

“LE AUTORITÀ INDIPENDENTI TRA FUNZIONE REGOLATIVA E *JUDICIAL REVIEW*”. NOTE A MARGINE DI UN CONVEGNO

di Carlo Iannello *

Il 4 dicembre 2015 si è svolto presso la Seconda Università degli Studi di Napoli il convegno dal titolo «Le autorità indipendenti tra funzione regolativa e *judicial review*», tenutosi nell’ambito di una ricerca Prin su «Giurisdizione e pluralismi»¹.

Il convegno ha cercato di fare luce sul ruolo delle autorità indipendenti, che sono state studiate nella loro duplice funzione di regolatori e di giudici (*rectius* di ‘arbitri’ o ‘garanti’) del mercato. A queste autorità è stato, infatti, affidato non solo il compito di regolare fondamentali settori economici (non ultimi quelli definiti, secondo la terminologia europea, di interesse economico generale), ma anche quello della risoluzione dei conflitti che insorgono fra gli operatori che agiscono nell’ambito dei mercati regolati. Questi due aspetti, la costruzione dell’ordine del mercato attraverso gli atti di regolazione, da un lato, e la funzione, quasi giurisdizionale, di risoluzione delle controversie, dall’altro, sembrano completarsi a vicenda, mirando entrambi al raggiungimento del medesimo obiettivo: garantire il corretto funzionamento del mercato. Un mercato che non va inteso, quindi, come un ordine spontaneo, come spesso si è erroneamente ipotizzato, ma come un ordine artificiale (giuridico appunto) che per funzionare correttamente ha bisogno di una costante e minuziosa produzione normativa nonché di un’efficiente funzione arbitrale.

Come è stato messo in luce nel corso del convegno (Minervini, Catalano), queste decisioni ‘arbitrali’ sono assolutamente necessarie perché le autorità indipendenti possano assicurare l’adempimento della propria funzione. Ciò fa sì che queste autorità debbano essere studiate, al tempo stesso, sia dal punto di vista della giurisdizione, in quanto corrispondono a una nuova domanda di giustizia emersa nell’ambito dell’attuazione delle politiche pro-concorrenziali, sia per comprendere i recenti processi di trasformazione dell’intervento pubblico nell’economia (in particolare) e dell’azione pubblica (in generale).

Nel corso del convegno si è dunque cercato di analizzare in che modo queste autorità entrino in rapporto con la giurisdizione (Manfredi), anche in una prospettiva comparata (Capitant) e se i loro atti ‘arbitrali’, lungi dal rappresentare una mera decisione neutrale, siano da qualificarsi essi stessi come atti aventi comunque una funzione di regolazione dei mercati (Catalano).

Trasformazione della democrazia e aumento della domanda giudiziaria sono, pertanto, due aspetti fra loro collegati e complementari, due lati di una stessa medaglia. Le democrazie si stanno trasformando nel senso che alla progressiva sottrazione di competenze al potere democratico rappresentativo, segue uno speculare aumento dei compiti

* Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico presso la Seconda Università di Napoli.

¹ La ricerca Prin ha avuto come coordinatore scientifico nazionale il prof. Roberto Toniatti; il coordinatore scientifico dell’unità della Seconda Università di Napoli è stato il prof. Lorenzo Chieffi.

Osservatorio sulle fonti

di queste autorità, protagoniste ed arbitri delle politiche pro-concorrenziali.

La crescente espansione del principio della concorrenza ha determinato la necessità di governare questi settori (economici o, quanto meno, ritenuti tali) secondo l'ordine del mercato, con tutte le conseguenze che ciò comporta in tema di sottrazione di competenze al circuito democratico rappresentativo (Balaguer, Villone, De Fiores, De Minico, Patroni Griffi), ritenuto inidoneo a gestire questi settori in conformità alla *ratio* ispiratrice delle politiche pro-concorrenziali. Gli attori delle democrazie liberal democratiche ragionano, infatti, in base a motivazioni (attuazione dei principi di solidarietà, equità, eguaglianza o, più banalmente, spinti dalla ricerca del consenso elettorale) che sono del tutto estranee rispetto al principio competitivo e alle regole di corretto funzionamento del mercato. Anzi, all'opposto, questi principi, valori o interessi, se attuati in via diretta, determinerebbero un'evidente alterazione della dinamica competitiva.

Questo progressivo ritiro della politica è quindi chiaramente legato alla sempre più forte affermazione del mercato concorrenziale come paradigma di 'governo' delle dinamiche economiche e in alcuni casi anche sociali (Villone, Luchena). Diversa è, infatti, in questi ambiti la richiesta di intervento pubblico. Ciò che si richiede ai poteri pubblici, in un quadro di questo tipo, non è affatto amministrare nel senso classico del termine, cioè amministrare per attuare specifici interessi pubblici. Al potere regolatore è richiesto sì un intervento, spesso anche molto incisivo, ma questo intervento è legittimo solo nella misura in cui è strettamente funzionale al raggiungimento dell'obiettivo del migliore funzionamento possibile del mercato (Luchena).

Solo attori non politici nel senso tradizionale del termine possono garantire un mercato efficiente, cioè un luogo in cui gli operatori economici possano ottenere una efficiente produzione delle regole del gioco che perseguono esclusivamente l'astratto obiettivo dell'efficienza del mercato.

L'arbitro regolatore, infatti, non si lascia 'fuorviare' da obiettivi estranei alla dinamica concorrenziale, come i valori di solidarietà ed eguaglianza, sanciti dalla Costituzione, valori estranei alla dinamica competitiva, che il mercato non ha certo lo scopo di raggiungere, perlomeno in via diretta. Il buon funzionamento del mercato potrà comunque consentire il raggiungimento di obiettivi di questo tipo (Chieffi, Cocco), ma questi obiettivi (aumento del benessere, più equa distribuzione dei redditi, diminuzione delle diseguaglianze) saranno conseguiti in via indiretta, come effetto (eventuale) delle politiche concorrenziali.

Dunque, il processo di arretramento dei poteri pubblici tradizionali, in campo economico e sociale, attribuisce al mercato e ai suoi regolatori una funzione sostitutiva delle classiche forme di intervento pubblico in campo economico e sociale. Il mercato, inteso come luogo artificiale in cui competono soggetti economici sulla base di regole astratte da qualsivoglia interesse pubblico, impermeabile rispetto ai motivi che spingono i soggetti economici a produrre, vendere o acquistare, inibisce l'azione dei poteri legati al circuito democratico rappresentativo, che mirano all'opposto all'attuazione, in via diretta, di obiettivi macro economici e di equità sociale.

In altri termini, il diritto della concorrenza e della competizione fra attori economici non ha bisogno di amministrazioni nel senso tradizionale del termine, ma ha un insosti-

tuibile e diffuso bisogno di garanti, specializzati e neutrali, che siano in grado di assicurare l'efficienza del mercato, di tenerlo al riparo da qualsiasi interesse estraneo, sempre individuato come perturbatore.

Come è stato messo in evidenza, l'intervento pubblico non arretra affatto. Al contrario. Il mantenimento della dinamica concorrenziale richiede un penetrante intervento dei poteri pubblici, che si attua però con forme e modalità completamente diverse rispetto al passato (Luchena, Iannello). L'intervento pubblico *per* il mercato è quindi del tutto peculiare, sia perché è molto più incisivo e penetrante rispetto a quanto accadeva nel passato; sia perché si svolge in forme e con modalità (di regolatore e di 'arbitro') del tutto astratte rispetto agli interessi pubblici concreti.

Resta poi da capire quanto sia lontana questa concezione dall'impostazione della Costituzione repubblica, se si pensa che nel mercato non si scontrano solo le imprese concorrenti. Nel mercato, infatti, entrano in conflitto i grandi attori economici dell'economia globale con semplici cittadini, che rilevano per il diritto della concorrenza esclusivamente nella loro dimensione economica, quella cioè di acquirenti di un prodotto; così come si scontrano i nuovi gestori di servizi (imprese privatizzate che agiscono oramai sul mercato mondiale in base al diritto della concorrenza, senza fondare più la loro azione sulla soddisfazione di un interesse pubblico), e i cittadini-utenti, che rilevano anch'essi, per il diritto della concorrenza, nella loro ristretta dimensione di clienti.

Ma i 'garanti' o gli 'arbitri', non sostituiscono solamente le amministrazioni in senso classico, bensì anche i giudici, ordinari o amministrativi che siano, perché anch'essi sono ritenuti idonei a garantire l'efficienza del mercato.

Il garante del mercato, infatti, è non solo quello che pone le regole del gioco, ma anche colui cui è affidato il compito di darne tempestiva applicazione, decidendo sulle liti che insorgono fra gli operatori. Funzione di arbitro e di regolatore, dunque, si completano a vicenda e in alcuni casi si confondono (Catalano), poco importando, come sostenuto da acuta dottrina, che in questo modo si viola, in modo «irreparabile» un principio cardine dello stato diritto². Se questo assunto è fondato (e a parere di chi scrive lo è), ci si rende allora conto di essere in presenza di un potere regolatore del tutto estraneo alla tradizione amministrativa e costituzionale propria delle liberal democrazie e, a maggior ragione, dello stato sociale. Non stupisce, pertanto, che la questione delle autorità indipendenti non sia ancora riuscita a trovare una chiara copertura costituzionale, ed è trascurata anche dal disegno di legge costituzionale approvato in questa legislatura (Patroni Griffi). Allo stesso modo, non sorprende che la loro indipendenza rappresenti una questione ancora dibattuta, non solo nell'ordinamento interno, ma anche in quello sovranazionale (De Minico, Ferraro).

Il funzionamento di queste autorità e le politiche neoliberali di cui queste autorità so-

² Un'attenta dottrina ha sostenuto la radicale incostituzionalità di tali autorità perché risulterebbe violato il principio della separazione dei poteri, canone fondamentale di ogni Stato di diritto: il cumulo di attribuzioni «che caratterizza le autorità con funzioni di *regulation*» determinerebbe una lesione «irreparabile» del rilevato principio, che, «nel suo nucleo inossidabile richiede la distinzione tra l'autorità competente a porre le regole e l'autorità chiamata ad applicarle» (così M. Manetti, *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, 1997, 2).

no espressione si innestano, infatti, in un impianto costituzionale che mal si concilia con queste politiche. Basti pensare che, da un lato, queste autorità, per una parte importante delle loro funzioni, agiscono come arbitri della corretta applicazione delle regole della concorrenza e, dall'altro, i loro atti, benché risolutivi di una controversia, sono comunque soggetti alla impugnazione davanti al giudice, che per la maggior parte dei casi è il giudice amministrativo, il quale deve farsi carico dell'applicazione non solo della normativa pro-concorrenziale, sulla cui base agiscono le autorità indipendenti, ma il cui compito è anche quello di garantire l'effettiva applicazione delle disposizioni della Costituzione, che fanno riferimento a un quadro valoriale che lascia sullo sfondo la dinamica concorrenziale, mettendo in primo piano l'attuazione di obiettivi di carattere socio-economico, coerentemente ad un'impostazione dell'intervento pubblico nell'economia declinato alla maniera dello stato sociale novecentesco (Chieffi).

Ciò spiega perché le autorità indipendenti in funzione di arbitri siano preferite allo stesso giudice (Minervini), perché esse sole possono garantire, con competenza e con l'occhio attento esclusivamente al corretto funzionamento dell'ordine del mercato, un'efficiente risoluzione delle innumerevoli controversie che quotidianamente si instaurano fra gli operatori economici in competizione fra loro.

Siamo, infatti, in presenza di un ordine dove il conflitto, lo scontro, non indicano un momento eventuale e patologico, ma rappresentano la fisiologia, una costante. Il mercato, infatti, non è il luogo della solidarietà, ma il luogo del conflitto per eccellenza, dove si deve svolgere la competizione ad armi pari tra soggetti economici. Ciò che determina – come osservato - un aumento esponenziale della domanda di giustizia, ma di una giustizia *per* il mercato, dotata di specifiche competenze economiche, che deve essere inoltre del tutto neutra rispetto ad ogni interesse o fine pubblico, fatto salvo, ovviamente, quello del buon funzionamento del mercato stesso.

In altre parole, i regolatori sono i 'giudici naturali' del mercato: il cumulo delle funzioni (poteri di regolazione e decisorio di conflitti tra privati), che è stato giustamente letto come un inammissibile contrasto con i principi dello stato di diritto, lo è certamente guardando questo fenomeno con gli occhi del costituzionalista. Per la garanzia dell'«ordine» del mercato, tuttavia, questa è la regola, assolutamente necessaria per la promozione della concorrenza.

La forma di intervento neutrale, sia quello regolativo che quello quasi giurisdizionale, diventa così il paradigma dell'intervento pubblico al tempo dell'ordine giuridico dei mercati. La funzione arbitrale delle *authorities* è, infatti, ritenuta più adatta rispetto a quella del giudice, esattamente per gli stessi motivi che spingono a privilegiare la regolazione indipendente all'amministrazione in senso tradizionale. Cioè proprio perché – come si osservava - le autorità indipendenti non si lasciano influenzare dai valori (come quelli costituzionali) cui il giudice e l'amministrazione, invece, non possono non tenere conto nell'esercizio della loro funzione (Iannello).

La radicale metamorfosi dell'azione pubblica che le politiche neo-liberali hanno determinato, sebbene già studiato, necessita di ulteriori riflessioni ed aggiornamenti per due motivi: sia perché non pare essere stato compreso in tutta la sua radicale portata; sia in considerazione degli effetti prodotti dalla crisi economica che, lungi dall'invertire il

Osservatorio sulle fonti

paradigma pro-concorrenziale del ‘governo’ dei mercati, ha prodotto un’espansione di questo processo (G. Luchena).

In conseguenza, il ruolo svolto da queste autorità sta aumentando progressivamente d’importanza, tanto che nuove autorità sono state create, come quella per i trasporti, oppure le autorità esistenti hanno acquisito competenze su settori economici che fino a poco tempo fa erano ancora gestiti in conformità alle tradizionali forme di intervento pubblico nell’economia, come il caso del servizio idrico. Le autorità di regolazione stanno pertanto governando interi settori dell’economia, determinando, da un lato, la massima espansione del principio di concorrenza, dall’altro, la sottrazione delle decisioni in materia economico sociale al circuito democratico rappresentativo (Balaguer, Villone). Ciò che accade persino in materia di diritti fondamentali, come nel caso dell’Agcom, che sempre più spesso svolge un ruolo decisionale sostitutivo di quello dell’organo legislativo, spesso orientato alla difesa degli interessi economici degli operatori piuttosto che alla garanzia delle libertà fondamentali dei cittadini (De Minico, Marzocco). In questo modo, le autorità preposte alla cura di settori sottratti alla politica si sono affermate, al tempo stesso, come artefici ed esecutori delle politiche pro-concorrenziali, finendo col diventare la vera e propria magistratura dell’ordine concorrenziale di ispirazione neolibérale, sostituendo così sia le istituzioni rappresentative sia, almeno per buona parte, anche la giurisdizione, cui residua uno spazio ristretto di sindacato giurisdizionale sugli atti di queste autorità (C. Iannello).

Il rapporto che lega queste autorità (così come la loro proliferazione) con l’arretramento degli spazi di decisione politica è stato affrontato sotto molteplici aspetti (Villone, De Fiores, De Minico). In particolare, si è messo in luce non solo come questa progressiva riduzione degli spazi della politica a beneficio delle autorità indipendenti non avvenga solo nel governo dell’economia, ma anche in tema diritti fondamentali, come in materia di libertà di informazione e di telecomunicazioni (De Minico) o di diritto di sciopero (De Fiores). Si affidano così anche compiti di bilanciamento di diritti costituzionali nelle mani dei garanti, facendo loro assumere, a dispetto di quanto spesso si creda, una funzione propriamente politica (De Minico, De Fiores, Villone, Patroni Griffi) o, perlomeno, di supplenza della politica (Roselli). Fenomeno, questo, proprio anche dell’ordinamento sovranazionale, nel cui ambito le autorità di regolazione europee (De Minico) e la stessa BCE (Roselli), altra peculiare autorità indipendente sovranazionale, sono dotate di importanti poteri decisori che sono così sottratti a un governo europeo politicamente sempre più incompiuto (Roselli).

La prospettiva pubblicistica, infine, è stata opportunamente integrata da alcuni interventi di studiosi delle discipline civilistiche (Minervini, Marzocco, Catalano), che hanno offerto un contributo prezioso per mettere in luce il concreto funzionamento di questo potere neutrale, nell’esercizio concreto delle loro funzioni para giurisdizionali, quando cioè in qualità di ‘arbitro’ si occupa direttamente dei conflitti che insorgono tra i privati, quindi dei diritti soggettivi dei cittadini.

Più in dettaglio, il prof. **Lorenzo Chieffi** ha introdotto i lavori mettendo in luce la complessità del tema relativo al sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità indipendenti a causa di una pluralità di ragioni. Innanzitutto, per la complessità tecnica delle

Osservatorio sulle fonti

decisioni di queste autorità che rende problematica l'esplicazione di una piena giurisdizione sui loro atti, in quanto il sindacato giurisdizionale deve necessariamente confrontarsi con le categorie tecnico-economiche su cui si fondano le decisioni delle autorità che hanno come compito la tutela e la promozione della concorrenza. In secondo luogo, perché profondamente diverso è il ruolo dell'autorità, cui non è affidata la cura di un interesse pubblico specifico, ma la promozione della concorrenza, rispetto a quello del giudice cui è affidato il compito di dare attuazione, in sede giurisdizionale, non solo della corretta applicazione delle leggi pro-concorrenziali, ma, nel contempo, anche dei principi costituzionali. Il prof. Chieffi ha poi ricostruito lo stato dell'arte relativo ai processi di liberalizzazione e privatizzazione e affrontato la questione dell'impatto delle politiche di austerità sui principi costituzionali. Secondo il prof. Chieffi, ferma restando la rigidità del nucleo essenziale dei diritti sociali e la validità della teoria dei contro limiti, più volte ribadita dalla giurisprudenza costituzionale, è possibile una lettura che armonizzi le politiche di promozione della concorrenza con la tutela dei valori costituzionali, perché tali politiche possono rappresentare uno strumento necessario per la realizzazione dell'utilità sociale di cui all'art. 41, comma 2 della Costituzione. I compiti dell'Antitrust, quindi, funzionali alla promozione di un più diffuso benessere sociale, possono essere utili anche in periodi di crisi perché rappresentano uno stimolo alla crescita economica e alla conseguente redistribuzione della ricchezza.

Il prof. **Massimo Villone** ha svolto una relazione dal titolo «Le autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di riforma», centrando la sua riflessione sulla relazione sussistente tra la proliferazione di queste autorità e la tendenza del sistema che vede progressivamente ridursi lo spazio di operatività della politica.

Le autorità indipendenti, secondo Villone, rappresentano dei poteri funzionali alla sottrazione dello spazio della politica perché esse non sono responsabili nei confronti di tutti gli stakeholder e dei consumatori e più in generale dell'opinione pubblica, per cui lo spazio di decisione occupato dalle autorità è uno spazio privo di indirizzo politico. Ad esempio, il settore dell'energia e quello dell'acqua sono sottoposti alla regolazione di una delle tante autorità. Se si pensa che l'Autorità di regolazione non può sciogliere il nodo politico della gestione pubblica dell'acqua (emerso a seguito dell'esito referendario del 2011) ci si rende facilmente conto di come il governo di interi settori da parte di queste autorità sottragga spazio alla politica. In conclusione, queste autorità sono l'espressione di una tendenza che fonda sul mercato non solo la competizione economica, ma che attribuisce al mercato la realizzazione dello sviluppo e la concreta implementazione del principio di eguaglianza. Secondo il prof. Villone, poiché ogni autorità sottrae spazio alla politica, occorrerebbe ridurre il numero, lasciando solo quelle effettivamente indispensabili. Questo obiettivo dovrebbe attuarsi nell'ambito di una legge di riordino che uniformi i modelli diversi, a cominciare dalla nomina dei presidenti delle AAI, passando per la riorganizzazione, in un quadro di insieme, delle loro competenze regolatorie e sanzionatorie, salvaguardando i poteri di indirizzo politico che in settori così delicati devono continuare ad esistere.

Il prof. **Andrea Patroni Griffi** ha svolto una relazione dal titolo «*Il fondamento costituzionale delle AAI*» nella quale ha messo in luce alcuni nodi irrisolti. Il tema centrale

Osservatorio sulle fonti

è quello dell'indipendenza di queste autorità, che non è quella dei giudici, ma un'indipendenza ancora tutta da costruire. Le AAI infatti svolgono funzioni di regolazione, di regolamentazione, di vigilanza, di tipo sanzionatorio quasi giurisdizionale, il tutto in assenza di un modello costituzionale di riferimento. Queste AAI, infatti, se rispondono ad esigenze che trovano un fondamento nella Carta costituzionale, questo fondamento non risiede certo nella parte della costituzione in tema di amministrazione, perché qui non ci troviamo di fronte a scelte di carattere gestionale ma di fronte a decisioni di indirizzo e poi di controllo successivo quasi-giurisdizionale. Ecco perché, secondo Patroni Griffi, il tema dell'innesto costituzionale alle AAI, capace di porre dei paletti ad una auspicabile legge di disciplina del settore, è ancora attuale. Si tratta di una questione affrontata dal progetto della bicamerale del 1997 e nella riforma costituzionale del 2006, sebbene con un mero rinvio alla legge, oltre che con la costituzionalizzazione della relazione annuale al parlamento che in realtà è già prevista dalle leggi istitutive. Sebbene nel processo di riforma costituzionale in atto non si sia affrontata la questione, occorre predisporre uno statuto costituzionale di queste autorità, in modo da poterle assumere realmente al sistema di garanzie, perché una qualsiasi funzione di garanzia è tale solo se chi è titolare di questa funzione di garanzia è davvero indipendente.

Il prof. **Francisco Balaguer Callejón** ha relazionato su «Le autorità indipendenti in Spagna tra costituzione economica europea e principi costituzionali», mettendo in evidenza un quadro molto simile a quello appena tracciato. Anche Balaguer ha sollevato le medesime perplessità in merito al rapporto tra il fenomeno delle autorità indipendenti, la dissoluzione della responsabilità politica e la crisi dei principi costituzionali. Come quello italiano, l'ordinamento spagnolo presenta una proliferazione di autorità a seguito della quale però si sono sviluppati processi di riordino volti a tracciare un regime comune, accorpare le autorità, ridurre il numero dei consiglieri e uniformare la durata dei mandati. È stato inoltre rafforzato lo statuto di indipendenza dei membri delle autorità, attraverso la previsione del divieto di accettare istruzioni da parte del governo, salvo la facoltà di indirizzo politico esercitata con atti di carattere normativo. Per garantire l'indipendenza dagli operatori dagli interessi commerciali è stata stabilita la non rinnovabilità del mandato così come requisiti di preparazione tecnica per salvaguardare l'autonomia di giudizio.

La relazione del prof. Balaguer si è quindi incentrata sull'assenza della responsabilità politica negli ambiti affidati alla cura di queste autorità e sull'assenza di un potere di revoca dei membri dell'autorità governativa per motivi politici, che non riesce ad essere compensato dai soli strumenti della pubblicità dei loro atti, del controllo parlamentare e di quello giudiziario.

Anche nell'ordinamento spagnolo la questione dell'indipendenza rappresenta un nodo problematico. Il divieto di rinnovo del mandato e i requisiti tecnici non sono, infatti, riusciti a evitare che le scelte dei membri fossero comunque politicizzate, per cui – di fatto – questa indipendenza, proclamata dalla legge, non si è affermata nella prassi, che ha visto spesso attribuire queste nomine a personalità che avevano ricoperto ruoli importanti nei partiti di governo. Lo stesso vale per l'indipendenza dagli interessi commerciali che, nella pratica, non è stata realmente garantita, se si pensa che gli operatori

Osservatorio sulle fonti

delle grandi imprese di servizio pubblico del Paese hanno spesso stipulato contratti di collaborazione con ex ministri. Da qui l'esigenza di rafforzare il carattere di indipendenza per impedire questi fenomeni che incrinano l'indipendenza dalla politica e dagli interessi del settore.

Nella sua relazione dal titolo *«Autorità indipendenti e costituzione economica»* **Gianni Luchena**, ha messo a fuoco il rapporto tra tecnica e diritto alla luce delle teorie della *Law and Economics*. Le Autorità indipendenti costituiscono, infatti, una delle possibili attuazioni della teorica del potere neutro. L'esigenza di affidare ad autorità neutrali determinati compiti colloca queste Autorità al di fuori del circuito della politica, come storicamente ci insegna la vicenda della banca centrale nella repubblica di Weimar.

Mentre la costituzione concepisce un progetto di prevalenza della politica sull'economia, sotto la spinta di ideologie di carattere sociale (la costituzione economica - art. 35-47- è parte di un unico progetto solidaristico, che assegna alla repubblica compiti di solidarietà sociale), il diritto dell'era globale ha comportato la fine della prescrittività delle costituzione. Ogni scelta di natura economica non dovrebbe tenersi disgiunta dal substrato politico di cui è espressione. La scelta di delegare il potere di regolazione del mercato alle Autorità indipendenti è essa stessa un'opzione politica, ma si tratta di un'opzione politica che vuole, paradossalmente, neutralizzare la politica. Il tutto è coerente con un processo in cui un ruolo importante è assunto dall'integrazione europea che sta svuotando e corrodendo la costituzione formale. Nell'economia globale gli stati non sono affatto arretrati, ma hanno modificato profondamente la loro natura, diventando, da un lato, degli acquirenti di regole, e, dall'altro, fornendo ai mercati i loro poteri coercitivi. Siamo nel pieno di un processo di destatalizzazione dell'economia per cui ciò che in passato veniva affidato alla regolamentazione pubblica oggi viene affidato alle Autorità indipendenti, perché l'obiettivo perseguito è oramai esclusivamente quello di garantire il buon funzionamento del mercato. Ciò vale tanto negli stati nazionali quanto nell'ordinamento europeo, nel cui ambito anche le autorità indipendenti sono chiamate a svolgere un'attività di controllo neutrale, tecnica ed estranea agli interessi sociali. Queste autorità sembrano dunque aver acquisito il dominio dell'intervento pubblico nell'economia, che è oramai legittimo solo se serve a implementare la concorrenza.

Si tratta di un processo di trasformazione delle istituzioni che va verso l'attuazione dell'«economia sociale di mercato», cioè di un ordine socio-economico di matrice neo-liberale, che non significa fine dei poteri statali, perché è lo stato che diventa il soggetto attivo nella promozione della concorrenza. Si è determinata così, ha concluso Luchena, una sostanziale riscrittura dell'art. 41 della Costituzione.

La prospettiva europea è stata efficacemente affrontata dal prof. **Orlando Roselli**, nella sua relazione dal titolo *«Banca Centrale Europea e processo d'integrazione dell'Unione in un'epoca di crisi economica e politica»*, che si è soffermato soprattutto sul ruolo della BCE (qualificata opportunamente «un'autorità indipendente *particolarissima*»), cioè dell'istituzione europea cui è affidata la politica monetaria, anch'essa sottoposta all'influenza della politica.

Roselli ha osservato che la crisi sta portando all'emersione dei nodi irrisolti del processo d'integrazione politica, che risulta chiaramente ancora incompiuto, proprio perché

manca una chiara direzione propriamente politica.

Con riferimento alla BCE, cui sono affidati poteri di intervento nell'economia che sono stati sottratti agli stati nazionali, Roselli ha rilevato come la sua posizione non è di semplice indipendenza dagli esecutivi (dell'Unione e degli Stati membri), ma che essa esercita una vera e propria «funzione sovrana», attribuitale espressamente dal Trattato, per cui «siamo in presenza di un organo costituzionale». La BCE è, tuttavia, una banca centrale del tutto peculiare se si pensa che essa non opera secondo il paradigma che presiede all'azione delle altre banche centrali, come ad esempio la Federal Reserve, rispetto alle quali ha poteri certamente inferiori. Inoltre, osserva Roselli, «la capacità (e l'incisività) d'intervento della BCE è diversamente condizionata, rispetto alla Federal Reserve, dal contesto politico istituzionale in cui viene ad operare lo stesso esecutivo europeo, cioè la Commissione, e dagli orientamenti di politica generale determinati dagli organismi dell'Unione rappresentativi degli Stati». Tutto questo porta a concludere che siamo di fronte ad un «contesto *incompiuto* di governo dell'economia», nell'ambito del quale si assiste ad una «sovraesposizione della BCE» determinata dal «*deficit* di iniziativa delle istituzioni politiche dell'Unione», la quale si è dovuta fare carico di misure eccezionali per fronteggiare la crisi economica. La BCE, infatti, svolge una funzione di salvaguardia della moneta unica, che è diventata molto ampia in considerazione della gravità della crisi economico-finanziaria e dell'assenza delle istituzioni politiche dell'Unione.

In conclusione, l'intervento del prof. Roselli ha opportunamente chiarito come l'assenza della politica sia un dato complessivo, che riguarda non solo le vicende nazionali, ma allo stesso modo quelle europee. La soluzione, dunque, non può che essere «l'avanzamento del processo di integrazione politica».

Un'interessante e particolare prospettiva, più incentrata sulla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, è offerta dalla prof.ssa **Giovanna De Minico**, con una relazione dal titolo «*Il potere regolativo delle Autorità indipendenti: Italia ed Europa a confronto*». Secondo questa ricostruzione, con le Autorità indipendenti, almeno con quelle che hanno competenza in materia di diritti fondamentali, il decisore politico italiano ha sottratto alla politica alcuni diritti, per scongiurare il rischio che le libertà fondamentali fossero oggetto di mediazioni fra maggioranza e opposizione. Altro obiettivo perseguito era quello di sottrarre tali libertà agli interessi economici, percorrendo il solco tracciato dall'esperienza francese. Il disegno che aveva presieduto all'istituzione di queste autorità garanti in materia di diritti fondamentali era chiaro: le leggi avrebbero dovuto fissare il quadro generale della disciplina della materia, mentre i regolamenti di queste autorità erano stati individuati come fonti di carattere secondario, dunque non competenti a prendere decisioni di carattere politico-discrezionale.

Tuttavia, le cose nella pratica sono andate in modo diverso, nel senso che si è ritenuto che il legislatore avesse delegato a queste autorità un vero e proprio potere di bilanciamento dei diritti costituzionali, quindi di fatto queste autorità si sono assunte il compito di prendere decisioni dal contenuto politico, non solo di carattere tecnico, come avrebbe dovuto essere secondo l'impostazione corretta dal punto di vista costituzionale. Esempificativo di quanto accaduto nella prassi è la vicenda in materia di copyright che

ha interessato l'Agcom. La materia del diritto d'autore è molto delicata in quanto richiede un opportuno bilanciamento fra gli interessi economici legati al copyright e le libertà fondamentali dei cittadini come, ad esempio, il diritto di informazione. L'Agcom, nel relativo bilanciamento, ha fatto prevalere la tutela economica del copyright. La questione è così arrivata in Corte costituzionale, che si è espressa con la sent. n. 247 del 2015, nella quale il giudice delle leggi ha dato ragione alla tesi sostenuta dalla prof.ssa De Minico. La Corte, infatti, benché si sia pronunciata con una sentenza di rito, è stata chiara nel ribadire che il legislatore non avesse affatto attribuito il potere di bilanciamento dei diritti all'Agcom.

L'autrice ha poi efficacemente affrontato la medesima questione, ossia quella relativa al potere decisionale di queste autorità, nella prospettiva sovranazionale, con riferimento ai poteri delle autorità europee. Anche a livello europeo, infatti, si è dibattuto se tali autorità fossero o meno titolari di poteri decisori dal contenuto discrezionale. Dall'esame del pacchetto di direttive comunitarie del 2010, sembrerebbe che le nuove quattro autorità – bancaria (*European banking authority*), assicurativa (*European insurance and occupational pensions authority*), mercati finanziari (*European securities and markets authority*) e vigilanza macroprudenziale (*European systemic risk board*) - si distanzino dal consolidato orientamento del diritto comunitario, che fino ad allora aveva ammesso la legittimità dei soli poteri regolatori delle Autorità europee che fossero di mera esecuzione, quindi privi di discrezionalità politica, in conformità con il principio dell'*Institutional balance*. Interessante, a questo proposito, è inoltre una recente sentenza della Corte di Giustizia (Grande Sezione del 22 gennaio 2014 causa c-270/12 art. 28), sorta in merito all'art. 28 del reg. n. 236 del 2012, concernente la previsione di ampi poteri discrezionali in capo all'ESMA. La CG ha ritenuto compatibile questo potere discrezionale con l'assetto comunitario, a seguito di una interpretazione che, tuttavia, non convince l'autrice: la corte, infatti, per affermare la compatibilità di questo potere dell'ESMA e, al tempo stesso, restare coerente con il consolidato orientamento, ha ritenuto che si trattasse di un potere meramente esecutivo, quindi privo di discrezionalità. Insomma, una ricostruzione formalistica, che nega la sostanza politica di questi poteri, con cui la Corte rifiuta in punto di diritto proprio ciò che consente in via di fatto.

Anche il prof. **Claudio De Fiores** ha affrontato la prospettiva del rapporto sussistente fra queste autorità e i diritti fondamentali. Nel suo intervento su «*La potestà sanzionatoria della commissione di garanzia sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*», si è soffermato sul ruolo di questa autorità che ha avuto una rilevante influenza sull'evoluzione del modo di essere del nostro stato sociale, in particolare per quanto attiene al ruolo e alla concreta declinazione dei diritti fondamentali.

Innanzitutto, De Fiores ha chiarito la collocazione di questa Commissione nell'ambito delle *authorities*, stante la sua posizione di indipendenza. Questa autorità è stata oggetto di studio per le questioni legate all'interpretazione dei suoi poteri regolativi e, in particolare, per il rapporto tra la funzione regolativa e quella sanzionatoria. La stesura originaria della legge n. 146 del 1990 attribuiva alla Commissione il ruolo di sollecitare le parti a trovare un accordo, una funzione che ben si armonizzava con l'impianto costituzionale. Tuttavia, De Fiores ha messo in luce come, prima con una

prassi sempre più lontana dallo spirito originario della legge, poi con la novella contenuta nella legge n. 83 del 2000, la Commissione abbia finito per assumere un ruolo ben maggiore, trasformandosi così nel vero e proprio artefice del bilanciamento tra i diritti costituzionali.

La Commissione ha finito, in sostanza, per assumere un ruolo che ha ampiamente superato l'originaria funzione di stimolo che era stata ad essa attribuita, che prevedeva che essa svolgesse un ruolo volto sostanzialmente a promuovere gli accordi fra le parti. Da Fiores ha messo in evidenza come questa commissione abbia subito una vera e propria mutazione genetica, cristallizzata nella citata novella del 2000. Oggi, infatti, la commissione svolge una impropria funzione di *law making*. La Commissione esercita dunque un potere normativo e di bilanciamento dei diritti costituzionali che attribuisce ad essa una funzione politica del tutto inopportuna.

Un elemento paradigmatico per comprendere il ruolo sempre più attivo assunto dalla Commissione è rappresentato dall'art. 8 della legge che disciplina il procedimento di precettazione. Secondo l'impostazione originaria il ricorso alla precettazione rappresentava un'estrema ratio. Solo se le parti avessero eluso le soluzioni della Commissione, il governo sarebbe potuto intervenire di autorità. Alla Commissione spettava dunque di garantire l'osservanza dei codici di autoregolamentazione, al governo di intervenire quando erano pregiudicati i diritti della persona.

Il nuovo testo dell'art. 8 dispone, con riferimento al provvedimento di precettazione, che la Commissione abbia il potere di impulso del procedimento, consentendo che essa possa intervenire persino sul contenuto dell'ordinanza. La Commissione ha finito così con l'assumere un ruolo fortemente criticabile, perché agisce sul piano politico, in una forma che non è né prudente né saggia.

Il prof. **Raffaele Manfellotti** ha svolto una relazione dal titolo «Giudice ordinario e AAI» in cui ha affrontato il tema della tutela giurisdizionale rispetto agli atti delle autorità indipendenti, soprattutto con riferimento al riparto di giurisdizione tra il giudice ordinario e quello amministrativo. In particolare, nella relazione ha sostenuto che le autorità indipendenti costituiscono modelli di regolazione del settore economico che operano in modo tale da coinvolgere gli operatori. Ne consegue un intervento nettamente orientato sulla partecipazione. Ciò ha favorito, per il passato, la sottoposizione dell'attività delle amministrazioni indipendenti alla giurisdizione esclusiva del giudice civile. Tuttavia, nell'evoluzione più recente si registra una tendenza opposta all'espansione della giurisdizione amministrativa, nell'ambito della quale il ruolo di privilegio della P.a. risulta tuttavia poco coerente con la *ratio* che sottende l'istituzione delle autorità indipendenti.

L'intervento di **L. Ferraro**, «Corte EDU e poteri sanzionatori delle AAI» ha fatto il punto in merito all'applicazione del principio del giusto procedimento in materia di attività sanzionatoria delle A.A.I., alla luce della recente giurisprudenza della Corte EDU (ad es.: sent. Grande Stevens e altri c. Italia, marzo 2014). Il giudice di Strasburgo – pur valutando sostanzialmente penali le sanzioni comminate dalle AAI (nel caso di specie si trattava della Consob, anche se il medesimo discorso potrebbe valere per altre autorità come la Banca d'Italia, l'IVASS e la COVIP), non ritiene però che il procedimento

Osservatorio sulle fonti

amministrativo innanzi all'Autorità indipendente sia adottato in violazione dell'art. 6 CEDU. Sarebbe infatti il successivo controllo da parte di un'Autorità giudiziaria dotata di piena giurisdizione che garantirebbe il rispetto dei principi del giusto processo. Tale indirizzo della Corte EDU è stato anche accolto dal Consiglio di Stato (sent. n. 1596/2015), secondo il quale in questo modo si compierebbe un giusto bilanciamento tra la tutela del diritto di difesa, da un lato, e l'efficienza dell'azione amministrativa, dall'altro.

Il convegno è stato arricchito da alcuni importanti interventi di studiosi giusprivatisti (Catalano, Marzocco Minervini), che hanno contribuito ad allargare opportunamente la prospettiva di indagine, facendo luce sul concreto funzionamento di queste *authorities*, soprattutto nella loro delicata funzione di garanti. Il prof. **Enrico Minervini**, ha tenuto una relazione dal titolo «*L'autorità garante della concorrenza e del mercato ed i contratti dei consumatori*» ed ha immediatamente chiarito come questa materia sia trasversale, riguardando allo stesso titolo tanto il diritto pubblico quanto il diritto.

Minervini si è quindi soffermato, in particolare, sul ruolo svolto dall'AGCM a tutela dei consumatori con riferimento alle pratiche commerciali scorrette e alle clausole contrattuali inique, osservando come il legislatore aveva inizialmente conferito questo potere di controllo al giudice invece che a quello delle autorità garanti. L'individuazione della competenza dell'autorità giudicarla ordinaria era stata fatta sulla base di un pregiudizio che voleva il controllo di clausole inique non compatibile con i poteri delle autorità indipendenti, perché la libertà contrattuale riguarda diritti soggettivi. Per questo motivo si riteneva più opportuno che la materia fosse affidata all'autorità giudiziaria ordinaria.

Tuttavia, il passaggio dallo stato gestore allo stato regolatore ha determinato l'acquisizione di queste competenze da parte delle autorità indipendenti.

Nel 2007 il d.lgs. n. 146 recepì la direttiva europea sulle pratiche commerciali scorrette (direttiva 2005/29/ Ce), affidando questa materia alla competenza dell'AGCM. Inoltre, il d.l. liberalizzazioni n.1 del 2012, ha attribuito all'AGCM anche il potere di tutela con riferimento alle clausole vessatorie.

Il prof. Minervini ha spiegato come queste evoluzioni normative siano frutto della *neo-regolazione*, tecnica che si propone di ordinare il mercato attraverso la disciplina del contratto. Il contratto diventa un metodo per disciplinare il mercato e favorire la concorrenza. Non è, dunque, un caso che la norma sull'affidamento AGCM delle clausole vessatorie sia stato inserito nel decreto liberalizzazioni.

La prof.ssa **Roberta Catalano** ha svolto una relazione dal titolo «*La funzione giustiziale dell'AGCom*» conducendo un esame critico di quelle disposizioni che attribuiscono all'AGCom la possibilità di definire le controversie insorte tra soggetti privati, come l'art. 23 del d.lgs 59 del 2003 (codice delle comunicazioni elettroniche) e gli atti regolamentari contenuti in delibere dell'Autorità (n. 352/08/CONS, relativo alle controversie tra imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica; nonché la delibera n. 173/07/CONS per cui l'AGCom, su istanza di parte, può decidere una controversia). Nel corso della relazione ha messo in luce i caratteri distintivi ed i punti di forza della funzione giustiziale dell'AGCOM, nonché le criticità della disciplina oggetto di esame

e, più ampiamente, della predetta funzione.

Nell'espletamento della funzione giustiziale, l'AGCom interpreta un modello alternativo di giustizia, concentrando in sé le funzioni di amministratore, di giudice e di regolatore.

La funzione giustiziale dell'AGCom è infatti di difficile classificazione. Sebbene la funzione giustiziale si differenzi dalla funzione regolatoria, la legge (art. 23 d.lgs. 259 del 2003) prevede che nell'esercizio di questa funzione giustiziale l'AGCom debba perseguire gli stessi obiettivi che persegue quando svolge la funzione regolatoria.

La funzione giustiziale dell'AGCom assume pertanto una natura ibrida, a metà strada tra la regolazione e la funzione para giurisdizionale, a dimostrazione della circostanza che, come si osservava prima, la regolazione e la decisione di controversie fra gli operatori del mercato sono due lati della medesima medaglia. In pratica, l'AGCom non solo decide in base a regole dettate da essa stessa, ma deve anche perseguire degli specifici obiettivi. Quindi nell'esercizio della funzione giustiziale l'AGCom, a differenza del giudice, completa il dato normativo. Attraverso la funzione giustiziale si esercita quindi una funzione di regolazione indiretta. Ecco perché è diffuso tra gli interpreti ritenere che si giudichi regolando o si regoli giudicando.

Il prof. **A. M. Marzocco** ha svolto una relazione in tema di «*Funzione conciliativa dell'AGCom e diritto di azione*». La L. 249/1997 (art. 1, co. 11) ha attribuito all'AGCom la funzione conciliativa per le controversie tra utenti ed operatori di comunicazioni elettroniche. L'AGCom, tuttavia, non esercita tale funzione in via diretta, ma ne delega l'esercizio ai Co.re.com., che operano come organi funzionali della prima.

Il tentativo di conciliazione in esame ha carattere obbligatorio ed è ormai ricostruito come una condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Ciò comporta che l'eventuale domanda giudiziale proposta senza il previo esperimento del tentativo di conciliazione sarà dichiarata improcedibile, in attesa che il tentativo sia esperito.

Come è noto, nel nostro ordinamento la garanzia dell'azione è riconosciuta come uno dei principi costituzionali assolutamente inderogabili. Quindi il condizionamento dell'azione non è libero perché esso deve essere ragionevole e non gravoso. Nel caso in esame il tentativo di conciliazione deve essere esperito nel termine di 30 giorni, per cui si tratta di un termine ragionevole e non gravoso perché determina un differimento dell'azione certamente tollerabile.

Interessanti risultano le riflessioni che questa funzione conciliativa suscita in tema di gerarchia delle fonti e di riserva di legge. L'AGCom ha infatti provveduto, con propri regolamenti (da ultimo Reg. 173/07/Cons), ad individuare le controversie sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione. Ciò determina una evidente violazione del principio della riserva di legge in materia processuale, perché i citati regolamenti in concreto scelgono, nell'ambito delle controversie tra utenti ed operatori, quali debbano essere sottoposte alla condizione di procedibilità. Una scelta che non appare affatto consentita dal ricordato art. 1, 11° co., L. 249/1997, unica fonte legittimata ad introdurre la condizione di procedibilità e a determinarne l'ambito oggettivo (cfr. art. 24, 1° co., e 111, 1° co., Cost.)

Al professor **Giovanni Cocco** sono state affidate le conclusioni del convegno, com-

Osservatorio sulle fonti

pito ingrato data la complessità e la densità delle questioni affrontate, che ha svolto in modo magistrale. Nel corso dei lavori del convegno è emerso chiaramente come le trasformazioni sociali, economiche e giuridiche, prodotte dalla globalizzazione economica e dalla crisi fiscale dello stato, abbiano determinato un profondo mutamento dell'intervento pubblico dell'economia e favorito, da un lato, una sempre maggiore espansione della disciplina della concorrenza e, dall'altro, il contestuale ritiro dello Stato come attore economico.

Il prof. Cocco ha rilevato come dal convegno sia emerso che nel nuovo contesto non ci sia più spazio per l'intervento pubblico dirigista. Il mercato deve svolgersi secondo le sue regole e l'intervento pubblico oramai non può che essere residuale e svolgersi anch'esso in conformità alle regole concorrenziali.

Le autorità indipendenti, ha ribadito Cocco, sono state il prodotto di fattori complessi: da un lato, delle politiche europee della concorrenza e, dall'altro, di esigenze più specificamente interne. Ciò ha determinato un'ineliminabile ambiguità di questa figura, ancora in cerca di una precisa collocazione e ancora dagli aspetti non chiaramente definibili. Permane, dunque, una «coesistenza critica» tra la nuova declinazione dell'intervento pubblico, interpretata dalle autorità indipendenti, e il quadro interventista e solidarista sancito dalla costituzione repubblicana.

In conclusione, il prof. Cocco, ha voluto offrire un'interpretazione volta a conciliare i valori espressi dalla Costituzione con il nuovo ordine concorrenziale, auspicando che tra il mercato e la società si instauri una pacifica convivenza per cui le libertà economiche possano convivere sia con i principi dello stato di diritto che con le politiche pro-concorrenziali. In questo modo, sarebbe possibile che le politiche pubbliche fossero in grado di utilizzare il mercato per la realizzazione di alcuni fini sociali che non si riescono più a raggiungere con l'intervento pubblico diretto, in modo da far sì che, effettivamente, la concorrenza determini una maggiore diffusione del benessere economico.