

IL VALORE DELL'INDIPENDENZA *

Marco D'Alberti

SOMMARIO: 1. Caratteristiche e linee evolutive delle autorità indipendenti. – 2. Le ragioni dell'indipendenza. – 3. Tendenze attuali delle autorità indipendenti negli ordinamenti nazionali e sopranazionali. – 4. Le possibili riforme. – 5. Conclusione: la via maestra.

1. Caratteristiche e linee evolutive delle autorità indipendenti

Le autorità amministrative indipendenti hanno due tratti caratterizzanti. Da un lato, sono dotate di elevata *expertise* tecnica: esistono diverse amministrazioni che svolgono funzioni che necessitano di tecnicità, come le agenzie, ma, nel caso delle autorità indipendenti, le norme e la prassi richiedono che la *expertise* sia particolarmente elevata e che ne siano muniti non solo gli uffici ma anche gli organi di vertice. D'altro lato, vi è il connotato essenziale, cioè l'indipendenza, sia dall'indirizzo politico sia dal mercato e dalle imprese regolate.

Come nascono amministrazioni con queste caratteristiche peculiari nella storia dei poteri pubblici? Nascono per esigenze molto diverse a seconda dei casi. Non c'è un modello che presiede all'istituzione delle autorità indipendenti; esse nascono là dove servono. Lo dimostra bene la storia americana, che è una storia molto importante per le autorità indipendenti.

Nel 1887 nasce la prima *federal independent agency*, la *Interstate Commerce Commission*, che si occupa di trasporti terrestri, di ferrovie soprattutto, e viene istituita, nell'intento del legislatore, come autorità di tutela degli utenti delle compagnie ferroviarie, dei passeggeri e di coloro che fanno circolare le proprie merci sopra quei convogli. Dunque, tutela gli utenti nei confronti delle compagnie ferroviarie, che erano tra i soggetti economici più potenti nella realtà americana di quel periodo, insieme ai petrolieri e ai produttori di tabacco.

Nel 1914 nasce la *Federal Trade Commission*, che si aggiunge al *Department of Justice*, un'istituzione interna all'esecutivo, e si affianca ad essa per la tutela della concorrenza e per la protezione dei consumatori.

Nel 1933, a seguito della crisi economica della fine degli anni Venti, nasce la *Securities and Exchange Commission*, a tutela degli investitori e dei risparmiatori, che erano andati in rovina a seguito della crisi di *Wall Street*.

Ciascuna autorità nasce perché c'è un'esigenza in un settore o in una materia: la tutela degli utenti delle ferrovie, la protezione dei risparmiatori, la garanzia della concorrenza.

Se si volesse tracciare una storia europea di queste autorità - che in Italia si sono consolidate quasi un secolo dopo l'avvio statunitense - avremmo delle immagini analoghe. La Consob, negli anni Settanta del XX secolo, è istituita per la tutela dei risparmiatori; nel 1990, l'Autorità antitrust è chiamata a garantire la concorrenza e il libero mercato; e poi l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è preposta alla regolazione delle telecomunicazioni e delle radiotelevisioni.

2. Le ragioni dell'indipendenza

Ecco, ma perché indipendenti? Perché in questi settori, per tutelare risparmiatori, utenti, consumatori, si sente il bisogno dell'indipendenza?

* Nota elaborata per il gruppo di lavoro Astrid "La riforma delle Autorità indipendenti".

Il perché non ce l'ha spiegato mai nessun legislatore. Qualcosa dai lavori parlamentari si può indurre, ma le ragioni dell'indipendenza vanno ritrovate altrove. Ce ne sono diverse.

Abbiamo detto che una caratteristica delle autorità indipendenti è l'elevata *expertise*, la notevole tecnicità. Coloro che andarono a dirigere e a gestire la *Interstate Commerce Commission* erano economisti, ingegneri, giuristi che, tra l'altro, si dovevano occupare della sicurezza ferroviaria e dovevano mettere a sesto le tariffe, che erano molto differenti da Stato a Stato nella federazione americana. Ci volevano dei tecnici specializzati e alla elevata *expertise* male si addice il condizionamento politico. Ecco, questa è una prima ragione dell'indipendenza: il coniugarsi necessario di un'elevata tecnicità con la non-politica.

Seconda ragione dell'indipendenza. È soprattutto la letteratura giuridica francese ad aver chiarito che con le autorità indipendenti si regolano materie "sensibili", nelle quali vanno protetti diritti altrettanto "sensibili". Diritto sensibile è l'iniziativa economica libera, tutelata dalle autorità di concorrenza. Diritto sensibile è quello degli utenti ad avere tariffe giuste e sicurezza nei servizi, protetto, ad esempio, dalle autorità di regolazione dei settori energetici (in Italia, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas – AEEG). Diritto sensibile è quello dei risparmiatori, sul quale vigilano autorità come la CONSOB. Diritto sensibile è la garanzia del pluralismo dell'informazione, protetto da istituzioni come l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM). Quindi, la protezione dei diritti sensibili, che non meritano di subire le incertezze delle maggioranze politiche, è la seconda grande ragione dell'indipendenza.

Terza ragione. Queste autorità fanno mestieri differenti l'una dall'altra: la garanzia è una cosa, la regolazione è un'altra cosa. Ma esse hanno un denominatore abbastanza comune, cioè sono chiamate ad assicurare la parità delle armi nel mercato. A tal fine, le autorità antitrust tutelano la concorrenza fra imprese, sanzionando la violazione dei divieti che sappiamo imporre la disciplina antitrust: il divieto di abuso di posizione dominante, il divieto di intese restrittive, il divieto di concentrazioni che ostacolano il gioco concorrenziale. Allo stesso fine di garantire la parità delle armi, altre autorità indipendenti tutelano gli utenti e i consumatori nei confronti delle imprese, attenuando le disparità fra i primi e le seconde: è così, ad esempio, per l'AGCOM e per la CONSOB. Insomma, le autorità indipendenti sono chiamate a garantire il contraddittorio economico, il contraddittorio paritario nel mercato. E chi è che garantisce il contraddittorio tipico, il contraddittorio nel processo? Il giudice. Come occorre l'indipendenza e la terzietà di un giudice per garantire il contraddittorio tra le parti nel processo, così sono necessarie amministrazioni dotate di uno *status* indipendente per garantire il contraddittorio nel mercato, per svolgere la funzione di arbitri della democrazia economica.

Ulteriore ragione dell'indipendenza: la spinta proveniente dagli ordinamenti sopranazionali. L'Unione europea, per noi che viviamo in questa fetta di mondo, sta a volte imponendo, a volte indicando, come via maestra quella dell'indipendenza delle autorità nazionali di regolazione. Perché questo? Perché gli organismi sopranazionali, favorendo regolazioni indipendenti, contrastano i tentativi dei governi, e quindi delle politiche nazionali, di resistere all'instaurazione di un quadro comune, di un quadro unico, di un mercato interno.

Essendo quelle che si sono espone le ragioni principali dell'indipendenza, ci si rende conto di quanto sia importante questo valore, che è legato al potenziamento dell'esperienza professionale delle amministrazioni pubbliche, alla tutela di diritti fondamentali, alla difesa della democrazia economica, all'attenuazione delle disparità fra soggetti deboli e forti, alla realizzazione di equilibri sopranazionali. E' un valore essenziale.

3. Tendenze attuali delle autorità indipendenti negli ordinamenti nazionali e sopranazionali

Qual è la linea di tendenza delle autorità indipendenti? Si vanno potenziando, si vanno indebolendo, cosa sta succedendo?

Si può riscontrare un potenziamento dell'indipendenza che viene dal panorama sopranazionale. Basti qualche esempio soltanto.

Primo, l'antitrust. Il regolamento comunitario n. 1 del 2003, sulle intese restrittive e sugli abusi di posizione dominante, contiene regole importanti. Anzitutto, si prevede che nei vari Stati membri dell'Unione le autorità nazionali della concorrenza possono essere o giudici o amministrazioni. Quando una norma parla così, il significato è chiaro, anche se non è esplicito. Chi decide delle questioni della concorrenza deve essere o giudice o amministrazione. Se è amministrazione deve assomigliare quanto più possibile a un giudice. Cioè, il dato comune deve essere l'imparzialità, la neutralità, l'indipendenza. E poi, dal regolamento n.1 del 2003 è nato lo *European Competition Network*, la rete europea delle autorità di concorrenza, la quale comporta che su casi di rilevanza comunitaria ciascuna autorità debba decidere sotto gli occhi di tutte le altre, e sotto gli occhi della Commissione europea. Quindi, scelte di parte, scelte partigiane, scelte politiche o partitiche è difficile che possano essere prese. Di qui, un rafforzamento dell'indipendenza.

Secondo esempio: il Sistema europeo delle banche centrali (SEBC). L'art. 108 del Trattato istitutivo della Comunità europea stabilisce che nell'esercizio delle funzioni previste dallo stesso Trattato e dallo statuto del SEBC "né la BCE (Banca centrale europea) né una banca centrale nazionale né un membro dei rispettivi organi decisionali possono sollecitare o accettare istruzioni dalle istituzioni o dagli organi comunitari, dai governi degli Stati membri né da qualsiasi altro organismo. Le istituzioni e gli organi comunitari, nonché i governi degli Stati membri si impegnano a rispettare questo principio e a non cercare di influenzare i membri degli organi decisionali della BCE o delle banche centrali nazionali nell'assolvimento dei loro compiti". Per le funzioni di politica monetaria, dunque, le banche centrali nazionali sono dotate di uno *status* di indipendenza dai rispettivi governi.

Terzo esempio: le comunicazioni elettroniche. Le direttive comunitarie in materia, del 2002, prevedono che gli Stati membri devono "garantire l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione": indipendenza dalle imprese regolate, ma anche dall'esecutivo se, come avviene in diversi paesi, il governo mantiene la proprietà o il controllo di imprese del settore (art. 3 direttiva 2002/21/CE).

Quarto esempio: il "terzo pacchetto" comunitario in materia di energia. Sono due proposte di direttive, gemelle sotto questo profilo, che sottolineano come gli Stati debbano garantire e potenziare l'indipendenza delle autorità nazionali di regolamentazione dell'energia elettrica e del gas. E in che modo? I responsabili e i titolari di queste autorità non solo devono essere indipendenti dalle imprese regolate, ma non possono neanche accettare o ricevere istruzioni dai relativi governi o da altri soggetti pubblici (si vedano COM (2007) 528 def.; e COM (2007) 529 def., entrambe del 19.9.2007). Il divieto di accettare o sollecitare istruzioni del potere esecutivo è la formula utilizzata nell'ordinamento comunitario, come si è visto, per la Banca centrale europea e per le banche centrali nazionali; la stessa garanzia è prevista anche per la Commissione europea. Analoga formula è contenuta nel "terzo pacchetto" in materia di comunicazioni elettroniche (si veda COM (2007) 697 def., del 13.11.2007). In definitiva, l'indipendenza delle autorità nazionali di regolazione dei settori dell'energia e delle comunicazioni elettroniche dai rispettivi governi tende a valere in via generale, e non soltanto nei casi in cui il governo mantenga la proprietà o il controllo delle imprese.

Quinto esempio, al livello sovraeuropeo. L'attuale crisi finanziaria ha fatto emergere varie proposte di rimedi. Importanti quelle del *Financial Stability Forum* - ora divenuto *Financial Stability Board* - che tra le altre cose prevedono un potenziamento delle autorità indipendenti, nazionali e sopranazionali, che si occupano di stabilità e di vigilanza prudenziale, nonché il coordinamento e lo scambio di informazioni tra queste autorità.

Quindi, dagli ordinamenti sopranazionali sta venendo un favore forte per il potenziamento dell'indipendenza. La regolazione indipendente non è un principio. Continua ad esistere anche la

regolazione economica posta in essere dai governi, dagli apparati dell'esecutivo, dai ministeri, dalle *executive agencies*. Nell'ordinamento comunitario e in molte discipline internazionali dell'economia - a partire dagli accordi sul commercio mondiale - il principio è che la regolazione pubblica dei mercati sia non discriminatoria, imparziale, obiettiva al massimo grado possibile. L'indipendenza del regolatore gode però di un *favor*. Ed è importante che il favore si sia affermato in materie per così dire trasversali: la libera concorrenza riguarda tutti i mercati; il credito, le comunicazioni elettroniche e l'energia sono strumenti utilizzati in tutte le attività economiche. Come reagiscono gli Stati nazionali?

Ci sono tante incertezze sul piano nazionale, perché da un lato vi sono esempi che vanno nello stesso senso degli ordinamenti sopranazionali, cioè verso il rafforzamento e il potenziamento della regolazione indipendente. In Francia, il Rapporto Attali, che è stato tanto discusso, a proposito della concorrenza ha proposto di rafforzare il ruolo dell'autorità antitrust indipendente, che in Francia conosce limiti rilevanti perché in materia di concentrazioni fra imprese è il governo che decide. La via che si sta seguendo è quella di sganciare la valutazione delle concentrazioni dal governo e di affidarla all'autorità indipendente antitrust. In Italia si è andati anche al di là degli orientamenti comunitari. Per esempio, dalla riforma del 2005 in materia di risparmio, è scaturito un allargamento e un potenziamento dell'indipendenza della Banca d'Italia, che non riguarda più soltanto le funzioni di politica monetaria - come era già in base alle norme del Trattato - ma si estende anche alla vigilanza: così prevede, in particolare, l'art. 1 del nuovo statuto.

Quindi, da un lato vi sono sintonie nazionali con il potenziamento sopranazionale delle autorità indipendenti; ma dall'altro, a livello nazionale non mancano ambiguità, tentativi di limitazione dell'indipendenza, casi di difficile equilibrio tra politica e autorità indipendenti. Possono valere anche qui alcuni esempi.

Primo, c'è una tendenza all'appropriazione da parte dei governi nazionali di competenze che spettavano alle autorità indipendenti. Ne abbiamo degli esempi in Italia: ne abbiamo avuti nel settore delle comunicazioni e nel settore dell'energia, dove, per esempio, diverse autorizzazioni sono passate per legge dalla competenza dell'autorità indipendente alla competenza di ministri o ministeri.

Secondo: il problema importante delle nomine. Vi sono stati eccessivi condizionamenti politici che hanno influito sulle nomine dei vertici delle autorità indipendenti. Non è un peccato solo italiano, è un peccato di tanti paesi. Negli Stati Uniti c'è stata una polemica furiosa sulle nomine in alcune autorità indipendenti, in Francia c'è stata una critica altrettanto forte, sanguigna. Quindi, non è un fatto solo italiano. I rimedi normativi non servono a tanto in questo caso, non risolvono i problemi. I rischi di politicizzazione restano, anche se a nominare non è il governo ma il Parlamento o i presidenti delle Camere; anche se per la nomina si prevedono con cura particolari requisiti soggettivi dei candidati aspiranti, o condizioni di incompatibilità; anche se si stabiliscono meccanismi di maggioranza qualificata per scegliere il presidente o i componenti di un'autorità. I rischi della politica in questi casi non vengono attenuati e tanto meno superati da una norma di legge.

La risposta sta nella cultura dell'indipendenza. Pensiamo all'Inghilterra, in particolare all'*Office for Fair Trading*, che si occupa di tutela della concorrenza e di protezione dei consumatori. Nel collegio dell'*Office for Fair Trading* sono stati nominati negli ultimi anni John Fingleton, *chief executive*, e, come *non executive member*, Frederic Jenny. Esperti di antitrust ben conosciuti, personaggi noti a chi si occupa di concorrenza. Qui non si tratta soltanto di due eccellenti nomi. C'è che un ministro, il *Secretary of State for Trade*, un ministro della Regina inglese, ha nominato un irlandese, Fingleton, e un francese, Jenny, ai vertici di un'importante autorità pubblica. E' molto, se pensiamo alla lunga storia dei conflitti fra Inghilterra e Francia, o fra Inghilterra e Irlanda, che un ministro inglese scelga un irlandese e un francese: in nome

dell'indipendenza, e affinché essa sia indiscutibile, si apre all'estero, si scelgono i migliori anche se appartengono a paesi e a culture storicamente rivali. Insomma, parecchi Stati, non soltanto il nostro, anche gli Stati Uniti di America, anche la Francia, potrebbero imparare molto da questa esperienza inglese.

Un ulteriore esempio di possibile limitazione dell'indipendenza: l'incidenza dell'indirizzo politico sull'autorità indipendente una volta nominati i componenti. Ecco, negli Stati Uniti alcuni autori giustificano una "*policy guidance*" del Presidente degli Stati Uniti sulle autorità indipendenti, una sorta di direttiva politica continua. I giudici chiamati a giudicare in tre o quattro casi rilevanti citati nei più importanti manuali di diritto amministrativo americano, oscillano sul punto. Ecco, va sottolineato che l'indirizzo politico continuativo sulle attività delle autorità indipendenti lede il loro stesso Dna. Non si può consentire.

Ciò non significa che la politica debba restare sempre al di fuori della sfera di azione delle autorità indipendenti. Quel che è importante è stabilire il confine di queste possibili incursioni della politica. Alcuni confini sono tracciati dalle cose concrete che stanno accadendo in questi mesi a seguito della crisi finanziaria negli Stati Uniti e delle sue ripercussioni in Europa e in Italia. La legge statunitense basata sul piano Paulson, l'*Emergency Economic Stabilization Act* del 2008, ha previsto una co-gestione tecnico politica della crisi: da un lato il Tesoro, il segretario di Stato al Tesoro, dall'altro la SEC, la *Securities and Exchange Commission*; cioè il politico e il tecnico indipendente. La normazione d'urgenza emanata in Italia a seguito della crisi finanziaria ha previsto interventi straordinari basati su di un raccordo stretto tra il Ministero dell'economia e delle finanze, da una parte, e la Banca d'Italia, dall'altra. Si giustifica per la natura delle cose, per la forza delle cose, una gestione tecnico-politica delle crisi finanziarie sistemiche. Questo è un primo aspetto.

Ulteriore aspetto: la vicenda Alitalia che cosa ha fatto emergere? Ha fatto emergere che in via assolutamente eccezionale, nel caso di una concentrazione, non in quanto tale ma in quanto legata a una procedura di amministrazione straordinaria di una società in crisi come l'Alitalia, dunque in una situazione del tutto eccezionale e transeunte, si possono giustificare, se stabilite con leggi, delle eccezioni, anche queste transitorie, alla normativa antitrust in materia di concentrazioni, delle esenzioni dalle regole di libera concorrenza.

Vi è un altro punto delicato, che riguarda il finanziamento pubblico delle autorità indipendenti. E' un altro modo con il quale la politica condiziona o può condizionare l'indipendenza, un altro punto di influenza politica. Coloro i quali negli Stati Uniti hanno più a cuore l'indipendenza delle autorità dicono che l'*Office of Management and Budget* deve avere un occhio di riguardo nei confronti dei bilanci delle autorità indipendenti, più che nei confronti delle amministrazioni tradizionali e ordinarie. Da questo punto di vista, i tagli italiani ai bilanci delle autorità indipendenti non vanno bene. Bisognerebbe spezzare una lancia, con tutte le cautele del caso, in favore dell'autofinanziamento delle autorità indipendenti, che è una buona valvola, e, a certe condizioni, andrebbe potenziata. Ma occorrerebbe, comunque, stabilire maggiori garanzie di entrate finanziarie, per evitare che le autorità si trovino esposte, al tempo stesso, ai tagli di risorse pubbliche e alle riduzioni dei finanziamenti provenienti dalle imprese nelle situazioni di crisi economica.

4. Le possibili riforme

C'è da affrontare, prima di concludere, un ultimo punto, che si riferisce ad una vicenda tutta italiana. Nel nostro paese abbiamo la pretesa di riformare la autorità indipendenti con una legge quadro, una legge unica per tutte, che riguardi le nomine, il finanziamento, l'organizzazione, le procedure e quant'altro. Non risulta che alcun paese abbia intrapreso la via di una legge quadro sulle autorità indipendenti: il fatto ci deve fare riflettere.

Va poi ricordato come sono nate le autorità indipendenti: ciascuna per un'esigenza concreta, legata ad un settore specifico, per risolvere un problema dei consumatori, o degli utenti delle ferrovie, o dei risparmiatori. Così come sono nate, ciascuna per risolvere problemi concreti diversi da caso a caso, così le autorità dovrebbero essere riformate, se c'è bisogno di riformarle. La riforma va legata, in altri termini, alle esigenze effettive delle situazioni concrete, che sono diverse a seconda delle differenti autorità.

Un buon esempio di ciò lo si ritrova nella legge sul risparmio del 2005 (la n. 262): essa ha potenziato gli interventi specifici della Consob e della Banca d'Italia alla luce degli scandali finanziari e contabili che si erano verificati in precedenza. Un altro buon esempio è dato dalle recenti riforme che hanno riguardato l'Autorità garante della concorrenza e del mercato: fra le altre cose, le è stato attribuito il potere di adottare misure cautelari; si sono previsti gli impegni delle imprese che, se accettati e resi obbligatori, consentono di chiudere un procedimento senza l'accertamento dell'infrazione (artt. 14-*bis* e *ter* della legge n. 287/1990, inseriti dall'articolo 14, comma 1, del decreto-legge 223/2006 convertito, con modifiche, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248); è stata affidata all'Autorità la competenza in materia di pratiche commerciali scorrette, a tutela diretta dei consumatori (decreto legislativo n. 146/2007). Tali riforme hanno rafforzato i poteri antitrust e hanno stabilito una connessione ancora più stretta fra tutela della concorrenza e protezione dei consumatori: connessione che ha reso particolarmente efficace l'operato di autorità come la statunitense *Federal Trade Commission* e come l'*Australian Competition and Consumer Commission*.

Sarebbero opportuni ulteriori interventi. Ad esempio, la ricordata legge sul risparmio del 2005 ha stabilito che i procedimenti sanzionatori posti in essere dalla Banca d'Italia, dalla CONSOB, dall'ISVAP e dalla COVIP debbano essere condotti, fra l'altro, nel rispetto del principio di "distinzione fra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione" (art. 24). Una simile disposizione potrebbe essere estesa, magari con adattamenti, ad altre autorità indipendenti, come l'AGCM, ove si potrebbe potenziare quella separazione funzionale fra uffici e collegio che è già operante.

5. Conclusione: la via maestra

In conclusione. Oggi il maggior presidio dell'indipendenza viene dagli ordinamenti sovranazionali, sopranazionali, dall'Unione europea e anche dagli ordinamenti internazionali dell'economia. L'Unione europea impone o favorisce l'indipendenza delle autorità nazionali in diversi settori, dalla banche, all'antitrust, all'energia, alle comunicazioni, come abbiamo visto dalle proposte in essere. Ma c'è anche qualcosa sopra l'Europa: per esempio, l'Organizzazione mondiale del commercio sottolinea in vari documenti, ancora non sono normative, la necessità dell'indipendenza nella regolazione delle telecomunicazioni e di altri servizi, in attuazione degli accordi internazionali sulla libera circolazione dei servizi del 1994. E l'Unione europea, come abbiamo visto, tramite il potenziamento dell'indipendenza delle autorità nazionali, contrasta le resistenze dei governi e delle politiche nazionali nei confronti della realizzazione di un quadro europeo comune.

Questa sembra essere la via maestra. E' una via che può tollerare eccezioni o limitazioni temporanee, e le abbiamo menzionate, ma non ammette negazioni. Certo, la via europea, la via sopranazionale, non risolve tutti i problemi. Abbiamo visto che la formula su cui si basa l'Unione europea è quella di vietare che le autorità nazionali sollecitino o accettino istruzioni dalle autorità politiche. Questo non basta a risolvere tutti i problemi. Vanno rafforzati i poteri delle singole autorità là dove si richiede un intervento più incisivo, come è stato ed è nei mercati finanziari colpiti dalla crisi globale. Il problema delle nomine richiede una più convinta cultura dell'indipendenza e la capacità di guardare agli esempi più avanzati in tal senso, come quello britannico. Per ulteriori



problemi, relativi ai procedimenti, o anche al personale, o ai meccanismi di finanziamento, più che una riforma generale, servono pazienti modifiche caso per caso. Infine, un esplicito supporto costituzionale alle autorità indipendenti, già proposto nel nostro paese, sarebbe opportuno per contribuire a contrastare - insieme con il quadro sopranazionale - controtendenze e limitazioni che possono sempre intervenire su iniziativa del legislatore ordinario.