

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI
Dipartimento delle riforme istituzionali

Seminario di Firenze, 25 settembre 2006

Parte II

Riforme istituzionali: la forma di governo

Intervento di Enzo BALBONI

SULL'INSERIMENTO IN COSTITUZIONE DELLE AUTORITA'
(AMMINISTRATIVE?) INDIPENDENTI

1. Un certo protagonismo, anche attualissimo è evidente di per sé:

- a) una settimana fa (comunicato del 18 settembre 2006) l'**Antitrust**, applicando per la prima volta i poteri cautelari appena assegnati dalla c.d. legge Bersani, ha deliberato di sospendere le indicazioni diramate dall'ABI e relative alle spese di chiusura dei conti correnti bancari, disponendo al tempo steso una istruttoria sul caso.
- b) negli stessi giorni dagli ambienti vicini al Presidente della più grande impresa di telecomunicazioni italiane si facevano trapelare voci e *boatos*– ripresi ampiamente dalla stampa italiana e straniera – secondo le quali una delle più consistenti motivazioni delle ultime mosse di Telecom era dovuta alle difficoltà frapposte dal regolatore del mercato *de quo* (l'**Autorità garante per le comunicazioni**) ad un certo piano industriale avanzato dall'azienda;
- c) dal 7 luglio è depositato alla Camera dei Deputati un disegno di legge in materia di incompatibilità e conflitto di interessi dei titolari delle cariche di Governo d'iniziativa del capogruppo dell'Ulivo e degli altri Capigruppo della maggioranza volto ad introdurre nel sistema, tra le altre disposizioni, un'**Autorità garante dell'etica pubblica e della prevenzione dei conflitti di interesse**.

Mi fermo qui, anche se non sarebbe difficile allineare ulteriori e attualissime testimonianze di vivacità e significatività delle Autorità indipendenti.

Sinteticamente mi soffermerò a discutere due sole tra le tante questioni sottese al nostro tema:

- a) quale sia la loro natura, ovvero se esse siano Autorità *amministrative* indipendenti, e se sì, di quale genere e specie, con quali caratteri, potestà e limiti;
- b) se debbano essere inserite in Costituzione, muovendo dal fatto che ciò è stato previsto, in anni recenti, sia nello Schema della c.d. Commissione D'Alema (art. 109) sia nella

legge costituzionale di revisione (art. 98-*bis*) che (per fortuna – aggiungo io) non ha superato l'esame del referendum confermativo svoltosi il 25 e 26 giugno scorsi.

Per iniziare qualche riflessione sulla natura certamente amministrativa delle c.d. Autorità garanti, ma già con l'indicazione della perdurante vitalità della definizione, riconducibile in dottrina a Feliciano Benvenuti, di soggetti ai quali viene affidata un'attività da svolgere in forma amministrativa (atti) che abbia però caratteri e modalità (procedure) sostanzialmente giurisdizionali.

La dizione anglosassone al riguardo è perfetta, nella sua empiricità, quando definisce tale attività come *quasi-judicial*, richiedendo dunque gli elementi indefettibili della *natural justice*, che nel nostro linguaggio vengono tradotti con i caratteri di piena autonomia e indipendenza di giudizio e di valutazione: essi sono il *proprium* delle nostre Autorità (sulla scorta della definizione fondamentale inserita nell'art. 10, co. 2, della legge a tutela della concorrenza n. 287/1990).

Da ultimo, sempre in premessa, va pronunciato un *caveat* per chi si inoltra su questo sentiero: ormai c'è in argomento una letteratura sovrabbondante, anzi sterminata, nella quale è difficile orientarsi perché sono state sostenute tutte le tesi in e il loro contrario, per di più con decine di sfaccettature, ma ... con meno di cento paginette delle sue, Fabio Merusi, nel suo *pamphlet* del 2000 "*Democrazia e autorità indipendenti*", è lì pronto ad impallinare l'incauto che si avventuri, sprovveduto, nel mezzo di questo ginepraio lessicale e concettuale.

2. Si assumerà, quindi, nello svolgere le riflessioni che seguono, che le A.A.I. – ma si considereranno le sole c.d. "autorità garanti" o "di garanzia" (prima tra tutte l'*Antitrust*) – abbiano natura, certamente amministrativa, come è testimoniato, ad esempio, dalla ricorribilità dei relativi provvedimenti – "decisioni amministrative" – al giudice amministrativo.

Ciò premesso, si sosterrà – senza ovviamente scendere nella puntuale dimostrazione dell'assunto, che risulta comunque condiviso da una qualificata dottrina (per tutti, M. Clarich, *Le autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005) – che la loro attività – e quindi anche la funzione ad esse affidata – ancorché svolta, come si è detto, in forma amministrativa, debba ritenersi ciononostante sostanzialmente giurisdizionale, ovvero (quantomeno) para-giurisdizionale o *quasi-judicial*.

La qualità "decisoria" (Benvenuti, Giannini, Nigro) dell'attività delle pubbliche amministrazioni ha sempre rappresentato un problema dal punto di vista del suo inquadramento sistematico. Appare peraltro corretta l'impostazione di chi vede nelle A.A.I. l'estrema propaggine o espressione dell'imparzialità della P.A. di cui all'art. 97, co. 1°, Cost. Tale imparzialità arriva, nel caso *de quo*, perfino a "sconfinare" – se così si può dire – nell'indipendenza dall'attività di indirizzo del Governo. Questa peraltro era la conclusione della Indagine conoscitiva della Commissione I, Affari costituzionali¹, la quale letteralmente concludeva che "In base ad una interpretazione evolutiva, sono state individuate in tale disposizione [l'art. 97 Cost.] le premesse di un'amministrazione diversa da quella soggetta al Governo [...] le ragioni dell'imparzialità possono raggiungere un'intensità tale da configurare funzioni pubbliche *neutrali*".

¹ Consultabile in F.A. Grassini (a cura di), *L'indipendenza delle autorità*, Bologna, 2001, in particolare, pp. 162-163.

In altre parole, le A.A.I. – almeno quelle di garanzia – svolgono una funzione sostanzialmente giurisdizionale, ma in forma amministrativa (cioè con atti di natura amministrativa) per cui ne è garantita legislativamente l'indipendenza, rifacendosi per tal via ad un modello di amministrazione altro rispetto a quello di cui all'art. 95 Cost. (collocato dentro i parametri della gerarchia/responsabilità ministeriale), e trovando la loro legittimazione “sostanziale” nella tecnicità e nella specializzazione delle loro competenze² e la loro legittimazione “formale” nell'art. 97 Cost. (Nigro, Clarich, Cerulli Irelli, ecc.), ovvero anche nella fondamentale copertura comunitaria data ad almeno alcune di esse (Merusi). Se così è, il problema della necessità o meno della loro eventuale costituzionalizzazione si sposta dal divieto di istituzione di giudici speciali, di cui all'art. 102, co. 2°, Cost., alla prescrizione in positivo dettata dal comma 1° del medesimo articolo – il quale, come noto, prescrive che “*La funzione giurisdizionale [sia] esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario*” –.

La conclusione che, in estrema sintesi, si può trarre da tale impostazione del problema è che:

- (a) per le c.d. Autorità di garanzia, o se si preferisce, per quanto attiene ai poteri decisionali afferenti alle Autorità indipendenti – non si sta quindi in alcun modo trattando la problematica inerente invece i poteri normativi delle A.A.I. – non si pone tanto un problema di legittimazione costituzionale quanto di un loro corretto “inquadramento” sistematico nell'ordinamento;
- (b) se la funzione esercitata è giurisdizionale e perciò svolta con le modalità procedurali proprie del processo (civile o penale), ma in forme amministrative in quanto ai provvedimenti che ne rappresentano l'esito, le nostre Autorità – almeno in base ad un criterio formale – non sono giudici ai sensi dell'art. 102, co. 2°, Cost. e quindi non incorrono nel divieto di istituzione di giudici speciali di cui a tale articolo;
- (c) ma per il fatto che esse esercitano attività giurisdizionale o para-giurisdizionale o *quasi-judicial*, le forme del procedimento e le garanzie partecipative di cui alla legge 241/1990 (pur integrata dalle successive modificazioni) risultano inadeguate o quantomeno insufficienti. In particolare, il contraddittorio – che dovrebbe forse essere disciplinato con una normativa *ad hoc* comune a tutte le autorità quantomeno quelle di garanzia (e ben si potrebbe prendere a modello il D.P.R. 217/1998 sul procedimento innanzi l'Antitrust) – deve essere informato ai modi del processo;
- (d) il necessario controllo giurisdizionale sui provvedimenti (decisioni) delle A.A.I. rappresenta una questione fondamentale ed una notevole garanzia anche costituzionale per il rispetto della legittimità dell'azione di amministrazioni sottratte (e che dovrebbero forse esserlo pienamente: incompatibile o quantomeno incoerente con tale quadro risulta allora la norma di cui all'art. 25, co. 1°, L. 287/1990 – e di tutte le norme simili – sui criteri generali dell'azione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, deliberati dal Governo) al potere di indirizzo politico del Governo e, quindi, al circuito democratico rappresentativo; per le ragioni suesposte esse non rappresentano un *vulnus* alla democrazia, ma richiedono però un più stringente controllo giurisdizionale sui rispettivi atti nonché forme di partecipazione

² Si potrebbe anzi ritenere che almeno una delle ragioni, la principale, del principio costituzionale dell'accesso alla magistratura tramite concorso – cioè la garanzia della preparazione tecnica dei magistrati – sia assimilabile ai requisiti richiesti ed alle modalità di nomina dei componenti delle A.A.I.

procedimentale più pervasive e intense nei confronti delle amministrazioni, per così dire, non contenziose.

Si può, infatti, notare che se, in breve, da un punto di vista sostanziale le decisioni amministrative, in quanto *ex se* modellate proprio sulla sentenza, in poco differiscono da quest'ultima, la sottrazione dei provvedimenti delle A.A.I. al doppio grado di giurisdizione – ancorché per certi versi auspicabile – rappresenta o rappresenterebbe, forse, un indice di non trascurabile importanza della loro assimilazione ad organi di natura giurisdizionale in senso proprio. Per questa ragione, l'eventuale previsione di un controllo giurisdizionale in unico grado avverso le decisioni delle Autorità – pur opportuno, per ragioni di economia di mezzi e di tempi – dovrebbe essere attentamente vagliata.

Si deve però notare che, se l'orientamento della Corte costituzionale è nel senso di non ritenere generalmente costituzionalizzato il principio del doppio grado, avendo anzi la Corte più volte escluso l'esistenza di una norma costituzionale che garantisca il principio del doppio grado di giudizio nel merito (tra le altre, si possono vedere le sentenze nn. 41 del 1965, 22 e 117 del 1973, 186 del 1980, 78 del 1984, 80 del 1988, 84 del 2003), lo stesso non può però dirsi in campo amministrativo. La Corte ha, infatti, affermato (sent. n. 8/1982) che, per quanto concerne la giustizia amministrativa e in virtù del disposto dell'art. 125 Cost., il principio del doppio grado – al contrario che per la giustizia ordinaria – sarebbe stato costituzionalizzato. Viene tuttavia precisato che, l'art. 125, co. 2°, Cost. «prevedendo, nella Regione, l'istituzione di organi di giustizia amministrativa di primo grado “disciplina innanzitutto una modalità che deve assumere il sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi della Regione [...] in un sistema di giustizia amministrativa nel quale, in base all'art. 111, ul. co. Cost., non si dà ricorso in Cassazione per violazione di legge” (sent. n. 62 del 1981); ma tale norma comporta soltanto l'impossibilità di attribuire al T.A.R. competenze giurisdizionali in unico grado e la conseguente necessaria appellabilità di tutte le sue pronunce, e, quindi, una garanzia del doppio grado riferita alle controversie che il legislatore ordinario attribuisca agli organi locali della giustizia amministrativa» (sent. 395/1988).

Di conseguenza sarebbe forse possibile, nei confronti degli atti-decisioni delle ns. Autorità di garanzia, prevedere un giudizio in unico grado innanzi il Consiglio di Stato. Nella prospettiva ed a favore della loro costituzionalizzazione militano, invece, argomenti volti a di risolvere, per tale via, alcune questioni attualmente irrisolte, o solo parzialmente – ma non del tutto persuasivamente – risolte dalla Corte costituzionale, in merito alla possibilità di sollevare, nei confronti delle A.A.I., il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato. possibilità che la Corte ha negato (cfr. ordd. nn. 226/1994 e 137/2000) sostenendo che le Autorità *de quibus* sarebbero prive del necessario rilievo costituzionale e non sarebbero comunque idonee ad esprimere definitivamente la volontà di uno dei poteri dello Stato, quando presupposto delle decisioni amministrative è invece la “definitività” dell'accertamento in esse contenuto. Questione anch'essa irrisolta e sulla quale non v'è ad oggi giurisprudenza della Corte costituzionale è quella riguardante la possibilità – a rigore da negarsi, non essendo esse allo stato attuale delle “autorità giurisdizionali” – se le A.A.I. possano sollevare questione di legittimità costituzionale in via incidentale.

3. In relazione all'eventuale inserimento delle A.A.I. in Costituzione si può rilevare comunque, schematicamente che:

A) esiste il precedente del progetto di revisione approntato dalla Commissione D'Alema (presentato il 4 novembre 1997). In esso le A.A.I. sono inserite nel titolo V, intitolato "Pubbliche amministrazioni, autorità di garanzia e organi ausiliari".

Sez. II Autorità di garanzia (e organi ausiliari).

Art. 109:

"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, i requisiti di eleggibilità e le condizioni di indipendenza.

Le Autorità riferiscono alle Camere sui risultati dell'attività svolta".

Negli art. successivi sono normati: La Banca d'Italia, il Difensore civico nazionale, il CNEL, il Consiglio di Stato, la Corte dei Conti e l'Avvocatura dello Stato.

B) Tale precedente è stato ripreso, con talune variazioni e senza il dettaglio di cui si è appena detto, negli art. 98 bis e 97 della legge di revisione costituzionale, già sopra ricordata.

In generale va posta: grande cautela nell'affrontare il discorso sulle revisioni costituzionali.

- Nello specifico: il tema della costituzionalizzazione delle autorità indipendenti non corrisponde a particolari urgenze politiche o a chiare pressioni dell'opinione pubblica o degli ambiti giuridici specializzati;
- le A.A.I. già esistono, hanno una posizione consolidata nell'ordinamento, godono di un buon livello di credibilità ed autorevolezza. In parte, *già* si appoggiamo su una base normativa solida, *più solida* della legislazione ordinaria: la base del diritto comunitario, che ne disciplina le funzioni ed, in parte, anche la struttura (in particolare: in materia di tutela della concorrenza, di politica monetaria e di garanzia della *privacy*);
- molte questioni all'ordine del giorno in tema di A.A.I. non possono trovare una collocazione ottimale nella Costituzione: così, ad es., per quanto riguarda il problema del numero delle Autorità, delle loro competenze e dei confini/raccordi delle rispettive attribuzioni;
- perché allora si apre un discorso di revisione costituzionale?
- Perché è forse utile collocare in Costituzione il fondamentale bilanciamento tra democrazia/responsabilità e legittimazione/potere, anche per quanto riguarda i campi per i quali alle A.A.I. è stato assegnato un potere decisorio.
- Una corretta e consapevole articolazione di tale bilanciamento richiede che si dia risposta ad una serie di interrogativi:
 1. è necessario inserire in Costituzione un riferimento al tipo di materie che possono essere assegnate alla competenza delle A.A.I.? Finora il legislatore si è mosso con una certa libertà nell'opera di creazione e modificazione delle A.A.I. I progetti di riforma menzionati facevano riferimento alla "materia dei diritti di libertà garantiti dalla Costituzione". Forse questo riferimento è insufficiente ad offrire fondamento a tutte le Autorità a noi note: a meno che non ci si riferisca anche alla vasta materia della libertà di iniziativa economica, che le Autorità alle quali mi riferisco contemplano però dal punto di vista delle limitazioni e dei controlli imposti su tale libertà a tutela di interessi di carattere generale, non dal punto di vista della salvaguardia della libertà in sé e per sé. Del resto, ancor oggi alcuni [Merusi] dubitano che la tutela della concorrenza sia compiutamente riconducibile all'art. 41 Cost., letto nell'interezza dei suoi tre commi;

2. è necessario inserire in Costituzione un riferimento al *tipo di poteri* che possono essere assegnati alle A.A.I.? Cioè a poteri normativi, amministrativi, sanzionatori?

I testi di riforma (e prima ancora di questi la sentenza pilota della Corte costituzionale in materia di Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici: n. 482 del 1995) parlavano di “garanzia e vigilanza”, di cui – si suppone – i suddetti poteri sono manifestazione. C’è da chiedersi, a tale proposito, quale significato costituzionale potrebbe avere l’esplicito riconoscimento, in capo alle A.A.I., di poteri di carattere para-giurisdizionale: ad es., di carattere sanzionatorio o, *lato sensu*, “giustiziale”.

3. A tale proposito, è interessante ricordare come l’attività delle A.A.I., in considerazione della struttura logica e procedimentale della stessa, nonché dei caratteri istituzionali delle A.A.I. medesime, sia stata assimilata a quella giurisdizionale e qualificata, appunto, come “amministrazione giustiziale”. È concepibile che il riconoscimento degli speciali caratteri di questo tipo di attività, con le garanzie che essa richiede e che potrebbero essere richiamate espressamente o implicitamente dalla Costituzione, conduca ad una disciplina speciale del diritto, per gli interessati, di ricorrere al giudice – ordinario o speciale – contro i provvedimenti delle A.A.I. medesime? Tale disciplina potrebbe tradursi in una limitazione delle istanze difensive (dei gradi di giudizio) accessibili e dei motivi di censura deducibili dal cittadino? Questo ci porta ad un’altra domanda, che un’ipotesi di riforma dovrebbe porsi: quali *garanzie* devono essere riconosciute al cittadino contro i provvedimenti delle A.I.? Chi deve essere il loro giudice? E’ possibile, è logica una completa assimilazione delle A.A.I. e della loro attività, sotto questo punto di vista, ad ogni altro organismo amministrativo? Ci poniamo questa domanda perché affiora, a volte, la suggestione di svincolare la decisione di una A.A.I. da qualsiasi gravame, quando sulle esigenze di difesa dovessero prevalere l’indipendenza delle A.A.I. e la loro elevata qualificazione tecnica.

4. Questo ci porta ad un punto ulteriore: è opportuno lasciare in bianco il tipo di discrezionalità da consegnare alle A.A.I., oppure è bene, o è necessario che la legge precisi se a queste saranno da riconoscere margini operativi puramente tecnici? “Puramente tecnico” è, qui, da assumere in senso lato: ad es., assumo che possa considerarsi di carattere tecnico il potere della B.C.E. di determinare le scelte di politica monetaria più coerenti, in un momento dato, con l’obiettivo di tutelare la stabilità dei prezzi. Ho più difficoltà a considerare “tecnico”, anche in senso lato, il potere di talune Autorità di effettuare veri e propri bilanciamenti – o di vigilare sul corretto bilanciamento – tra valori costituzionali contrapposti, ai fini del loro temperamento. La questione, a ben vedere, si ricollega al primo punto esaminato: la politica deve essere libera di determinare il tipo di materia da attribuire alla competenza delle A.A.I., oppure dovrebbe essere vincolata ad assegnare a tali Autorità funzioni ben precise e circoscritte? È possibile consentire loro di perseguire una “propria” linea “politica”, di scelta di opportunità fra opzioni potenzialmente diverse? Fino a che punto la legge, come fonte tipicamente democratica, può o deve – soprattutto qui sta il dilemma costituzionale – intervenire a *delimitare la discrezionalità* delle Autorità Amministrative Indipendenti?