Per definire la vera natura delle Autorità a livello costituzionale occorre, dunque, sciogliere questa contraddizione e scegliere quale dei due aggettivi uniti al sostantivo Autorità (l'aggettivo che qualifica le Autorità come amministrative e l'aggettivo che qualifica le Autorità come indipendenti) deve prevalere, così da attribuire a questi organismi la connotazione dominante.

In altri termini, la domanda cui occorre rispondere in sede costituzionale è questa: le Autorità devono qualificarsi essenzialmente per la loro natura amministrativa (quand'anche risultino dotate, in ragione della valenza tecnica delle loro funzioni, di un grado molto elevato di autonomia) o debbono caratterizzarsi essenzialmente sull'asse della loro indipendenza, così da esprimere una dimensione nuova del potere pubblico, dimensione caratterizzata essenzialmente dalla "neutralità" delle decisioni adottate?

In questa seconda versione - certo più prossima al modello anglosassone - le Autorità verranno a collocarsi su un versante che è più vicino alla giurisdizione che al potere amministrativo tradizionale.

Fatta questa scelta di fondo - legata essenzialmente alle caratteristiche dell'indipendenza - tutte le altre potranno discendere come conseguenze. Resta, in ogni caso, evidente che l'esigenza di una copertura costituzionale diviene tanto più necessaria quanto più si intende percorrere la strada del riconoscimento alle Autorità di un potere "neutrale", qualitativamente diverso dal potere amministrativo, ancorché esercitato in forme amministrative.

Alla luce di quanto detto, può risultare anche chiaro come la disciplina relativa alla collocazione delle Autorità non possa essere affidata interamente ad una sola fonte: alla sola norma costituzionale o alla sola legge ordinaria. La sola norma costituzionale rischierebbe di divenire, per gli aspetti relativi alla definizione della struttura e delle funzioni delle Autorità, troppo di dettaglio. La sola legge ordinaria, in mancanza di una piattaforma costituzionale precisa circa l'esatta collocazione delle Autorità nel quadro dei poteri pubblici, rischierebbe di perpetuare gli equivoci che il passato ha fatto registrare.

Da qui l'esigenza di procedere contestualmente attraverso una disciplina che sia in grado di investire tanto il livello costituzionale quanto il livello delle norme generali integrative di tale livello. Ma, in ogni caso, i due interventi (quello costituzionale e quello di legge ordinaria) dovrebbero configurarsi come strettamente complementari e rispondere ad una stessa logica istituzionale.

7. Su questa linea penso che la disciplina costituzionale dovrebbe, quanto meno, contenere un richiamo a taluni profili essenziali quali: a) l'indipendenza, in funzione della "neutralità" delle funzioni; b) i controlli (attraverso cui si definiscono anche i confini esterni dell'indipendenza); c) il sistema di relazioni dirette a collegare le Autorità con gli apparati di riferimento sia nazionali che comunitari.

La legge-quadro dovrebbe poi sviluppare tali principi definendo alcune basi comuni per tutte le Autorità con riferimento particolare alla struttura (criteri di nomina, status e incompatibilità dei componenti; composizione e durata degli organi; responsabilità e possibili revoche e decadenze; autonomia organizzativa, finanziaria e contabile); alle funzioni (poteri di normazione, di controllo e sanzionatori; di risoluzione delle controversie); alle procedure (trasparenza e contraddittorio); al regime degli atti (pubblicità e impugnabilità).

Sempre la legge-quadro dovrebbe, infine, definire il sistema dei possibili raccordi tra Autorità e Parlamento: affidando allo stesso Parlamento il potere di nomina dei componenti, (con maggioranza qualificata, dopo un'audizione pubblica dei designati); rendendo generale un potere di segnalazione delle Autorità; completando la presentazione delle relazioni annuali con un dibattito (nelle Commissioni competenti o in un'apposita Commissione bicamerale da istituire secondo il modello indicato nel DDL Amato-Letta); mentre un capitolo particolare dovrebbe esser dedicato alle procedure di raccordo con le altre Autorità (sia a livello nazionale che europeo) e con le istituzioni comunitarie.

8. Vorrei, a questo punto, concludere rilevando come, in questa materia, al di là della modellistica istituzionale, si presenti sempre utile far riferimento anche alla prassi, cioè al rendimento che l'esperienza delle Autorità ha fatto registrare nel nostro paese. Un rendimento, a mio avviso, elevato e da valutare, almeno nel suo complesso, con favore, sia per quanto concerne l'aspetto dell'apertura dei mercati che l'aspetto della tutela dei diritti dei cittadini e degli utenti. Ed è proprio la valutazione positiva dell'esperienza sinora compiuta che consente anche di prendere posizione in ordine al ruolo che alle Autorità sarà dato giocare negli sviluppi futuri del nostro sistema economico e del nostro assetto istituzionale.

Chi muove da una lettura solo congiunturale di questo fenomeno oggi è, per lo più, portato a registrare la presenza di una fase di declino o di riflusso., dopo l'espansione anomala che questi organismi hanno avuto nel corso degli anni novanta: declino e riflusso connessi tanto alla graduale riconquista di spazi da parte del potere politico, quanto alle resistenze crescenti del potere economico, dopo l'esaurimento della stagione delle regolazioni dirette a livellare i campi di gioco. Questa visione riduttiva ha un suo fondamento di verità, ma trascura un dato essenziale: il fatto che lo sviluppo dell'esperienza delle Autorità indipendenti nel quadro europeo, ancorché condizionata spesso da vicende congiunturali (come è accaduto proprio nel caso italiano), è nata in realtà da un processo più profondo legato a trasformazioni di lunga durata, che hanno coinvolto le costituzioni economiche dei vari paesi sotto la spinta degli sviluppi dei processi di integrazione. Alla luce del diritto comunitario - ormai destinato a prevalere sui diritti nazionali, anche per quanto concerne il livello costituzionale - la presenza di Autorità indipendenti dai Governi e dalle forze del mercato (indipendenti in quanto investite di funzioni "neutrali"), rappresenta ormai un

dato necessario e irreversibile. Per questo, in un quadro di integrazione crescente, le vicende politiche dei singoli Stati membri possono sì segnare battute di arresto, ma non determinare arretramenti sulle linee di sviluppo ormai raggiunte, tanto più in presenza di risultati che l'opinione pubblica tende sempre più a percepire e valutare positivamente sul piano dell'ampliamento della sfera delle libertà individuali.

Si vede così come il tema dell' "innesto costituzionale" delle Autorità indipendenti venga sempre più a trasferirsi dal diritto interno al diritto comunitario e a rappresentare un momento significativo del passaggio tra la già nata e radicata "costituzione economica " e la nascente "costituzione politica" dell'Unione europea.

Il futuro costituzionale delle Autorità indipendenti resta, dunque, oggi, in gran parte legato al futuro del processo di integrazione in atto, oltre che al consenso che l'opinione pubblica sarà in grado di manifestare nei confronti dei risultati raggiunti.