



Le Autorità Indipendenti nella prospettiva della "democrazia maggioritaria"

*di Giovanna De Minico **

di prossima pubblicazione in: *“ASTRID, Studi, note e commenti sulla riforma della seconda parte della Costituzione”*

1. PREMESSE DI SISTEMA

Nel dibattito sulla riforma costituzionale, e negli esiti che esso ha avuto, le Autorità Indipendenti (d'ora in poi A.I.) hanno ricevuto un'attenzione decisamente marginale. L'ampia riflessione dottrinale, già esistente, sulla “costituzionalizzazione” di tali soggetti non ha – almeno finora – lasciato tracce rilevanti. L'unica menzione si trova nell'elencazione dei poteri del Capo dello Stato, al quale si affida la nomina dei Presidenti delle A.I.

Eppure, il contesto poteva apparire assai favorevole per approfondire un tema di fondo: se le A.I. siano, in linea di principio, da considerare come elementi del complessivo sistema di *checks and balances*. Il tema certo non nasceva con la proposta governativa di riforma: la questione si era già posta nell'ambito della riflessione sulle “garanzie nel maggioritario” e sul rapporto – sempre nel maggioritario - tra esecutivo e pubblica amministrazione. Ma indubbiamente proprio negli orientamenti espressi dalla proposta di riforma, e poi consolidati e talora aggravati nel dibattito in commissione e in aula, il tema delle A.I., e la questione in specie di un modello costituzionale “forte” delle stesse, avrebbero potuto trovare specifiche occasioni di approfondimento.

Per misurare l'incongruenza di questo declassamento delle A.I. bisogna partire da un, sia pur rapido, esame della figura del primo ministro, giustamente definito “assoluto”¹, sostanzialmente eletto in via diretta, titolare in proprio del potere di scioglimento anticipato, in grado di schiacciare la sua maggioranza e dunque la Camera politica. Un primo ministro che – nella solitaria esaltazione della sua figura – si allontana dalla forma parlamentare di governo, come anche da quella presidenziale o

* Professore associato di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università "Federico II", Napoli, Facoltà di Giurisprudenza.

¹ La felice intuizione è di L. Elia, *Il premierato assoluto, Relazione al Seminario di ASTRID sul progetto governativo di riforma della Seconda Parte della Costituzione*, Roma, 22 sett. 2003, in www.astridonline.it.

semipresidenziale. Si configura, a ben vedere, un modello che non ha paralleli nell'esperienza del costituzionalismo moderno.

Parallelamente, e con una sinergia perversa, la proposta di riforma sostanzialmente indebolisce i due principali organi neutrali e di garanzia: la Corte costituzionale e il Capo dello Stato.

Quanto alla prima, è decisivo il punto della composizione. È già significativo in sé l'aumento in numeri assoluti dei componenti di derivazione parlamentare. Ed è in specie rilevante che essi siano eletti dal Senato federale, organo di rappresentanza territoriale, per di più integrato dai Presidenti delle giunte delle regioni e delle province autonome. Dal combinato disposto non può che derivare un – voluto – indebolimento del massimo organo di garanzia costituzionale, del quale si vuole accentuare il ruolo di mediatore tra interessi territoriali, a discapito della sua funzione di garanzia come giudice della costituzionalità delle leggi, come finora era stata concepita.

Sui poteri del Capo dello Stato si scaricano almeno due effetti negativi. Anzitutto egli viene privato dei poteri più significativi ai fini del mantenimento degli equilibri istituzionali: si pensi, in specie, alla riduzione ad un ruolo meramente notarile rispetto alla richiesta del premier di scioglimento anticipato della Camera politica. La richiesta dovrà essere accettata, con l'unica eccezione di una sfiducia costruttiva configurata in modo tale da rimanere – salvo casi marginali – inoperante. Parallelamente, si mantiene in ultima analisi fermo il quorum elettivo alla maggioranza assoluta dei componenti dell'Assemblea della Repubblica. Indubbiamente, in questa Assemblea non vivono solo la maggioranza di governo e le opposizioni come nella camera politica; ma la scelta adottata comunque indebolisce in misura sostanziale la legittimazione del Capo dello Stato e la sua configurazione come organo neutrale e di garanzia. L'abbandono del sistema proporzionale a tutti i livelli non assicura infatti che la maggioranza assoluta dei voti rifletta inequivocabilmente un corrispondente consenso democratico nel Paese. Inoltre, l'accettazione della soglia della metà più uno rende possibile una scelta in ultima analisi di parte. Che l'esito si collochi sul versante delle forze complessivamente riferibili alla maggioranza di governo, o invece di quelle che sono all'opposizione, importa poco. Sarà in ogni caso posta in discussione la capacità dell'eletto di esprimere compiutamente e per sintesi il pluralismo politico, e di rappresentare efficacemente l'intero Paese.

2. LE AUTORITÀ COME LUOGHI INEDITI DI GARANZIA?

Gli indirizzi di fondo del testo di riforma approvato dal Senato si possono dunque riassumere nella forte concentrazione del potere sul capo dell'esecutivo, e nell'indebolimento complessivo dei principali organi neutrali e di garanzia. Un modello fortemente squilibrato, poco attento alla domanda di *checks and balances* che il costituzionalismo moderno ha sempre posto in primo piano. Proprio in questa prospettiva, peraltro, si potrebbe ritenere trovi nuova sostanza la riflessione dottrinarica sulla natura e sulle funzioni delle A.I., che "a giudizio ormai dei più" sono da considerare soggetti di garanzia in senso proprio, perché destinatarie di funzioni politicamente sensibili, da allontanare dal titolare dei poteri di governo, in specie nei settori attinenti a interessi costituzionalmente protetti.

Diciamo subito che le scelte adottate nel progetto di riforma vanno in tutt'altro senso rispetto al fondamentale criterio di *checks and balances*. Ora, se le A.I. possano rispondere a tale funzione di garanzia dipende proprio dalla loro copertura costituzionale, e cioè, concretamente, dal metodo di nomina dei loro componenti e dalla natura delle loro attribuzioni.

2.1. *Quanto alla nomina*. Su questo punto è decisiva anzitutto la considerazione che il Capo dello Stato non sia più – come prima si è evidenziato - il soggetto neutrale e *super partes* disegnato dal Costituente del '48. Ne segue che egli non possa trasmettere al nominato qualità di cui egli stesso difetta. Un Capo dello Stato eletto a maggioranza assoluta dei componenti passa da organo equidistante a "parte" del gioco politico, probabilmente, parte contigua alla maggioranza. Attribuire la nomina dei Presidenti delle Autorità al Capo dello Stato è quindi di per sé strumento inadeguato ad assicurare alle stesse quella emancipazione dalle parti politiche che è attributo genetico indefettibile di chi deve offrire una "prestazione di garanzia".

Ma vi è altro ancora. La nomina del solo Presidente delle A.I. affidata al Capo dello Stato non assicura di per sé alle medesime la necessaria neutralità di status. Il Presidente, infatti, anche a volerlo ritenere neutrale in virtù del sistema di nomina, è solo un *primus inter pares*, che dunque non può equilibrare le posizioni di un intero collegio eventualmente sbilanciato a favore della maggioranza di governo.

Da questo punto di vista, non è irrilevante che la norma costituzionale si limiti alla nomina dei presidenti, e nulla dica quanto alla scelta dei commissari, totalmente rimessa alla discrezionalità del legislatore ordinario. A tale proposito, le discipline oggi vigenti sono di segno diverso, e se ne discute nella prospettiva della riforma generale delle A.I. Se si volesse dare credito alle linee guida

della riforma in atto, specificamente relativa ai mercati finanziari ², per trarne indicazioni di tipo generale, non si potrebbe escludere un modello di tipo misto. In questo, concorrerebbero Parlamento e Governo, il secondo con il compito di designare i candidati da sottoporre al vaglio vincolante di maggioranze qualificate, espresse dal plenum assembleare o semmai da commissioni a tal fine istituite. Non sfugge che le ipotesi richiamate, nella previsione sia della designazione governativa sia della scelta della maggioranza qualificata invece che del voto limitato ³, alla resa dei conti pongono sulla scelta dei commissari una decisiva ipotesi della maggioranza di governo.

Per completezza di argomento va infine ricordato, circa la nomina dei Presidenti delle A.I. da parte del Capo dello Stato, che un dubbio può nascere anche quanto all'effettività. La norma costituzionale, infatti, sembra doversi leggere nel senso che il rinvio ai casi previsti dalla legge si applichi sia alla nomina dei funzionari statali, sia a quella dei presidenti delle A.I. Conseguentemente, l'ambito di applicazione della norma, e la sua stessa operatività, rimangono futuri ed incerti, dipendendo dalla legge (ordinaria) da adottare, e dalle scelte in essa contenute. Diversamente, la disposizione avrebbe dovuto essere costruita in termini di regola autosufficiente, non bisognevole di intermediazione legislativa ⁴.

Infine, va rilevato che l'inadeguatezza di detto sistema di nomina è aggravata dall'assoluta mancanza di uno statuto del nominato, sintetizzabile in linee guida per il successivo legislatore ordinario, idonee ad assicurare l'effettiva aporosità decisionale delle A.I. alle indicazioni politico-partitiche ⁵.

² Vedi la Proposta dei relatori per la redazione di un Testo Unificato, recante "Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari", presentata il 6/4/04, in *Alleg. 1, al Resoconto Sommario delle Commissioni riunite VI e X, Camera Deputati, Leg. XIV*, in part. artt. 21 e 22.

³ Segue questo criterio il sistema di nomina dei membri dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, art.1, comma 3, L. 249/97.

⁴ Il rilievo è stato già segnalato nella "Terza bozza del Paper di Astrid sulla riforma delle autorità indipendenti" (di A. Pajno - M. Atelli), in corso di elaborazione, ed è emerso anche nel corso del dibattito nell'Aula del Senato.

⁵ Per come è costruita, la previsione costituzionale non impedirebbe al legislatore ordinario di annacquare l'indipendenza genetica delle A.I. con la loro attrazione, semmai per stadi successivi, al dominio dell'esecutivo. Timore che sembrerebbe confermato dalla riforma in atto dei mercati finanziari (cfr. "Proposta di Testo Unificato", cit., in part., l'art. 15), che assegna al CICR il potere di "emanare atti di carattere generale sui criteri dell'attività di vigilanza delle Autorità" unitamente al potere di "adottare atti di indirizzo di carattere generaleconcernenti l'esercizio delle funzioni regolamentari", funzioni tutorie sulle Autorità meglio specificate nel successivo art. 47. Quanto, invece, al potere di revoca, che l'art. 22 del Testo assegna per attrazione alla nomina al binomio Governo-Parlamento, il fatto di non essere adeguatamente specificato nei presupposti potrebbe consentire sbrigative eliminazioni di commissari scomodi a maggioranze di turno.

Se, invece, si guarda al diverso settore dell'ordinamento della comunicazione, la tendenza governocentrica è già operativa, almeno nel segmento delle telecomunicazioni, dove il codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. n. 259/03), nel tentativo di recepire il "pacchetto di Direttive CE" in materia, ha spostato il baricentro della regolazione e della vigilanza dalle Autorità indipendenti, destinatarie per volontà sovranazionale, al vertice politico di settore, il ministro delle comunicazioni: per una riflessione sul tema, mi sia consentito il rinvio a G. De Minico, *Decreto di recepimento del pacchetto direttive CE in materia di comunicazione elettronica: conformità o difformità dal diritto comunitario?*, in *Pol. Dir.* n 3, 2003 a pp. 439 ss. Non sembra spettare migliore sorte all'autorità di regolazione dei

2.2. *Quanto alle funzioni.* Anche per quanto riguarda le funzioni non trova alcun riscontro nel testo approvato dal Senato l'ipotesi di un modello costituzionalmente "forte" di A.I. In proposito, infatti, la norma nulla dice ⁶. Ma non è detto che tale silenzio rimanga privo di significato nell'ambito di una ricostruzione sistematica.

Ricordiamo anzitutto che per il diritto vigente le A.I., prima ancora di valutare secondo diritto, perfezionano il parametro di legalità con regole di condotta astratte e generali, compiono atti di decisione, ideano misure di equilibrio tra contrapposti valori in gioco, scelgono il limite di reciproca coesistenza tra interessi confliggenti, in una parola prendono parte alla decisione politica.

Allora il fatto che il legislatore di revisione non si pronunci in merito potrà, infatti, essere interpretato dal legislatore ordinario come una delega in bianco, che lo legittima ad affidare alle A.I. anche funzioni di regolazione sostanzialmente primaria. In conclusione, il legislatore grazie al silenzio potrebbe continuare ad agire negli stessi termini di prima. Ma nei termini precedenti rimarrebbero allora anche i dubbi che - a costituzione per questo punto invariata - sia illegittima l'attribuzione di poteri normativi "quasi primari" a chi è estraneo al circuito politico-rappresentativo. È tuttora in campo infatti, l'obiezione di chi ravvisa un *vulnus* nell'aver diffuso la funzione di indirizzo politico a soggetti estranei al "raccordo corpo elettorale-maggioranza parlamentare-Governo" ⁷ e che, in quanto tali, compiono scelte in nome di una collettività che - non avendoli investiti - non potrà poi giudicarli.

Non sfugge, d'altra parte, che a voler considerare le A.I. come elemento strutturale del sistema di *checks and balances* è proprio questa posizione che dovrebbe essere superata. Il punto di partenza è infatti la necessità di riportare in equilibrio un sistema già sbilanciato, per l'eccessiva concentrazione di poteri in capo all'esecutivo e in particolare al primo ministro, e per il grave indebolimento della funzione della rappresentanza politica parlamentare, azzerata dalla minaccia dello scioglimento anticipato. La vera questione di un riequilibrio passa necessariamente per la sottrazione di poteri all'esecutivo, e la loro collocazione in un circuito che non è disponibile da

servizi di pubblica utilità, che nell'Atto Senato 2421 A., è irrimediabilmente schiacciata sulla politica economica del governo

⁶ La questione relativa al "quanto" del profilo soggettivo e oggettivo delle A.I. dovesse essere contemplato in sede costituzionale era già stata affrontata dalla Bicamerale D'Alema. In quella sede emersero due orientamenti: quello "minimalista", tendente a inserire nel testo il meno possibile, eccezion fatta per il principio di una loro eventuale esistenza, necessario per superare i dubbi di legittimità costituzionale delle stesse. Sul fronte opposto, la tesi che tendeva a costituzionalizzare lo Statuto delle Autorità, con l'indubbio difetto di ingessare un fenomeno fluido, che doveva rimanere nella disponibilità del decisore politico, il legislatore, che all'occorrenza avrebbe potuto ampliare o restringere le loro attribuzioni, come misura premiale o punitiva in ragione dell'esito di tale esperienza. Prevalse la tesi minimalista. Per un esame ragionato dei due orientamenti, sia consentito il rinvio a G. De Minico, *Antitrust e Consob. Obiettivi e funzioni*, Padova, 1997, a pp. 286 ss.

parte dell'esecutivo medesimo. Almeno in parte questo potrebbe farsi devolvendo appunto alle A.I. funzioni regolatorie, specificatamente quelle relative ai settori particolarmente sensibili.

La domanda vera che dobbiamo porci è, allora, quale diversa formulazione della norma costituzionale – e comunque non il silenzio – potrebbe consentire, ed anzi garantire, questo ritaglio nei poteri dell'esecutivo a favore delle A.I.

Ne consegue che accanto alla previsione in Costituzione del principio della loro esistenza - completato da un criterio di copertura che effettivamente ne assicurasse l'indipendenza dalle forze di maggioranza - la norma costituzionale dovrebbe contenere un'elencazione delle funzioni declinata in positivo, sintetizzabile in una riserva di regolazione a favore delle A.I.⁸, quanto meno nelle materie più sensibili politicamente, nelle quali in maggior misura si manifesta la necessità di allontanare la regolazione dalle scelte di chi detiene il potere politico e dall'indirizzo di governo. Si pensi, ad esempio, alle libertà fondamentali. È questa riserva - oltre all'effettiva autonomia genetica - l'elemento strutturalmente necessario se si vuole configurare le A.I. come elemento effettivo del sistema di *checks and balances*. Diversamente, questa cruciale natura rimarrebbe disponibile da parte di chi detiene il potere di governo e controlla in termini cogenti - come nel testo di riforma approvato - la maggioranza parlamentare e dunque la produzione di regole di livello primario in tema di libertà.

In realtà, la nuova formulazione dell'art. 13, comma 3, del d.d.l. in esame, diversamente da quella contenuta nel testo iniziale del governo, se da un lato restituisce la regolazione sulle libertà fondamentali alla decisione concorrente di Camera e Senato, perché la materia è tra quelle riservate alla funzione legislativa bicamerale paritetica, dall'altro lato non è in grado di sottrarre le libertà alla disponibilità politica delle forze di maggioranza. Infatti, la norma si limita a chiamare in causa il Senato, non anche a costituzionalizzare un meccanismo elettivo di tipo proporzionale, come tale idoneo a non subire le distorsioni della rappresentatività sempre possibili come effetto del maggioritario; ne consegue che la decisione normativa sulle libertà è nella disponibilità delle sole forze di maggioranza, essendo scomparsa nel testo licenziato dal Senato la disposizione relativa al proporzionale.

La questione della necessità di una riserva di regolazione indipendente a favore delle A.I. - condizione necessaria perché esse rendano una prestazione di garanzia - pone due domande. Una

⁷ Sempre attuali le riflessioni di E. Cheli, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1961, a p. 93 e poi a p. 185.

⁸ Si potrebbe pensare ad una riserva del tipo di quella prevista nell'art. 37 della Cost. franc. a favore però delle A.I. e non del governo, in tal modo si consentirebbe ai regolamenti indipendenti delle A.I. di intervenire sulle materie oggetto di riserva in via originaria e iniziale, in mancanza di disciplina primaria.

simile ipotesi è percorribile tecnicamente con la via della revisione costituzionale? Ed è accettabile in termini di sistema? Non si può evitare un forte dubbio che la risposta sia in entrambi i casi negativa.

È chiaro, anzitutto, che una impostazione come quella che qui si indica comporterebbe – al di là della formulazione letterale - una rivisitazione assai rilevante dell'architettura di fondo del sistema costituzionale. Tale probabilmente (e non si può qui andare oltre la mera enunciazione del tema) da superare i limiti scritti e non scritti del potere di revisione. Non sfuggono, ad esempio, le implicazioni sullo stesso art. 1 della Costituzione, e sul principio della sovranità popolare in esso contenuto. Quale che sia l'accezione che se ne voglia dare, è molto difficile ritenere compatibile con esso una riserva di regolazione di livello primario ad un soggetto per definizione privo di rappresentatività e legittimazione politica. E non è certo un caso che una vera e propria riserva di regolazione di tale livello non trovi riscontro nell'esperienza comparata⁹.

In termini di sistema, inoltre, è altresì chiaro che il rimedio potrebbe anche considerarsi peggiore del male. In un modello squilibrato nel senso sopra indicato, infatti, uno dei punti nodali è dato dall'indebolimento dei meccanismi della responsabilità politica. Un soggetto di fatto inamovibile *medio tempore* tra un voto popolare e quello successivo come il Premier, si sottrae di fatto alla responsabilità politica verso il Parlamento e si espone al solo giudizio finale degli elettori. Se si configurassero parallelamente soggetti indipendenti per copertura costituzionale, titolari di poteri di regolazione primaria, portatori di politiche settoriali, impermeabili agli indirizzi politici di maggioranza, questo non potrebbe che connotare il sistema nel senso di una accresciuta complessiva irresponsabilità.

E se poi mancasse il requisito della effettiva indipendenza ed autonomia genetica, le A.I. - pensate magari per garantire le libertà contro l'onnipotenza dell'esecutivo - potrebbero finire per accrescerla regalandogli anche l'immunità politica!

⁹ Per ritornare, seppur brevemente all'esperienza francese, la potestà regolamentare delle A.I., incompiutamente disegnata dal legislatore, è stata poi asciugata in oggetto e fini dal *Conseil Constitutionnel* (cfr. *Décisions* nn. 86-217 e 89-260), in modo che l'abilitazione alla regolazione delle A.I. potesse riguardare esclusivamente: "mesures de portée limitée, tant par leur champ d'application que par leur contenu". Sembra aver accolto l'indicazione del *Conseil*, tesa a ridurre la possibilità di impiego della fonte secondaria ai soli regolamenti di "mise an oeuvre de la loi", il legislatore n. 2003-706 "De sécurité financière", che, nel sostituire l' *Autorité des marchés financiers* alla *Commission des opérations de bourse* (COB), ne ha sufficientemente circoscritto il potere regolatorio in oggetto, contenuto e fini (art. 8 l. cit.). Quanto al Regno Unito, si è prodotto un risultato analogo a quello francese, ma con un diverso metodo. Qui, piuttosto che restituire al legislatore la competenza disciplinare devoluta alle A.I., si è preferito intervenire sulla struttura delle A. I., riallineandole quanto a nomina e a revoca al modello dell'amministrazione dipendente dall'Esecutivo; in proposito, si veda la recente riforma del segmento della comunicazione, che riconsegna la nuova autorità della

convergenza (OFCOM) alla tutela del *Secretary of State* (*Communications Act 2003*, in: <http://www.legislation.hmso.gov.uk/acts/>).