

**Osservazioni sulla disciplina delle c.d. Autorità Amministrative
Indipendenti
Audizione all'indagine conoscitiva Commissione Affari Costituzionali
Camera dei Deputati 26.1.2011
di
Giovanna De Minico**

Grazie al Presidente e alla Commissione per avermi invitata. Nell'ambito delle questioni indicate dal programma dell'indagine conoscitiva, che ho letto con molta attenzione, ho selezionato quella della regolazione delle Autorità Indipendenti, che esaminerò in parallelo con il potere di regulation delle corrispondenti *European Independent Authorities*.

Per brevità, sintetizzo il mio discorso in tre punti. Nel primo tratterò l'identità della funzione regolatoria; nel secondo la sua compatibilità con l'ordinamento costituzionale, nonché con quello europeo; e nel terzo, nel caso in cui tale compatibilità non dovesse essere individuata, i rimedi per ricondurre a legittimità il potere in oggetto.

Parto dal primo tema, l'identità della funzione regolatoria delle Autorità Indipendenti. Esse sono state definite, soprattutto dalla dottrina francese, che prima di noi ha studiato l'argomento, come soggetti che rendono una prestazione di garanzia. La prestazione di garanzia, secondo una definizione non mia, ma che risale al Ferrari, consiste nell'evitare che un evento temuto si verifichi.

Qual è l'evento temuto al quale le nostre autorità provvedono? Fondamentalmente, è il rischio che le regole sulle libertà siano dettate dal decisore politico, ossia che siano obbedienti al comando politico di maggioranza. A questo rischio il legislatore fa fronte con un rimedio uguale e contrario al rischio, spostando il focus della regolazione dal decisore politico a un soggetto che, per collocazione istituzionale, deve disubbidienza all'indirizzo politico, qualora un indirizzo sia stato impartito, ovvero le Autorità Indipendenti. Esse, quindi, non renderanno una regolazione obbediente alla politica, ma una

regolazione aporosa, insensibile alla volontà di maggioranza. Come affermano i francesi (J.Chevallier) le libertà fondamentali sono valori sensibili e, come tali, verrebbero a essere compromesse da una lettura politica. Vedremo nel prosieguo del mio intervento che, comunque, la dottrina francese ha compiuto molti passi in avanti rispetto a questa sua posizione iniziale.

Che cosa fanno le autorità indipendenti sulle libertà fondamentali? Abbiamo sentito prima dal collega Capriglione in che consista il ruolo regolatorio della Banca d'Italia. Io porterò un esempio di tipo diverso, con riferimento all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, che proprio in questi giorni sta elaborando le regole da assegnare alle reti di nuova generazione. Le opzioni in gioco sono tre: non regolarle affatto, perché potrebbero rappresentare il nuovo mercato, incentivando così l'investimento, regolarle con la vecchie norme o assumerne altre intermedie, tali da coniugare valori contrastanti, precisamente gli investimenti e la promozione della concorrenza.

Le regole delle autorità sono, quindi, tutt'altro che tecniche, anche se una parte della dottrina ha sostenuto a lungo che la tecnicità di tali regole assorbisse il momento decisionale. Residua, però, un'ampia sfera di discrezionalità, che io definisco politica, in capo alle autorità indipendenti, dovendo appunto stabilire una misura diretta a conciliare valori contrapposti, ossia a stabilire fino a che punto si estende una libertà costituzionale e da quale momento in poi tale libertà retrocede, aprendo lo spazio a un valore opposto.

Si tratta della realizzazione della massima coesistenza tra valori confliggenti, che, a mio giudizio, è proprio l'*ubi consistam* della prerogativa politica. Se è vero, allora, che il rischio era quello di affidare le libertà al decisore politico, credo che da questo pericolo siamo andati incontro a un altro evento, forse peggiore del pericolo scampato. Ci sono, cioè, regole politiche che fanno riferimento a un criterio autoreferenziale che le autorità si danno e del quale non rispondono dinanzi ad alcun consesso politico. In pratica, è vero che la forma dei loro atti è quella del regolamento, ossia dell'atto secondario, però si tratta di una secondarietà soltanto potenziale, nel senso che, mancando una legge intesa come disciplina sostanziale che già regola la materia, tali regolamenti

fanno da legge a se stessi e, in più, da atti implementativi. Siamo, quindi, in presenza di un regolamento molto particolare, che formalmente è secondario, ma che sostanzialmente interviene a livello quasi primario.

Siamo in presenza, a mio giudizio, di una rottura di diversi principi costituzionali.

Uno è il principio di gerarchia. Si tratta di una secondarietà solo potenziale, infatti, perché non si è secondi se chi deve venire per primo non ha parlato, e in questo caso vi è l'omissione piena del legislatore, che si limita a stendere un nudo elenco di valori, ma non anche a stabilire un minimo di disciplina.

Si lede poi la riserva, perché sulle libertà fondamentali vi è riserva di legge, ancorché relativa, mentre in questo caso, come ripeto, il legislatore si astiene dal parlare per primo e, quindi, l'avvio del processo politico è in via iniziale promosso dalle autorità, ma anche compiuto dalle medesime. Tutto il cerchio quindi, inizia e si chiude in capo alle Autorità.

Chiaramente si viola anche il principio di democraticità, perché si crea un canale di formazione della decisione politica alternativo a quello unico indicato nell'articolo 1 della Costituzione. Si fuoriesce, cioè, dal raccordo Corpo elettorale-Parlamento-Governo. Non è a costo zero il fatto che il legislatore abbia con *broad delegation* affidato ampi poteri regolatori alle autorità. Qualcuno ha pagato per questo spostamento e, in questo caso, il prezzo è stato pagato dall'asse Parlamento-Governo.

Vediamo brevemente se possono esserci criteri suppletivi all'articolo 1 che legittimino la decisione politica delle autorità, pur esonerandole da responsabilità. Ometterò il riferimento ad alcuni criteri come la tecnicità delle decisioni o la partecipazione dei regolati che potrò approfondire successivamente, se ci sarà il tempo.

Mi soffermo fundamentalmente sull'argomento comunitario.

1) Si è detto che le autorità esistono a livello comunitario. È vero: a livello comunitario esistono queste sorelle delle autorità amministrative europee, ma le autorità indipendenti europee - dalla decisione del caso Meroni del 1958 fino alle

ultime istituite, cioè quelle sui mercati finanziari, il riferimento è al grande pacchetto dei Regolamenti del 2010, ma anche all'autorità sulle TLC, il BEREC del 2009 - o non sono affatto titolari di poteri regolatori o prendono parte a una regolazione rispetto alla quale la parola ultima e definitiva rimane in capo alla Commissione. Le autorità della macro e microvigilanza sui mercati finanziari propongono, infatti, un regolamento che, dopo un ping pong con la Commissione, questa approverà in via definitiva dando forma all'atto e assumendosene la responsabilità politica.

In termini di ordinamento europeo non c'è stata una fuga dalla responsabilità. Il principio dell'institutional balance è rispettato. Non c'è trasferimento di fette di potere decisionale fuori dal triangolo Parlamento-Consiglio-Commissione, perché non si vuole uno spostamento di responsabilità, come mostrano chiaramente gli atti europei. Come può, dunque, un sistema che vieta ciò al suo interno imporlo al nostro e renderlo compatibile con l'ordine costituzionale?

2) Il secondo argomento, parimenti di diritto comunitario, presenta un elemento, invece, a mio giudizio, più fondato. Si afferma che quasi tutti i poteri regolatori, a partire da quelli della CONSOB e dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali, nascono da atti comunitari: regolamenti o direttive. Ciò è indubbio e non lo si può contestare. Chiediamoci allora se può il diritto comunitario imporre sull'ordinamento interno un polo di produzione normativa sostanzialmente primario atipico, non previsto in sede costituzionale e che rompe con l'articolo 1 della Costituzione, perché, come abbiamo ricordato, crea un punto di fuga dalla responsabilità politica.

Il giudizio non è mio, ma della Corte costituzionale, che da anni ci insegna che il diritto comunitario è sì prevalente sul nostro ordinamento, ma che la sua non è una prevalenza assoluta, ma relativa. Prevale, cioè, a condizione che i principi fondamentali siano rispettati. L'ha affermato anche nel 2009 il Tribunale costituzionale tedesco sul Trattato di Lisbona.

Certamente, qualunque significato si voglia attribuire all'articolo 1, io ritengo che sia indubbia un'accezione minima, quella della introduzione esclusiva

di un canale ascendente e discendente di formazione dell'indirizzo politico all'interno di un raccordo chiuso: Corpo elettorale-Parlamento-Governo. Il diritto comunitario non può pertanto distruggere l'articolo 1.

Un ultimo argomento è stato da taluni studiosi avanzato in difesa delle loro prerogative politiche: una legittimazione fondata in una previsione costituzionale? Per previsione costituzionale io non intendo un'elencazione di tutte le autorità - il riferimento è tanto alla Commissione D'Alema, quanto al progetto di revisione costituzionale del centrodestra - bensì una costituzionalizzazione del principio, cioè porre in Costituzione il minimo indispensabile al fine di bloccare la discrezionalità politica del legislatore e di lasciarla aperta sul se istituire le autorità e quando istituirle. Porre in Costituzione ciò può servire a conferire alle autorità un potere normativo sostanzialmente primario, una sorta di regolamento pseudo-indipendente?

Il discorso è identico a quello che ho svolto per il diritto comunitario. Il potere di revisione - entra in gioco l'articolo 138 della Costituzione - può compiere determinati atti, ma non può fare tutto. Si utilizza uno strumento per conseguire un risultato che esula dalla sua disponibilità giuridica.

Rivedere la Costituzione significa mantenersi su una linea di continuità con l'architettura costituzionale preesistente e i limiti, scritti o non scritti, della Costituzione assumono certamente l'articolo 1 come la pietra angolare del nostro ordinamento. Non può, quindi, il potere di revisione legittimamente creare un canale che si sostituisce e azzerava il circuito politico-amministrativo. Non di revisione si tratterebbe, ma di un atto illegittimo di un potere costituente, che, a Costituzione esistente, non è dato, da qui la sua illegittimità.

Come ricondurre a legalità il sistema?

A mio giudizio, lo si può fare attraverso l'applicazione di una regola molto semplice, «a ciascuno il suo», vale a dire attraverso rispettivamente la restituzione al soggetto politico, cioè all'assemblea parlamentare, del compito di dettare un principio di disciplina sulle libertà fondamentali nel rispetto della riserva di legge e l'assegnazione al potere regolamentare delle autorità di un compito di attuazione più ampio dell'esecuzione.

Del resto, la giurisprudenza francese, che non conosce la riserva di legge, ha creato proprio questa figura intermedia, che ben concilia rappresentanza politica con autonomia del soggetto neutrale, e sarebbe alquanto singolare che il nostro ordinamento, che prevede espressamente la riserva, non la rispettasse.