

Quali prospettive per le autorità indipendenti?

Alessandro Pajno

1. *L'ambiguità del dibattito sulle autorità indipendenti*

Occorre, con franchezza riconoscere che, se si fa riferimento alla letteratura di settore (a quella meno recente, ma anche a quella più recente), il dibattito sulle autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento italiano appare caratterizzato da una certa oggettiva ambiguità.

Già meno di dieci anni fa veniva sottolineato che alle autorità amministrative indipendenti stava accadendo quanto in passato è successo agli enti pubblici, e cioè che «nessuno sa più con precisione quante sono, né che cosa fanno; si sta diffondendo la sensazione che non tutte servano a qualcosa o che qualcuna serva per fini diversi da quelli che le sembrerebbero propri»¹, e che, di conseguenza, era prontamente intervenuta una commissione parlamentare, con il compito di «fare una indagine a 360 gradi su che cosa sono, che cosa dovrebbero essere o dovrebbero fare le autorità amministrative indipendenti»², a cui aveva fatto prontamente seguito l'istituzione di apposite commissioni di studio da parte della presidenza del consiglio dei ministri e del dipartimento della funzione pubblica. Non a caso, d'altra parte, all'evidenziazione dei problemi legati al numero delle autorità indipendenti, alla diversità delle loro funzioni, all'identificazione delle loro caratteristiche strutturali e del loro «statuto», si accompagnava l'indicazione di quella che può essere definita la duplice singolarità della vicenda che ha caratterizzato la loro introduzione nell'ordinamento: l'abbandono dell'intervento pubblico in economia e l'affermazione del primato dell'economia di mercato non in seguito a mutamenti o a «rotture» costituzionali, ma grazie ad una sorta di «disapplicazione» dell'art. 41, Cost.³; l'affidamento (in qualche modo sorprendente) del principio di concorrenza non alle norme del codice civile ed all'autonomia dei privati, ma a disposizioni di diritto pubblico e ad interventi *regolatori*, in quanto tali; *eteronomi* rispetto al mercato⁴.

2. *L'indagine conoscitiva della I Commissione della Camera nella XIII legislatura. Dal dibattito sulle autorità al dibattito sulla loro riforma*

Dietro queste vicende vi sono probabilmente ragioni diverse: la difficoltà del passaggio, nel nostro paese, ad un diverso rapporto tra stato e mercato,⁵ la cronica incapacità del sistema italiano di far fronte alle esigenze poste dalla regolazione, anche in conseguenza dell'intrapresa dei processi di privatizzazione, le perplessità, in diversi ambiti suscitati, circa la delega di rilevanti funzioni regolative⁶ (o anche di garanzia) ad autorità non previste dalle norme costituzionali⁷, con i conseguenti problemi legati alla legittimazione delle medesime autorità ad alla possibile configurazione di un loro statuto⁸.

¹ F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo "quasi" giallo*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 9.

² *Ibidem*, p. 9.

³ *Ibidem*, p. 15.

⁴ *Ibidem*, p. 17.

⁵ A. La Spina - G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 273 e ss.

⁶ *Ibidem*.

⁷ G. Giraudi - S. Righettini, *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 201.

⁸ A. La Spina - G. Majone, *Lo Stato regolatore*, cit., p. 282 e ss.

Una situazione del genere fa sì, che un giudizio largamente favorevole sulle autorità indipendenti, legato alla loro capacità di risolvere, nonostante possibili profili di problematica coerenza con gli ordinamenti giuridici, cruciali problemi di funzionalità delle democrazie moderne,⁹ si accompagni a diffidenze ed ostilità, non soltanto fra gli attori politici e fra i titolari degli interessi regolati, ma anche fra i giuristi¹⁰, e più in generale, ad una preoccupazione per l'eccessivo numero delle autorità, per una certa disomogeneità della disciplina, per la disparità del trattamento economico dei componenti, per l'ampiezza degli organici¹¹. È proprio per tale ragione che, come è stato esattamente ricordato, sul finire degli anni '90 era divenuta opinione abbastanza diffusa quella secondo cui, a causa dell'eterogeneità e frammentarietà della disciplina delle autorità indipendenti, fosse ormai divenuto indifferibile un intervento del legislatore rivolto a ridisegnare il settore, delineando un quadro organico e nazionale¹². È proprio sulla spinta di pressioni del genere che, trova avvio, nella XIII legislatura, l'indagine conoscitiva deliberata dalla Commissione affari costituzionali della Camera, volta a censire il numero delle autorità (ma con esclusione della Banca d'Italia), al fine di favorire la predisposizione di una disciplina legislativa unitaria e l'individuazione di denominatori comuni. L'indagine si conclude, nella primavera del 2001, con l'identificazione di alcuni profili problematici, tra cui la proliferazione delle autorità nel breve arco di un quinquennio (anche se dovuta all'incidenza sempre maggiore dell'ordinamento comunitario, ed alla necessità di adeguare l'ordinamento interno alle esigenze comuni ai processi di liberalizzazione e di aperture al mercato), la frammentarietà delle discipline, l'eterogeneità degli organismi.

A fronte di ciò la Commissione propone di procedere ad un vero e proprio riordino legislativo delle autorità, sia attraverso una legge costituzionale, sia soprattutto per il tramite di una legge generale, volta ad introdurre una sorta di «statuto minimo» delle autorità ed in particolare a definire le autorità sulla scorta del rapporto indipendenza-garanzia, ad introdurre disposizioni omogenee con riferimento all'autonomia organizzativa e contabile, allo stato giuridico ed al trattamento economico del personale, al regime delle incompatibilità dei componenti, nonché norme volte a definire standard minimi per la partecipazione procedimentale.

Le disposizioni generali avrebbero, così, in qualche modo completato, nel senso della omogeneizzazione, la disciplina delle diverse autorità, mentre le singole leggi di settore avrebbero provveduto ad individuare le diverse missioni e gli specifici modelli organizzativi.

La riforma avrebbe dovuto, infine, riguardare anche il regolamento della Camera dei deputati, in vista di un possibile raccordo con le medesime autorità.

Con la relazione della Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati il dibattito sulle autorità amministrative indipendenti diviene, così, anche il dibattito sull'*opportunità o sulla necessità dalla loro riforma*. Da una parte viene ribadito il ruolo determinante delle autorità amministrative indipendenti nelle democrazie moderne. Esse sono considerate indicatori rilevanti della modificazione dei confini fra partiti e stato nelle democrazie avanzate¹³ ed obbediscono allo scopo principale di tutelare e determinare la parità delle armi in una economia di mercato¹⁴. Dall'altra, nel mentre che se ne afferma il rilievo istituzionale, si ribadisce che la vicenda complessiva delle autorità indipendenti non può avere uno svolgimento utile ed efficace nel paese senza una loro significativa riforma, ed in particolare senza un modello generale che ad un tempo li fondi, li contenga e li limiti. In tal modo, l'ambiguità diviene un carattere, per dir così, strutturale

⁹ G. Giraudi - S. Righettini, *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, cit., p. 202.

¹⁰ A. La Spina - S. Cavatorto, *Le autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 56.

¹¹ *Ibidem*.

¹² G. Santaniello, *Il riordino delle autorità amministrative indipendenti*, intervento al convegno *Il ruolo delle autorità indipendenti nell'ordinamento italiano e nella prospettiva europea*, Roma, Camera dei deputati, 7 febbraio 2002.

¹³ G. Giraudi - S. Righettini, *Le autorità amministrative indipendenti*, p. 202.

¹⁴ F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo "quasi" giallo*, cit., p. 93.

del dibattito sulle autorità, destinato a contrassegnare anche lo sviluppo e l'evoluzione futura. Ciò peraltro, non soltanto nel senso – del tutto ovvio – che un dibattito autentico non può non mettere a fuoco sia gli elementi di positività di un fenomeno che quelli di eventuale criticità, ma nel senso, assai più pregnante, che dietro le diverse posizioni a favore o contro la riforma delle autorità attraverso una legge generale si fronteggiano in realtà due opinioni sostanzialmente diverse, di cui una (quella che evidenzia l'inopportunità di una legge generale) favorevole ad una affermazione sempre più ampia, in coerenza con il sistema europeo, delle autorità ed alla diffusione dell'indipendenza, e l'altra, invece, volta comunque, al di là delle possibili intenzioni sia pure con sfumature diverse, a contenerne il ruolo e la portata.

La scelta di procedere all'approvazione di una legge generale (o di una legge di principi), può infatti essere posta al fine di *proteggere e rafforzare* il modello organizzativo basato sulla indipendenza dell'autorità dal governo e dal parlamento, ma può anche essere oggettivamente utilizzata per *limitare* l'espansione di tale modello, anche al di là di possibili utilizzazioni improprie, e soprattutto l'uso di poteri effettivamente indipendenti.

C'è quindi un pericolo oggettivo nella prospettazione di una legge generale sulle autorità indipendenti. Un rischio del genere veniva, certamente percepito da chi sottolineava, come Sabino Cassese, che l'eterogeneità delle fisionomie organizzativo-funzionali delle autorità corrispondeva alle diversità dei problemi che le autorità sono chiamate ad affrontare¹⁵, ovvero da chi, in una diversa prospettiva, sottolineava l'inutilità di una disciplina che, per risultare *generalizzabile*, sarebbe stata minimalista e per ciò stesso inadeguata¹⁶. Non a caso, d'altra parte, è stata giustamente sottolineata la oggettiva contraddittorietà della proposta stessa della Commissione affari costituzionali della Camera nella XIII legislatura, volta a tenere insieme attraverso una miscela di discipline generali e normative speciali, finalità fra di loro difficilmente compatibili¹⁷.

3. *La riforma delle autorità indipendenti fra tutela dell'indipendenza e tendenza al ridimensionamento*

Come che sia, a partire dall'affermazione della necessità di una disciplina generale delle autorità indipendenti, si sono progressivamente affermate due diverse linee, che hanno dato luogo a due diversi fenomeni.

La prima di esse riguarda il moltiplicarsi delle iniziative di riforma. Alla indagine conoscitiva della I Commissione nella XIII legislatura, hanno fatto seguito, sempre nella XIII e nella XIV legislatura, una serie di iniziative governative (di studio, ma destinate a sfociare, almeno nelle intenzioni, in appositi disegni di legge) e sul piano parlamentare, diverse proposte di legge tutte volte a ridisciplinare in termini generali il settore delle autorità indipendenti, ora con intendimenti di contenimento e ridimensionamento, e di sottrazione di interi settori della regolazione di soggetti indipendenti per favorirne la restituzione all'indirizzo politico, ora invece, con la finalità di delineare uno «statuto unico» delle autorità, per riaffermare la perdurante validità del loro modello e la necessità di rafforzarne l'indipendenza dal governo.

Non è ovviamente, questa la sede per una analisi puntuale delle diverse iniziative intraprese per la riforma delle autorità indipendenti; meritano tuttavia di essere segnalate, con riferimento alla XIV legislatura, due diverse iniziative legislative che, nell'ambito di una comune volontà di riordino organico, appaiono rappresentative di due diversi modi di interpretare i presupposti e le finalità del riassetto.

¹⁵ Si veda in proposito, A. La Spina – S. Cavatorto, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 58.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

La prima di esse, presentata da Enrico Letta e Giuliano Amato (A.C. 2052- A.S. 956), dal titolo *Disposizioni in materia di autorità indipendenti*, prende le mosse della necessità di rafforzare il modello che prevede l'indipendenza delle autorità nei confronti del governo, e punta pertanto all'enunciazione uno statuto unitario ed alla razionalizzazione del relativo modello operativo; la seconda, presentata da Bruno Tabacchi (A.C. 2224, *Nuove norme in materia di autorità di garanzia, regolazione e vigilanza*) assume invece come proprio presupposto l'impossibilità di omologare i diversi tipi di autorità indipendenti, e quindi l'impossibilità di delineare delle disposizioni generali valide per tutte, ed utilizza invece la tripartizione già enunciata in dottrina (Amato) tra autorità di garanzia, di regolazione e di vigilanza per far derivare un trattamento omogeneo dei diversi organismi soltanto all'interno di ciascuna tipologia¹⁸.

Nonostante, comunque, l'esistenza di disegni volti a consolidare l'indipendenza delle autorità rispetto al sistema politico, le iniziative messe in campo nella XIII e nella XIV legislatura per riformare in modo organico il settore, sembrerebbero caratterizzarsi, come è stato osservato, per una tendenza ad una riduzione significativa del ruolo delle autorità indipendenti¹⁹. Non può, peraltro, essere sottaciuto il fatto che, nella medesima XIV legislatura, anche a seguito dell'eco sollevata da alcuni scandali finanziari e contabili (il caso Parmalat, ed, in precedenza, il caso Cirio), è stata approvata la legge n. 262 del 2005 sulla tutela del risparmio, che ha potenziato i poteri della Banca d'Italia e della Consob, ricondotto all'Agcm l'esercizio dei poteri *antitrust* nel settore del credito, introdotta una nuova disciplina per la nomina del Governatore della Banca d'Italia, previsto per quest'ultimo un mandato a termine, e modificato sia il regime proprietario che la *governance* dell'istituto.

Nonostante le contraddizioni che sono state messe in luce da diverse parti, la legge n. 260 del 2005 contiene una disciplina certamente di grande rilievo, mentre significativo appare il fatto che sia stato abbandonato l'originario impianto governativo, volto in qualche modo a limitare la quantità e la qualità dell'indipendenza degli organismi presi in considerazione²⁰.

Con la XV legislatura la tendenza a ridimensionare il ruolo e l'indipendenza delle autorità sembra in qualche modo cessare: l'A.S.1366, recante disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati finanziari e di funzionamento delle autorità indipendenti preposte ai medesimi appare infatti ispirato alla scelta di accompagnare i processi di liberalizzazione con un sistema efficace di regolazione e vigilanza, fondato sull'azione di organismi pubblici dotati di un alto livello di indipendenza di autonomia e di capacità tecnica, in grado di agire in modo efficace e trasparente²¹.

In questo caso, l'opzione per una disciplina generale ed omogenea per le autorità indipendenti viene declinata in funzione del potenziamento e del rilancio dell'indipendenza, e non nel senso del contenimento o della limitazione dei poteri indipendenti.

Viene, infatti prevista una disciplina generale per le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, con la restituzione ad esse di funzioni sottratte da precedenti interventi legislativi, e con il potenziamento di quelle esistenti; viene istituita una nuova autorità (quella dei trasporti, con competenze di regolazione economica estese al settore aereo, a quello autostradale, a quello ferroviario ed a quello marittimo); con riferimento al settore finanziario viene superato il tradizionale sistema di vigilanza fondato sulla divisione delle competenze per materie e sostituito con quello per finalità; la Banca d'Italia diviene il soggetto regolatore e vigilante in materia di stabilità degli operatori e la Consob in materia di trasparenza e di informazione al mercato; viene prevista la soppressione (per il tramite di un decreto delegato) di Covip ed Isvap, nonché dell'Uic. Vengono poi, introdotte discipline comuni con riferimento alla composizione dei collegi delle

¹⁸ *Ibidem*, pp. 62-64.

¹⁹ *Ibidem*, p. 73.

²⁰ *Ibidem*, p. 328.

²¹ Così si esprime la relazione al disegno di legge.

autorità, alla loro organizzazione, ai loro procedimenti ed ai loro atti, in tema di ricorsi giurisdizionali, in tema di rapporti istituzionali; viene prevista l'istituzione di una Commissione parlamentare per le politiche della concorrenza ed i rapporti con le autorità di regolazione, di vigilanza e di garanzia dei mercati.

L'insieme delle norme comuni, contenute nel Capo IV, sono dichiarate applicabili non solo alle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità alle autorità di vigilanza sui mercati finanziari, ma anche all'Agcm, (che non è autorità di regolazione), considerata organo di garanzia dei mercati.

Il riassetto al settore delle autorità indipendenti previsto con il disegno di legge sopra ricordato è senz'altro assai significativo e si muove secondo due direttrici: da un lato un intervento con riferimento alle singole autorità di regolazione e di vigilanza dei mercati finanziari, dall'altro, l'elaborazione di una disciplina generale riguardante, peraltro, non tutte le autorità indipendenti, ma alcune di esse.

La scelta per una disciplina generale viene, per un verso, largamente riaffermata, e per l'altro in qualche modo «limitata», in quanto attuata attraverso l'estensione del regime previsto per le autorità di regolazione e vigilanza alla più significativa delle autorità e cioè all'Agcm.

Appare peraltro evidente che le disposizioni contenute nel Capo IV hanno una chiara attitudine a divenire predicabili per ogni tipo di autorità.

Nel complesso il d.d.l. sembra favorire risposte soddisfacenti alle questioni sul tappeto (rafforzamento dell'indipendenza; rapporti con il contesto europeo; rapporti con il sistema regionale; riassetto strutturale di alcune autorità; rapporti con il parlamento).

Il d.d.l. contiene tuttavia, elementi di ambiguità capaci di diminuirne non di poco la portata innovativa: preoccupa l'incertezza nella stessa definizione della legge, che sembra, contraddittoriamente atteggiarsi sia a legge di principio che a legge generale (art. 1 c. 1), sia soprattutto l'affermazione che restano ferme «le funzioni di indirizzo generale e di alta vigilanza del governo e dei ministri» nelle materie previste della legge. La formula adoperata, rischia di rendere obiettivamente incerto il confine tra ciò che attiene alla politica e ciò che riguarda l'attività delle autorità e di indebolire complessivamente l'esercizio delle loro funzioni.

L'A.S. 1366 è stato travolto dallo scioglimento anticipato della XV legislatura. La XVI legislatura si è invece, aperta con una disposizione (si tratta di quella contenuta (nell'art. 1, co. 10 del d.l. 27 ottobre 2008 n. 166, convertito dalla legge 27 ottobre 2008 n. 166) che ha sottratto all'autorizzazione dell'Agcm le operazioni di concentrazione riguardanti la «nuova» Alitalia.

4. Le difficoltà delle autorità indipendenti nello «spazio regolatorio»

La linea di azione sopra descritta sommariamente ha, così, a lungo oscillato fra due diversi modi di intendere il ruolo della disciplina generale sulle autorità indipendenti (uno volto a rilanciare e proteggere l'indipendenza, e l'altro volto in qualche modo a limitarne la portata). Tale linea, peraltro, non è riuscita a trasformarsi in legge, e se ciò ha forse tranquillizzato coloro che vedono nelle legge generale un rischio per le autorità, ha certamente preoccupato tutti coloro che identificano in questo strumento un modo di garantire la loro indipendenza.

Non può pertanto, stupire il fatto che, durante lo svolgimento del dibattito sull'opportunità e sul contenuto della legge generale, si sia sviluppata una seconda linea di tendenza, volta a denunciare che era in opera una strategia di contenimento meno ambiziosa, ma forse più insidiosa per il modello delle autorità indipendenti, fatta della progressiva sottrazione a queste di specifiche competenze attribuite dalle leggi istitutive, della configurazione, per le autorità, di oneri non imposti alle amministrazioni tradizionali, della riduzione degli stanziamenti annuali, della designazione,

quali componenti, di soggetti non in possesso di *curriculum* adeguato, dell'attribuzione di compiti impropri²².

In questo contesto, è stata posta felicemente in luce la non facile posizione delle autorità nello «spazio regolatorio» e le difficoltà del rapporto di esse con gli altri protagonisti dell'area pubblica. Si è così parlato di un «parlamento distratto» nei riguardi delle autorità,²³ dal difficile rapporto con il governo e con le burocrazie ministeriali, vittime di un «effetto invidia»²⁴, dei «guasti del federalismo»²⁵, e delle difficoltà connesse con il riparto delle competenze legislative introdotto dal nuovo Titolo V, della problematicità dei rapporti con le imprese regolate, tra rischi di cattura, di rigetto e di isolamento²⁶, e con i giudici²⁷, delle conseguenze di una opinione pubblica immatura²⁸.

In una situazione del genere le autorità indipendenti sono state descritte come personaggi pirandelliani che si aggirano spaesati, non tanto in cerca di autore, ma alla ricerca di un interlocutore, o più esattamente di «una rete di soggetti privilegiati con i quali interloquire in modo stabile e qualificato»²⁹.

In tal modo l'attenzione è stata portata, oltre che sulle singole autorità, sulla debolezza del complessivo quadro istituzionale che le riguarda, e sulle difficoltà delle relazioni all'interno di esso: in questa prospettiva, il fuoco del problema sembra spostarsi verso la considerazione dell'intero sistema istituzionale nel quale le autorità si inseriscono, ed è stato ipotizzato un loro ruolo nella funzione di raccordo con gli altri soggetti del sistema istituzionale, ora come ausiliari qualificati del decisore politico³⁰, ora come snodi di interlocuzione, e di raccordo tecnico-giuridico, complementari alle sedi di rapporto politico³¹.

5. *Autorità indipendenti e «transizione» italiana*

Sia le vicende relative alle iniziative (legislative e non) che hanno interessato l'elaborazione di una legge generale sulle autorità indipendenti, che quelle che descrivono le difficoltà di una relazione significativa delle autorità con gli altri attori del contesto istituzionale non devono, in realtà, sorprendere, dal momento che costituiscono, nel contempo, la conseguenza diretta della «novità» rappresentata dalle medesime autorità e dell'incertezza della transizione italiana, verso un sistema compiutamente bipolare, caratterizzato dalla contemporanea presenza di attori politici che si contendono il campo e di un sistema di arbitri chiamati a vigilare sul rispetto delle regole del gioco.

Nonostante, infatti, l'ordinamento registri da tempo la presenza di organismi indipendenti, non può non essere segnalata la radicale novità che essi rappresentano in tema di organizzazione dei poteri pubblici. Essi, infatti, realizzano la sottrazione all'indirizzo politico di settori rilevanti di funzioni amministrative e l'affidamento delle medesime e organismi, chiamati a pronunciarsi soltanto sulla base delle indicazioni derivanti dalla legge, la cui indipendenza è, in un certo senso, garantita proprio dalla loro speciale capacità tecnica.

Un modello del genere, affermatosi con l'emergere di una nuova costituzione economica e sotto la spinta del diritto comunitario, anche per effetto degli squilibri della finanza pubblica³², è

²² M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005, pp. 26-29.

²³ *Ibidem*, p. 31.

²⁴ *Ibidem*, pp. 33-34.

²⁵ *Ibidem*, p. 38.

²⁶ *Ibidem*, pp. 43-46.

²⁷ *Ibidem*, pp. 46-50.

²⁸ *Ibidem*, pp. 51-53.

²⁹ A. Valastro, *Le autorità indipendenti in cerca di interlocutore*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 9 e ss.

³⁰ *Ibidem*, p. 142.

³¹ *Ibidem*, p. 147 e ss.

³² M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 9.

destinato a scontrarsi quotidianamente, nel concreto della sua azione, con la tradizionale amministrazione ministeriale, con le tendenze della politica a cercare di riportare nell'ottica dell'indirizzo politico (e quindi anche delle deliberazioni parlamentari) decisioni pubbliche che dovrebbero essere adottate soltanto alla stregua del principio di concorrenza e delle regole del mercato, e con il rischio di cattura da parte dei settori che le autorità stesse sono chiamate a regolare.

Quanto alla «transizione» italiana, è palese che, in via generale, l'affermazione di un sistema politico autenticamente bipolare è destinato, progressivamente, ad esaltare sia il ruolo delle regole chiamate a governare il confronto fra gli attori politici ed istituzionali che quello dei soggetti istituzionali che queste regole sono destinati ad applicare e ad incrementare: un sistema autenticamente bipolare attribuisce un ruolo determinante agli arbitri.

In Italia, peraltro, nel concreto prevale, almeno fino ad ora, una idea diversa di bipolarismo, basata sul primato della legittimazione attribuita dal consenso elettorale a fronte della legittimazione derivante dalla conformità alle regole. Si è così, almeno tendenzialmente, affermato un diverso tipo di bipolarismo, nel quale lo schieramento vincitore del confronto elettorale si ritiene (e talvolta è ritenuto) signore anche delle regole che governano il confronto e l'organizzazione del sistema istituzionale.

In una situazione del genere fa fatica ad affermarsi tutto ciò che ha riferimento al patrimonio delle regole, ad una autentica funzione di regolazione, e più in generale al valore dell'indipendenza.

6. *I rischi dell'organicismo e l'analisi delle modalità di funzionamento delle autorità*

Con tutto questo, non può essere negato il fatto che la speciale attenzione dedicata, a partire dalla XIII legislatura, alla questione della «legge generale» sulle autorità indipendenti, ha finito con il concentrare l'attenzione sulle possibili modifiche normative, ed ha invece, in qualche modo, distolto dalla considerazione dei concreti problemi di funzionamento del sistema delle autorità indipendenti, e, forse, dei cambiamenti *medio tempore* intervenuti anche per via diversa dall'intervento del legislatore nazionale.

C'è probabilmente, in questo approccio, una sorta di difetto tutto italiano, volto a considerare quella legislativa l'unica riforma possibile; tuttavia non può essere negato il fatto che, mentre il dibattito politico e culturale puntava soprattutto sull'opportunità di una legge generale sulle autorità indipendenti, molte di esse registravano cambiamenti significativi legati al quadro sopranazionale, ovvero all'intervento di discipline di settore, ovvero al miglioramento delle prassi e delle procedure, ovvero ancora alla giurisprudenza ed al mutare dei suoi indirizzi.

È in questa prospettiva, che non perde di vista il dibattito più generale, ma che intende evitare i rischi dell'organicismo, che si collocano i saggi contenuti nel presente volume, e che nel loro complesso cercano di restituire una fotografia «attuale» delle autorità di regolazione (e di garanzie dei mercati), che dia conto sia dei mutamenti intervenuti che delle principali criticità che permangono.

Il volere dell'indipendenza – le cui ragioni sono significativamente sintetizzate da Marco D'Alberti nel saggio introduttivo – è assunto non soltanto come punto di partenza dell'analisi: al contrario, si è tentato di cogliere l'indipendenza delle autorità anche nel suo profilo per dir così, «funzionale», per dar conto del modo nel quale l'indipendenza si realizza nel concreto, e del modo in cui essa reagisce all'interazione con i diversi soggetti istituzionali che partecipano al sistema della decisione pubblica.

Si tratta, d'altra parte, di una prospettiva che appare, forse, in linea di principio più vicina alla storia e alle vicende delle autorità indipendenti. Queste non sono un modello generale da esportare: sono, al contrario strutture che nascono per rispondere ad una esigenza storica, puntuale,

concreta, del sistema istituzionale ed economico al quale ineriscono, ed il valore della loro azione va colto prevalentemente se non esclusivamente nella capacità di dare una risposta alle questioni per le quali sono nate.

Per raggiungere questo obiettivo si è lavorato lungo tre linee direttrici: quella di considerare la vicenda delle autorità alla luce di alcune questioni più generali (il «fondamento» della indipendenza, il rapporto con il contesto nazionale e con quello soprannazionale, la questione del federalismo); quella di mettere a fuoco alcuni problemi legati all'esercizio dei poteri delle autorità (il potere normativo, il valore del contraddittorio, il delicato rapporto con il controllo giurisdizionale); quella infine, di portare l'esame su alcune autorità che sono state, di recente oggetto di interventi normativi di settore.

Dallo sviluppo dell'indagine sembrano emergere, da una parte, una immagine dell'autorità «nel concreto» almeno in parte diversa da quella che tradizionalmente viene diffusa; dall'altra una serie di suggerimenti non privi di valore anche nella prospettiva di una riforma. Qui di seguito si cercherà di sintetizzare i profili che sembrano più rilevanti.

7. *Il «nocciolo duro» dell'indipendenza*

Quando si discute di autorità indipendenti, il punto di partenza non può che essere costituito dall'indipendenza. Di essa e del suo valore parla Marco D'Alberti nel saggio introduttivo del volume³³. Due notazioni appaiono tuttavia significative.

La prima di esse riguarda, per dir così, le «vicende» dell'indipendenza delle autorità: essa si rafforza in conseguenza delle sollecitazioni che vengono dall'ordinamento europeo e sopranazionale, ma conosce vicende alterne sul piano nazionale.

Come sottolinea Marco D'Alberti, la regolazione indipendente non costituisce un principio generale, dal momento che esiste la regolazione economica posta dai governi, dagli apparati dell'esecutivo; tuttavia, l'indipendenza del regolatore gode di un *favor*, che si è affermato in materie come la libera concorrenza, con riferimento a tutti i mercati, dal credito, alle comunicazioni all'energia.

Sul piano nazionale si alternano segnali in sintonia con il quadro europeo a segnali che vanno in senso contrario (registratisi, in passato soprattutto con riferimento all'autorità per l'energia). La stessa crisi economica mondiale in atto, se ha, in qualche modo valorizzato il ruolo e la responsabilità dei governi nell'affrontare l'emergenza e rilanciare l'economia di mercato, pone obiettivamente il problema del «confine», oltre il quale l'intervento eccezionale non appare più giustificato, ed evidenzia la necessità di ribadire che la presenza pubblica nell'economia si realizza soprattutto attraverso un sistema di regole adeguate e con l'azione di regolatori indipendenti.

La seconda notazione riguarda, per così dire, il «nocciolo duro» dell'indipendenza, che è costituito dal rapporto inscindibile di questa con la «tecnicità» delle decisioni da assumere.

Occorre, forse, riflettere maggiormente sul rapporto particolarmente qualificato esistente tra indipendenza e tecnica. È la natura *tecnica* delle scelte da assumere che sottrae la decisione dell'autorità alla discrezionalità amministrativa tradizionale; è la natura tecnica delle regole da applicare, e del giudizio da formulare, che sottrae la singola decisione al primato dell'indirizzo politico. Il giudizio tecnico libera il decisore dal rispetto di principi che non sono quelli che governano la disciplina di settore, ed avvicina la sua posizione a quella del soggetto – il giudice – che è chiamato a dirimere una controversia applicando le regole che discendono dalla legge.

Deriva da ciò che esiste uno strumento tanto potente quanto oscuro idoneo a mettere in discussione l'indipendenza, che consiste nel diminuire la qualità tecnica dei soggetti chiamati a comporre i collegi delle autorità. Da questo punto di vista il problema delle nomine acquista un

³³ M. D'Alberti, *Il valore dell'indipendenza*, in questo volume.

rilievo decisivo, dal momento che una nomina priva di qualità rischia alla fine, di diminuire la qualità dell'indipendenza dalle autorità.

8. *La questione delle risorse finanziarie*

Strettamente connesso come il tema dell'indipendenza è quello del reperimento delle risorse finanziarie sufficienti perché l'autorità possa svolgere efficacemente il proprio mandato. Il profilo del finanziamento è infatti non soltanto capace di condizionare a fondo l'autonomia delle autorità³⁴ ma costituisce un momento della *governance* trascurato dalla discussione³⁵. Al riguardo, ciò che emerge in modo significativo è che l'indipendenza può dipendere non soltanto dalla quantità del finanziamento, ma anche dalla sua qualità, e cioè dalla diversificazione delle modalità attraverso cui esso si realizza in modo da assicurare l'indipendenza sia nei confronti dell'indirizzo politico governativo che nei riguardi delle imprese regolate³⁶. La diversificazione³⁷ delle modalità di finanziamento (contributo a carico del bilancio dello Stato; contributi obbligatori derivanti dai soggetti operanti nei mercati regolati; ricavi derivanti da sanzioni pecuniarie inflitte ai soggetti regolati), insieme alla sua adeguatezza, alla sua legittimazione, alla funzionalità del sistema di controllo sembra costituire una delle condizioni indispensabili perché attraverso il finanziamento sia possibile assicurare l'indipendenza istituzionale delle autorità³⁸.

9. *L'analisi economica*

Ma l'analisi economica delle autorità indipendenti non fornisce soltanto spunti utili con riferimento al problema del finanziamento delle autorità. Più in generale essa, applicata alle istituzioni, descrivendo gli effetti di efficienza sul sistema prodotto dalle diverse soluzioni istituzionali (autorità indipendenti, organismi ministeriali) si rivela capace di fornire un contributo utile sia per disegnare i caratteri delle autorità indipendenti (ad esempio, se mono o polifunzionale), sia per suggerire possibili iniziative con riferimento alla distribuzione di funzioni tra autorità amministrative e ministeri.

In questa prospettiva è stato opportunamente posto in luce che l'analisi economica, spiegando la natura del conflitto tra politica ed autorità indipendenti in materia di regolazione come concorrenza implicita fra soggetti diversi, evidenzia che il mantenimento delle funzioni regolatorie presso ministeri, dove, per ragioni storiche, la competenza tecnica è quasi sempre inferiore, rischia di generare forme di «concorrenza distruttiva»³⁹.

L'affermazione, chiara anche se prudente, alla stregua della quale i costi di transazione sostenuti nel complesso degli *stakeholder* sarebbero inferiori in modo significativo nella soluzione che vede l'affidamento di funzioni alle autorità piuttosto che alle strutture ministeriali⁴⁰ costituisce una considerazione che dovrebbe indurre progressivamente ad abbandonare l'esercizio di funzioni regolatorie attraverso apparati ministeriali.

³⁴ V. Visco Comandini, *L'analisi economica delle autorità indipendenti*, in questo volume.

³⁵ M. De Benedetto, *Indipendenza e risorsa*, in questo volume; A. Macchiati, *Appunti per una nuova governance delle autorità*, in F. Grassini (a cura di), *L'indipendenza delle autorità*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 83.

³⁶ M. De Benedetto, *Indipendenza e risorse*, cit.

³⁷ V. Visco Comandini, *L'analisi economica delle autorità indipendenti*, cit.

³⁸ M. De Benedetto, *Indipendenza e risorse*, cit.

³⁹ V. Visco Comandini, *L'analisi economica delle autorità indipendenti*, cit.

⁴⁰ *Ibidem*.

10. *Regolatori nazionali e diritto sopranazionale*

Il fenomeno della progressiva erosione del potere dei legislatori nazionali di definire liberamente il disegno organizzativo delle amministrazioni nazionali a causa dell'influenza del diritto europeo e del diritto globale è descritto con dovizia di particolari da Stefano Battini e Giulio Vesperini⁴¹. La ragione del fenomeno, di portata crescente, è identificata nei vincoli di interdipendenza economica che legano ormai i diversi paesi, dal momento che «è sotto la pressione degli interessi di operatori economici globali [...] che si riduce il margine di manovra degli stati nazionali, le cui autorità in quanto rappresentative degli interessi di comunità politiche locali, devono cedere il passo a regolatori che sono più neutrali proprio perché meno rappresentativi»⁴² è per l'impulso della Commissione europea che i legislatori nazionali perdono quote significative del potere di disciplinare l'organizzazione amministrativa⁴³.

Questa prospettiva, se da un lato conferma il ruolo sempre più determinante del diritto dell'unione europea e del diritto globale, dall'altro sembra rovesciare il tradizionale problema della legittimazione democratica delle autorità indipendenti, postulando l'esistenza di una *legittimazione sopranazionale* delle autorità e configurando sostanzialmente la legittimazione derivante da meccanismi rappresentativi come un possibile limite a tale legittimazione sopranazionale.

Poiché, infatti, il regolatore nazionale è destinato ad operare anche nei confronti di operatori stranieri, che non possono utilizzare forme di legittimazione politica elettiva, quest'ultima, in un regime di mercati aperti, e nell'assetto che tradizionalmente li accompagna (quello della responsabilità ministeriale) potrebbe alla fine risolversi in una sorta di legittimazione parziale, se non addirittura discriminatoria⁴⁴. In un'ottica del genere, che considera come area di riferimento quella sovranazionale dei mercati aperti e non quella dei mercati nazionali, sarebbe, alla fine, proprio l'indipendenza dal potere politico nazionale a costituire il presupposto di «forme alternative e non discriminatorie» di legittimazione delle autorità, capaci di assicurare l'*accountability* delle medesime, in un contesto in cui esse agiscono secondo regole stabilite da regolatori sopranazionali⁴⁵.

11. *Il difficile rapporto con il nuovo Titolo V della Costituzione*

Fra le questioni generali che hanno contrassegnato negli ultimi anni il dibattito sulle autorità indipendenti si colloca anche quella relativa al difficile rapporto con le prospettive delle autonomie territoriali, ed in genere con il nuovo Titolo V della Costituzione.

Il dibattito ha, con ogni probabilità, scontato una serie di difficoltà, legate non soltanto al tema delle autorità indipendenti ma anche alle novità proprie della legge costituzionale n. 3 del 2001 (quale ad esempio, la fine del parallelismo tra funzioni legislative e funzioni amministrative). La presenza, nell'ambito della competenza legislativa concorrente delle regioni di materie oggettivamente affidate a regolatori nazionali ha, per un verso, fatto emergere l'opportunità di una correzione della nuova disciplina costituzionale, e per l'altro (su di un versante opposto) fatto dubitare delle legittimità, in riferimento al nuovo quadro costituzionale, di una azione regolatoria affidata esclusivamente, e senza forme di coordinamento con le funzioni regionali, all'autorità statale.

⁴¹ S. Battini - G. Vesperini, *L'indipendenza del regolatore nazionale imposta dal diritto europeo e globale*, in questo volume.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

Il difficile incontro fra problemi (e riforme) della regolazione e riforma del ruolo delle autonomie è descritto nel saggio di Guido Sirianni e Alessandra Valastro, che dà compiutamente conto delle diverse opinioni interpretative – «continuiste» e «non continuiste» – circa il rapporto tra autorità indipendenti e nuove competenze attribuite al sistema regionale dal nuovo Titolo V della Costituzione⁴⁶.

In realtà il dibattito, sembra per dir così, essere oggi calato di tono, specie a seguito della giurisprudenza della Corte costituzionale, che, da una parte ha talvolta giustificato la possibile compressione dell'autonomia regionale da parte di discipline (anche regolamentari) statali, contenenti standard tecnici di tutela di diritti fondamentali, in quanto concernenti competenze che devono essere esercitate in modo unitario⁴⁷, e dall'altra ha ammesso la possibilità di una disciplina statale in materia rientrante nelle competenze concorrenti regionali quando esista, comunque, una esigenza unitaria più forte⁴⁸.

Pare, comunque, possibile affermare che, almeno allo stato del dibattito, alcuni punti sembrano acquisiti. In particolare:

a) Una autentica autorità di regolazione dei mercati non può che essere, per forza di cosa, nazionale.

b) Questa affermazione non esclude che il modello organizzativo delle autorità indipendenti sia utilizzato anche nell'ambito regionale, con riferimento a materie di competenza esclusiva regionale. Il problema, tuttavia, non può essere affrontato in astratto, ma in concreto, con riferimento a esigenze poste per settori specifici. In linea generale, appare tuttavia più facile postulare l'esistenza di autorità regionali di garanzia, piuttosto che di autorità di regolazione, come del resto, sembra dimostrare l'esame degli statuti regionali⁴⁹.

c) Non ha sostanzialmente a che fare con il problema del rapporto fra autorità indipendenti e regioni, la *deconcentrazione* delle autorità nazionali con la costituzione nelle regioni, di uffici regionali delle medesime autorità. Tale profilo attiene, infatti all'organizzazione su base territoriale dell'autorità statale.

d) Poiché il nuovo Titolo V della Costituzione postula la distribuzione del sistema delle decisioni pubbliche su diversi livelli di governo, fondamentale appare la questione dei *raccordi* fra i diversi soggetti istituzionali; questione che, a certe condizioni, può forse interessare le autorità indipendenti. Queste, d'altra parte, devono considerare il loro intervento come inserito in un sistema istituzionale plurale ed a servizio del medesimo; in questa ottica, può costituire una scelta significativa quella di estendere al sistema regionale i poteri di segnalazione delle autorità.

12. I poteri delle autorità ed il loro esercizio.

Tutti i saggi contenuti nel volume affrontano temi rilevanti per le autorità e per la loro indipendenza. Tuttavia, alcuni di essi sembrano far riferimento direttamente al modo di operare delle autorità, ai loro poteri ed alle loro funzioni, e quindi alla loro concreta azione quotidiana. Si tratta di quelli riguardanti i poteri normativi e quasi giudiziali delle autorità e la questione dell'Air.

Non è possibile, in questa sede, dare conto della varietà delle questioni che, proprio con riferimento alla complessità della vita delle autorità, emergono dalle riflessioni e dagli approfondimenti sopra indicati. Qui si può soltanto provare ad indicare alcuni profili generalissimi, che, se evidenziano talvolta aspetti problematici, consentono di comprendere che questi aspetti riguardano soggetti che agiscono con piena vitalità e con una efficacia crescente.

⁴⁶ G. Sirianni - A. Valastro, *Autorità indipendenti e regioni*, in questo volume.

⁴⁷ Corte costituzionale, sentenza n. 31/2001 e 282/2002.

⁴⁸ Corte costituzionale, sentenza n. 303/2003.

⁴⁹ G. Sirianni e A. Valastro, *Autorità indipendenti e regioni*, cit.

13. *La partita dell’Air*

L’analisi d’impatto della regolazione, pur obbligatoria dal 2003, stenta, in concreto ad affermarsi nel settore delle autorità di regolazione. Lo stato dell’attuazione appare, infatti, oltremodo variegato. Le cause di tale fenomeno sono note, ed a quelle elencate da Nicoletta Rangone⁵⁰, va aggiunta, forse la tradizionale difficoltà del sistema amministrativo italiano di misurarsi con questioni attinenti alla misurazione ed alla valutazione dell’efficacia delle procedure e dei relativi risultati. Deve però, essere sottolineato che il ritardo nelle materie in questione appare obiettivamente preoccupante, dal momento che, come è stato messo in luce,⁵¹ l’utilizzazione delle tecniche di analisi della regolazione è determinante per la qualità stessa delle regole, per la legittimazione dei regolatori, per l’accettabilità delle regole da parte dei soggetti regolati e per la diminuzione del contenzioso.

14. *I poteri normativi*

La lettura dei saggi contenuti nel volume evidenzia l’esistenza di una assai rilevante disciplina regolamentare da parte delle autorità⁵², con riferimento non soltanto alla propria organizzazione o alla scansione dei diversi momenti dell’azione, ma anche ai rapporti con i soggetti regolati ed alla soluzione delle controversie con l’autorità e fra gli stessi soggetti regolati.

Più precisamente, si registra, con riferimento alle autorità, la presenza di una disciplina posta in essere nell’esercizio del tradizionale potere regolamentare del governo, la presenza di una cospicua normazione, riguardante settori assai differenziati, posta in essere nell’esercizio del potere regolamentare proprio delle singole autorità e l’utilizzo, con funzioni in senso lato di regolazione, del proprio potere di adottare decisioni amministrative.

Una situazione del genere merita una riflessione approfondita, se non altro perché l’ordinamento costituzionale sembra riservare la potestà regolamentare allo stato nelle materie di legislazione esclusiva, alle regioni in ogni altra materia ed ai comuni, alle province ed alle città metropolitane per quanto riguarda l’organizzazione e l’esercizio delle funzioni (art. 117, sesto comma, Cost.).

Si tratta pertanto di capire se il potere regolamentare delle autorità costituisca pur sempre un potere normativo statale, ancorché esercitato in forme e con procedure diverse rispetto a quelle predisposte per il potere normativo del Governo, ovvero un potere che implica un diverso fondamento, legato allo speciale statuto di indipendenza. L’esame delle prassi sembra, poi, evidenziare, un uso ampio anche con fonti eterogenee, del potere delle autorità di innovare l’ordinamento giuridico.

15. *La rilevanza del contraddittorio*

L’analisi delle diverse modalità di azione delle autorità amministrative sembra sottolineare ad un tempo, le molteplicità delle funzioni normalmente assegnate alle singole autorità e l’esistenza di un denominatore comune per l’esercizio di tali funzioni.

Sotto il primo profilo lo studio sui poteri «quasi giudiziali»⁵³ e l’analisi condotta sul funzionamento delle più importanti autorità⁵⁴ evidenzia che a ciascuna di esse, pur in misura non

⁵⁰ N. Rangone, *Autorità indipendenti ed Air*, in questo volume.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² V. Cerulli Irelli, *Poteri normativi delle autorità indipendenti*, in questo volume.

⁵³ E.L. Camilli e M. Clarich, *Poteri quasi giudiziali delle autorità indipendenti*, in questo volume.

uniforme, risultano affidate funzioni di regolazione (ad eccezione che all'Agcm), funzioni che possono essere considerate di amministrazione attiva, funzioni sanzionatorie, e funzioni di decisione dei conflitti fra i soggetti regolati.

Risulta, pertanto, confermato il c.d. modello polifunzionale, che vede affidati alle autorità compiti diversi, ma tutti concernenti il governo complessivo del settore di pertinenza, che si realizza sia attraverso l'emanazione di apposite regole, sia attraverso l'adozione di atti applicativi di regole generali, sia attraverso l'irrogazione di sanzioni, sia attraverso vere e proprie forme di amministrazione giudiziale.

Sotto il secondo profilo, il dato che colpisce è che lo svolgimento delle diverse funzioni da parte delle autorità appare tuttavia caratterizzato da un connotato comune, costituito dalla «speciale rilevanza del contraddittorio».⁵⁵

In un certo senso infatti, i diversi procedimenti in cui si snoda l'azione dell'autorità appaiono, sia pure in misure diverse, contrassegnati da una sorta di «ruolo rinforzato» del contraddittorio. Ciò è vero con riferimento alle funzioni di regolazione, rispetto alle quali, il rafforzamento del contraddittorio procedimentale costituisce, secondo la giurisprudenza del Consiglio di stato⁵⁶, in modo di sopperire alla crisi della legalità sostanziale, connessa alla mancanza di un sistema completo di regole di comportamento, con obblighi e divieti fissati dal legislatore; ma è altrettanto vero con riferimento all'attività di decisione puntuale delle diverse autorità ed alla attività di risoluzione dei conflitti, nelle quali il contraddittorio obbedisce allo scopo di assicurare la «parità delle armi» ed è anche la conseguenza dell'esistenza di un conflitto tra le parti che deve essere sciolto con l'intervento dell'autorità.

Deriva da ciò che il contraddittorio nei procedimenti di competenza delle autorità ha spesso sia un «connotato sostanziale» (presuppone cioè il conflitto fra le parti in ordine ad un bene della vita che i soggetti coinvolti nel procedimento intendono conseguire) sia un valore eminentemente «procedurale», anche sotto il profilo dell'acquisizione delle conoscenze. Esso tende così, ad avere lo stesso ruolo che il contraddittorio ha nel processo giurisdizionale, e cioè quello di assicurare una parità fra le parti all'interno del procedimento (non solo formale, ma di poteri e di opportunità) che spesso non esiste nel mondo dei rapporti sostanziali.

Una situazione del genere pone ovviamente numerosi problemi, legati alla diversità di organizzazione del contraddittorio nei diversi procedimenti delle autorità, alla diversità dei modelli processuali a cui i diversi procedimenti di competenza delle autorità sono ispirati (a volte, infatti, tali modelli sono costruiti secondo uno schema di tipo accusatorio; altre, invece secondo lo schema tipico del processo inquisitorio), alla frammentarietà ed episodicità delle discipline.

In ogni caso, la diffusione e l'incremento della qualità del contraddittorio sembra fornire due importanti indicazioni. La prima attiene alla legittimazione dell'intervento dell'autorità pubblica, che in un regime democratico è assicurata non tanto dalla stessa natura pubblica della funzione, ma dal fatto che essa si svolge nel pieno rispetto del contraddittorio con le parti interessate: come, del resto, secondo un modello di amministrazione in realtà mai realizzato nell'ordinamento positivo, prescriveva l'art. 3, primo comma della legge 20 marzo 1865, all. E, che, nell'affidare alle autorità amministrative (e non al giudice) gli affari non devoluti all'autorità giudiziaria ordinaria, disponeva che su di essi si provvedesse «ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate [...] con decreti motivati, previo parere dei Consigli amministrativi che pei diversi casi siano dalle leggi stabiliti».

⁵⁴ V. Cerulli Irelli, *Poteri normativi delle autorità indipendenti*, cit.

⁵⁵ Si vedano i saggi di I. Borriello, *La Banca d'Italia*; G. Bruzzone – A. Saija, *L'autorità garante della concorrenza e del mercato*; R. Caiazza, *L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*; C. Rabitti Bedogni, *La Consob*; F. Sclafani – L. Zanettini, *L'autorità per l'energia elettrica e il gas*, tutti in questo volume.

⁵⁶ Consiglio di stato, Sez. VI, n. 2007/2006; n. 2201/2006; n. 7972/2006.

La seconda indicazione è strettamente legata alla prima, ed attiene al rapporto tra contraddittorio ed indipendenza. L'adozione di formule organizzative ispirate al contraddittorio sposta, progressivamente, l'amministrazione verso un ruolo di terzietà che consente di rendere l'azione amministrativa ad un tempo più credibile e più efficace. È per tale ragione che l'indipendenza non deve essere predicata soltanto per le autorità la cui azione è sottratta all'indirizzo politico, ma costituisce un valore che deve essere alimentato ed incrementato anche per la tradizionale amministrazione ministeriale.

16. *Qualche indicazione per il futuro*

La considerazione dei diversi profili sopra ricordati, nonché dei tratti che caratterizzano le innovazioni ordinarie che riguardano le più importanti autorità, sembra fornire alcune indicazioni di fondo che possano essere utili anche nella prospettiva di eventuali riforme legislative, suggerendo gli interventi che appaiono opportuni ed evidenziando quelli che, forse, possono essere considerati superflui.

La prima indicazione attiene, contemporaneamente, all'indipendenza delle autorità ed al quadro europeo e sopranazionale.

Può, tutto sommato, affermarsi che negli ultimi anni, l'indipendenza delle autorità si è in qualche modo rinforzata. L'incremento dell'indipendenza è tuttavia dovuto all'influenza decisiva del diritto comunitario e, comunque alle sollecitazioni del diritto sopranazionale.

Marco D'Alberti ha, nel saggio introduttivo del presente volume, ricordato gli esempi più significativi che hanno condotto al rafforzamento dell'indipendenza e su di essi non è il caso di tornare. Qui invece, deve essere sottolineato che l'inserimento delle più rilevanti autorità nazionali in veri e propri *network* europei (si pensi ad esempio, alla *European competition network* per le autorità di concorrenza, ed al Sistema europeo delle banche centrali) agisce come un potentissimo elemento di implementazione dell'indipendenza. Le reti europee, infatti, per un verso contribuiscono a garantire lo statuto delle singole autorità in sede nazionale; per l'altro, inserendo l'attività di ciascuna di esse in una complessa organizzazione, contribuiscono a fondare, nel concreto, l'autonomia delle singole scelte delle autorità nazionali, in qualche modo sottraendole all'influenza dei governi.

La seconda indicazione riguarda l'intervento del legislatore nazionale. Questo si presenta come caratterizzato da una certa, oggettiva ambiguità. Per un verso, la mancata approvazione di una legge generale sulle autorità indipendenti non è coincisa con l'inerzia del legislatore nazionale, che, anzi, ha provveduto all'approvazione di interventi significativi che hanno rimodellato funzioni ed organizzazione di alcune importanti autorità. Il posto più importante, in questo quadro, spetta alla legge n. 262 del 2005, che ha rimodellato le funzioni di Banca d'Italia e Consob. Non possono tuttavia, essere sottovalutati gli interventi che tendono a completare quel progetto, realizzando alcuni degli intenti riformatori che erano enunciati nell'A.S. 1366, in discussione nella XV legislatura: come il d.lgs. n. 231 del 2007 che, in attuazione della c.d. terza direttiva antiriciclaggio, ha previsto la soppressione dell'Ufficio italiano cambi, il trasferimento alla Banca d'Italia delle relative competenze e l'affidamento all'Unità di informazione finanziaria, istituita presso la stessa Banca ma in posizione di indipendenza da essa, delle funzioni di analisi delle informazioni su ipotesi di riciclaggio o finanziamento del terrorismo internazionale.

Nella stessa ottica devono essere ricordati gli interventi che hanno progressivamente configurato l'Agcm come l'istituzione competente per tutti i casi di tutela della concorrenza (art. 1, co., 6 lett. c, n. 9; l. 31 luglio 1997 n. 249; l. 28 dicembre 2005 n. 262; d. lgs. 29 dicembre 2006 n. 303; art. 26 d. lgs. 22.gennaio 2004 n. 28, recante la disciplina delle concentrazioni nel settore cinematografico) o che ne hanno ampliato e meglio conformato i poteri (art. 14 bis e 14 ter l. 287

del 1990, inseriti dall'art. 14, co. 1, del decreto legge n. 223 del 2006, convertito, con modifiche dalla l. aprile.8.2006 e 248), o che hanno affidato alla stessa autorità *antitrust* la competenza in materia di pratiche commerciali scorrette, a tutela diretta dei consumatori.

Per altro verso, si devono al legislatore nazionale interventi che non sembrano seguire la linea del potenziamento del ruolo delle autorità, come quelli che, negli anni passati, hanno trasferito dall'autorità delle comunicazioni e da quella dell'energia alle amministrazioni ministeriali alcune importanti decisioni pubbliche nei settori relativi. Si inserisce in un'ottica, tutto sommato, diversa da quella del potenziamento della missione propria dell'autorità, l'affidamento ad esse di compiti non coerenti con tale missione, come quelli relativi al c.d. conflitto di interessi (l. 20. luglio 2004 n. 215).

Desti, infine qualche preoccupazione la circostanza che con riferimento al c.d. caso Alitalia, piuttosto che dare attuazione all'art. 25 della legge n. 287 del 1990 (che attribuisce al Consiglio dei ministri il potere di determinare preventivamente ed in via generale i criteri in base ai quali è possibile autorizzare eccezionalmente, per rilevanti interessi generali dell'economia nazionale nell'ambito dell'integrazione europea, operazioni di concentrazioni che dovrebbero invece essere vietate), si sia preferito intervenire in via legislativa con una deroga *ad hoc* per una intera categoria di concentrazioni (d.l. 28 agosto 2008 n. 134, convertito dalla l. 27 ottobre 2008 n. 166).

La scelta per un intervento legislativo piuttosto che per l'attivazione del procedimento ex art. 25, legge n. 287 del 1990, evoca infatti l'idea di una «riappropriazione» alla politica, sia pure per un tempo determinato, del governo di un intero settore, ritenuto *ex lege* di preminente interesse generale.

La terza indicazione concerne invece, il «primato delle buone pratiche» e l'importanza della «manutenzione» dall'indipendenza. L'analisi effettuata nelle pagine precedenti evidenzia il valore strategico, per l'indipendenza delle autorità, della questione delle nomine dei componenti delle medesime e di quella del loro finanziamento. Si tratta di profili – soprattutto il primo – che appaiono presidiati piuttosto che da un determinato quadro normativo, da un uso responsabile e consapevole dei poteri esistenti.

La quarta indicazione riguarda invece la questione della molteplicità dei poteri delle autorità e dei procedimenti attraverso i quali essi si snodano. L'esame evidenzia che in linea generale, le autorità indipendenti esercitano comunque, poteri pubblici di regolazione, di garanzia, di vigilanza, di *adjudication*, che comunque in questo modo sono ricostruiti dalla giurisprudenza⁵⁷. La diversità dei procedimenti attraverso i quali si snoda il loro esercizio, se ne consente una lettura «unificante» sotto il profilo del principio del contraddittorio, è, per altri versi, la conseguenza delle peculiarità delle diverse funzioni attribuite alle singole autorità.

In una situazione del genere, la configurazione di una disciplina comune del procedimento dinanzi a tutte le autorità rischierebbe di risultare o talmente generico da apparire inconsistente o una camicia troppo stretta per le esigenze connesse con il corretto svolgimento delle funzioni delle autorità.

Se quelle che precedono sono le indicazioni che vengono dalle «linee evolutive» delle autorità indipendenti, appare possibile formulare alcune (provvisorie) conclusioni con riferimento alla questione della riforma, per legge, delle autorità indipendenti.

Si è visto, come, ormai, la protezione e l'implementazione dell'indipendenza venga dagli ordinamenti sovranazionali. Questa circostanza rende oggettivamente meno utile, ai fini della protezione dell'indipendenza, la predisposizione con legge ordinaria di un modello generale di autorità indipendente, con l'indicazione di un unico procedimento di nomina dei relativi componenti e di procedimenti comuni per l'esercizio dei relativi poteri.

Non è il modello generale introdotto dalla legge statale a presidiare l'indipendenza, ma la disciplina europea e sopranazionale e l'inserzione delle autorità nazionali in una rete

⁵⁷ Si veda, in proposito, A. Lalli, *Indipendenza e controllo giurisdizionale*, in questo volume.

sopranazionale. Non a caso, d'altra parte, l'introduzione di una legge generale delle autorità era stata pensata anche in funzione di una limitazione della estensione del relativo modello organizzativo.

A contrastare la possibile «tentazione» del legislatore nazionale di diminuire, in qualche modo, la qualità e l'estensione dell'indipendenza delle autorità, può, semmai essere più utile fornire esplicita copertura costituzionale alle autorità indipendenti, in modo da limitare la possibilità di interventi sul loro statuto.

Le vicende anche normative, della Banca d'Italia e dalla Consob sembrano, poi, confermare la natura «circostanziale» delle autorità e della legislazione che li riguarda. Le autorità indipendenti nascono per risolvere problemi concreti che si manifestano nei contesti dei diversi paesi, e non come applicazione di un modello generale messo a punto nei laboratori istituzionali, tant'è che in relazione a tali diversi contesti sono anche diversamente interpretate; non a caso le autorità di regolazione sono state viste negli Usa come strumenti per accrescere l'intervento pubblico in economia, mentre nei paesi dell'Europa continentale sono state collocate sullo sfondo della riduzione della gestione diretta dell'economia da parte dello stato⁵⁸.

Così come nascono per far fronte a problemi concreti, le autorità indipendenti si modificano e si evolvono in relazione ad esigenze concrete e sulla spinta di eventi che evidenziano la necessità di cambiamenti: come è, appunto, avvenuto con la legge sul risparmio.

Ciò significa che la via da seguire non è quella della legge generale sulle autorità, ma quello dell'intervento volto a riformare, e migliorare l'organizzazione delle singole autorità, ed eventualmente ad istituirne di nuove (come faceva l'A.S. 1366 nella XV legislatura rispettivamente con l'autorità dell'energia e con l'autorità per i servizi e l'uso delle infrastrutture di trasporto).

C'è poi, una considerazione riguardante il sistema amministrativo nel suo complesso a sconsigliare una legge generale sulle autorità indipendenti. L'approvazione di essa rischierebbe, infatti di risolversi nell'introduzione di un modello generale di amministrazione delle funzioni sottratte all'indirizzo politico, che verrebbe fatalmente a contrapporsi al modello tradizionale di amministrazione fondato sulla responsabilità ministeriale. Una situazione del genere, con ogni probabilità, finirebbe paradossalmente con il limitare la diffusione del valore e della cultura dell'indipendenza, ritagliando per essa uno spazio tendenzialmente esclusivo, all'interno del modello dell'amministrazione indipendente. La qualità del sistema amministrativo e dei servizi da esso erogati dipende, invece, dalla diffusione del valore della indipendenza, in tutti i modelli di amministrazione, ivi compresi quelli propri dell'amministrazione per ministeri; è nella indipendenza, infatti, che trova fondamento, anche nelle amministrazioni tradizionali, la diffusione della professionalità e della cultura della responsabilità.

⁵⁸ G. Giraudi - S.Righettini, *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, cit., p. 209.