

**VINCENZO ZENO-ZENCOVICH**

*(ordinario di diritto comparato nell'Università Roma Tre)*

**QUESTIONI VECCHIE E NUOVE SULLA LEGITTIMAZIONE  
ISTITUZIONALE DELLE C.D. AUTORITÀ AMMINISTRATIVE  
INDIPENDENTI**

**1. Inquadramento costituzionale, giurisprudenza della Corte  
Costituzionale, vincoli dell'UE**

A quasi trent'anni dalla costituzione della prima "Autorità amministrativa indipendente" (AAI) una serie di elementi si sono via via chiariti, mentre altri continuano ad essere incerti dando luogo a persistenti dubbi.

Il primo punto – primo perché da esso discendono molteplici conseguenze – è quello della legittimazione istituzionale delle AAI.

Fin dal loro "erompere" (per riprendere la efficace espressione di Alberto Predieri) ci si è posti – necessariamente e doverosamente – la questione della legittimazione costituzionale, mancando previsioni in tal senso nella Carta del 1948. Essendo naufragati i vari tentativi, succedutisi in questi ultimi vent'anni, di riforma costituzionale sul punto, non rimane che prendere atto che l'art. 97 Cost. – fondamento della azione amministrativa – prescrive il requisito della "imparzialità", concetto ben diverso da – e non traducibile in – quello della "indipendenza". Anche il tentativo di collegare le AAI alla Sezione III del Titolo III della Costituzione (artt. 99 e 100), che disciplina il CNEL, il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti, appare obiettivamente impervio, dovendosi dubitare della attendibilità di una estensione analogica di tali previsioni ad istituzioni non nominate.

Né molte indicazioni possono trarsi dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, che pure in numerose occasioni, si è trovata a giudicare sulla Costituzionalità dei poteri attribuiti alle AAI.

Una rassegna consente di fissare i seguenti, pochi, punti:

- a) *"Quando vengano in rilievo profili caratterizzati da una elevata complessità tecnica" ciò comporta che "in questi casi, la difficoltà di predeterminare con legge in modo rigoroso i presupposti delle funzioni amministrative attribuite alle autorità comporterebbe un inevitabile pregiudizio alle esigenze sottese alla riserva di legge, se non fossero quantomeno previste forme di partecipazione degli operatori di settore al procedimento di formazione degli atti".* (sentenza 69/2017, con riferimento alla Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART))

## SCHEMA DI RELAZIONE IN CORSO DI COMPLETAMENTO E PRECISAZIONE

- b) “L’istituzione di una Autorità indipendente è tesa a ridurre le criticità che potrebbero derivare dalla commistione, in capo alle medesime amministrazioni, di ruolo fra loro incompatibili, introducendo una distinzione tra soggetti regolatori e soggetti regolati” (sentenza 41/2013, sempre con riferimento all’ART).
- c) Ripetutamente la Corte nega che la costituzione di AAI possa alterare i “criteri costituzionali in base ai quali viene ripartito l’esercizio delle competenze amministrative tra Stato, Regioni ed enti locali” (sentenza 41/2013). Infatti “la legittimazione dello Stato a dettare norme in detto settore [quello delle comunicazioni elettroniche] deriva essenzialmente dalla pretesa di fissare i principi fondamentali nelle materie ripartite” di cui all’art. 117 Cost. (sentenza 336/2005).
- d) Ricorrente è il richiamo alla normativa comunitaria per giustificare la “indipendenza” delle AAI, come nella sentenza 7/2014 che tratta congiuntamente la Banca d’Italia e l’AGCOM.

Questo scarso repertorio consente di affermare che con riguardo ai vincoli comunitari l’obbligo di istituire Autorità “indipendenti” si giustifica laddove vi sia un potenziale conflitto di interessi fra il regolatore (Stato) e i soggetti regolati, di cui almeno uno è controllato dallo Stato stesso. Circostanza che si verifica nei settori dell’energia e dei trasporti, ma non (più) in quello delle comunicazioni elettroniche se non in misura oggettivamente trascurabile. Nel caso della tutela della concorrenza, tale conflitto di interessi può ravvisarsi nella ancora forte presenza dello Stato in imprese che sono – o sono ritenute – strategiche.

Tale assai lasco generale vincolo comunitario può desumersi, *a contrario*, dalla espressa previsione dell’autorità, indipendente, per la protezione dei dati personali contenuta nell’art. 8 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali che, in forza del richiamo contenuto nell’art. 6 TUE, “*ha lo stesso valore dei Trattati*”.

Dunque, *ubi voluit dixit*.

Tutto ciò legittima una posizione di faccia *tabula rasa* delle altre AAI, ritenendo che esse non solo non siano costituzionalmente imposte, ma addirittura potrebbero confliggere con la stessa Costituzione e con l’assetto di ripartizione dei poteri in essa prevista?

La risposta non può che essere negativa.

Ma, inevitabilmente, il vuoto di previsioni espresse e di principi saldamente ancorati ad una lettura anche evolutiva della Costituzione, offre lo spunto a differenti, se non divergenti, ricostruzioni.

## SCHEMA DI RELAZIONE IN CORSO DI COMPLETAMENTO E PRECISAZIONE

Si mettano in disparte i casi in cui la istituzione AAI si impone per il tramite dell'art. 11 Cost. e dunque per via della doverosa conformazione dell'ordinamento italiano alla comunità sovranazionale cui volontariamente (essendone tra l'altro fra i fondatori) ha aderito. Un vincolo sicuramente cogente che però non soddisfa l'esigenza di una più profonda giustificazione costituzionale.

### 2. La giustificazione storica delle AAI e sua attualità

Conviene a tal proposito ricordare le ragioni per le quali le prime AAI vennero costituite nella effervescente storia costituzionale statunitense, subito dopo la drammatica crisi economica iniziata con il *crack* del 1929.

La costituzione della *Securities and Exchange Commission*, nel 1934, è giustificata dalla esigenza di individuare un soggetto, con elevate competenze tecniche e finanziarie, in grado di regolare il mercato dei capitali, che sappiamo essere basato – negli Stati Uniti a differenza dell'Europa continentale – sul pubblico collocamento azionario sollecitando l'investimento da parte il risparmio privato.

Si tratta di una esigenza fondamentale e coesistente per il modello capitalistico statunitense, che era vista – ed è vista tuttora – come intrinseca ed ordinamentale per la sua stessa sussistenza. Nella Costituzione americana nulla si dice al riguardo – al pari della nostra, più giovane di 150 anni – ma tale interesse si ritiene debba essere garantito dalla particolare procedura di nomina (designazione presidenziale e controllo e validazione – *advice and consent* – del Senato). L'esecutivo ed il legislativo dunque devono cooperare nelle nomine, effettuate le quali esse non sono più revocabili e, aspetto essenziale, sono di durata superiore al quadriennale mandato presidenziale, sfuggendo così al rigido *spoils-system* applicato ad ogni cambio di amministrazione.

La genesi dell'altra archetipale “*independent agency*”, la *Federal Communications Commission* (sempre nel 1934) si giustifica, all'origine, in base ad un altro “fallimento del mercato” dovuto ad un indescrivibile e inestricabile “caos nell'etere”, nel quale mancava ogni certezza giuridica in ordine all'attività radiofonica, ritenuta fonte di grande potere sia economico e politico.

Come si vede – a differenza di quello europeo – il modello statunitense poggia non tanto su conflitti di interesse (scarso essendo il peso di istituti finanziari in mano pubblica, ed assenti aziende pubbliche di radiodiffusione) quanto sulla individuazione di interessi coesistenti alla stessa forma dell'ordinamento.

Pur essendo il campo inevitabilmente aperto a molteplici letture, se si volesse trasporre tale modello – che si ripete non trova previsione nel testo

## **SCHEMA DI RELAZIONE IN CORSO DI COMPLETAMENTO E PRECISAZIONE**

costituzionale del 1797 e successivi emendamenti, ma che è stato convalidato dalla Corte Suprema, e dunque è parte della “*living Constitution*” – nel sistema italiano, tali basilari interessi la cui tutela si impone in via preminente e non derogabile si possono ravvisare nella stabilità finanziaria della Nazione e nella garanzia di un mercato concorrenziale e leale.

### **3. La stabilità monetaria**

Con riguardo alla prima le ragioni della indipendenza della Banca d'Italia non risiedono solo – giacché si tratterebbe di risposta meramente positivista – nei molteplici vincoli posti dai Trattati europei, dalla costituzione di una Banca centrale europea, dalla adozione di una moneta unica. La vera, fondamentale, ragione è che l'Italia – come del resto tutti i paesi, anche quelli di ben maggiore potenza economica, - è inserita in un sistema di fortissima cooperazione internazionale reciproca che consente di affrontare in maniera coordinata crisi endogene ed esogene (comprese quelle speculative). Tale cooperazione – estremamente problematica a livello di governi nazionali – si realizza (e lo si è visto concretamente) a livello di banche centrali. Ma questo è possibile solo sul presupposto della loro indipendenza.

Una perdita di tale caratteristica comporterebbe un esiziale declassamento non da parte di qualche società privata di *rating*, ma dalla comunità dei decisori delle politiche monetarie, i quali – come in tutti i mercati finanziari – effettuano le loro scelte sulla base non di codicilli e pandette, ma di una reciproca fiducia.

### **4. Concorrenza e consumatori**

Con riguardo alla concorrenza ci si potrebbe chiedere le ragioni di una esigenza istituzionale di una AAI in questo campo, e si potrebbe indicare il diverso modello statunitense che affida l'attività istruttoria al *Department of Justice* e la decisione alle Corti. Le risposte sono molteplici e legate non solo alla già evidenziata forte presenza di imprese pubbliche, ma soprattutto alla particolarità dei compiti che via via l'autorità per la concorrenza ha assunto e non solo nel nostro paese: le autorizzazioni alle fusioni e alle incorporazioni; la ormai essenziale tutela dicotomica sia della concorrenza fra le imprese, sia degli abusi nei confronti dei consumatori attraverso pratiche sleali; il coordinamento intra-europeo anche quando i mercati possono apparire geograficamente distinti. Sono tutti fattori che suggeriscono la concentrazione in un unico soggetto – una AAI appunto – con tale molteplicità di funzioni, che male si presterebbero ad un esercizio diffuso fra le autorità giudiziarie.

## SCHEMA DI RELAZIONE IN CORSO DI COMPLETAMENTO E PRECISAZIONE

Ma quel che più conta è che la tutela della concorrenza e dei consumatori assurge a cifra essenziale del nostro sistema economico; da essa dipendono investimenti, occupazione, benessere individuale; interessi che prescindono dal pur rilevante indirizzo politico – proprio del Parlamento e del Governo – e che richiedono una istituzione in grado, incisivamente ed autorevolmente (di qui l'indipendenza), di affermarli. Si può legittimamente affermare che lo *status* di consumatore/utente/risparmiatore costituisce una qualità non sopprimibile nel concetto costituzionale di cittadinanza, che ne giustifica una elevata ed effettiva tutela.

### 5. Le altre AAI

E le altre AAI? Sembrerebbe legittimo sostenere che esse non sono costituzionalmente imposte, e si giustificano, sulla base di dettami comunitari, per sterilizzare conflitti di interesse ed aprire mercati alla concorrenza. Proprio questa ultima funzione impone di ricordare che nel quadro comunitario la regolazione settoriale è stata giustificata proprio con tale finalità. Dunque, viene da ritenere esplicita o implicita una *sunset clause* su tali autorità, che esaurite le loro funzioni, dovrebbero essere assorbite nella tradizionale amministrazione governativa o decentrata.

La individuazione di quelle che possono ritenersi AAI costituzionalmente legittimate lascia sullo sfondo uno dei temi di maggiore spessore che la loro comparsa ha posto, e cioè della loro collocazione nel quadro – ritenuto tradizionalmente fondativo – della separazione dei poteri. E ci si è domandati ripetutamente se esse rientrassero in quello legislativo, in quello esecutivo o in quello giudiziario. Sovente, non potendo collegarle a nessuno di tale tre grandi partizioni si è negato, alla Don Ferrante, che potessero esistere.

### 6. Nuova ripartizione dei poteri

Alcune precisazioni, a mo' di postulati, sono necessarie: la tripartizione dei poteri non è un dogma, ma è frutto di una ben precisa – e nobilissima negli autori e nei fini – genealogia storica e politica.

Da un lato possiamo dire che è un dato acquisito agli studi istituzionali e costituzionali contemporanei, che quella originaria tripartizione si è articolata (*ex multis*, v. G. Bognetti): sicuramente si fa rientrare fra i poteri quello delle corti costituzionali; c'è chi vi aggiunge l'amministrazione, in senso weberiano, come struttura sostanzialmente autonoma dal transeunte potere esecutivo. Il potere giudiziario, poi, vede – a seconda dei punti di vista – aggiunti o sottratti i vasti campi dell'arbitrato privato (nelle sue molteplici forme) e delle procedure alternative di soluzione delle controversie.

## **SCHEMA DI RELAZIONE IN CORSO DI COMPLETAMENTO E PRECISAZIONE**

In senso opposto, peraltro, e il riferimento è quanto mai opportuno, l'Unione Europea disconosce la tradizionale tripartizione quando afferma (art. 14 TUE) che il Parlamento esercita “congiuntamente” al Consiglio la funzione legislativa che, *de iure* e *de facto*, è concentrata nel Consiglio e nella Commissione.

Dunque, da un punto di vista gius-realista non vi è ragione di dubitare della piena legittimità delle AAI: *ex facto oritur ius*.

Diverso il discorso sul piano formale, giacché la Costituzione – non solo la nostra – mal sopporta torsioni che si realizzano al di fuori del processo di revisione o della interpretazione da parte della Corte Costituzionale.

Quali requisiti appaiono indispensabili? In primo luogo, un atto di investitura attraverso una legge formale del Parlamento. Nel momento in cui si voglia articolare in modo diverso l'esercizio dei poteri di amministrazione si impone il rispetto del principio di stretta legalità.

Stretta legalità che si realizza – e viene garantita – dalla sindacabilità giudiziaria dei provvedimenti e degli atti delle AAI, sindacabilità cui praticamente tutte le sfere pubbliche sono soggette.

Questi elementi si rinvencono in tutte le AAI istituite nel nostro ordinamento.

### **7. Il requisito della “indipendenza”**

Resta da esaminare un punto centrale, quello della “indipendenza” che distingue questi soggetti da tutte le altre forme di amministrazione.

“Indipendenza” che si declina in molteplici sfaccettature. Il termine è infatti polisemico e si presta ad essere riempito dei più svariati contenuti.

Nel suo senso originario la “indipendenza” delle AAI mira a segnare la non dipendenza dall'indirizzo politico tipico del potere esecutivo. Dunque, assenza di una dipendenza gerarchica, di poteri di nomina e revoca, di obbligo di concerto. A tal proposito non si può evidenziare una vistosa contraddizione nelle AAI di derivazione comunitaria (cioè, praticamente tutte) per le quali la “indipendenza” viene intesa come assenza di legami dal governo nazionale, ma non da quello europeo. In altri termini le AAI nazionali sarebbero soggette ad un potere di indirizzo, coordinamento e controllo da parte della Commissione, dando luogo a quella che è stata definita “amministrazione comunitaria decentrata” (C. Franchini). Contraddizione, perché essa si traduce in una mera delocalizzazione del potere esecutivo verso le istituzioni sovranazionali, cui si attribuirebbero (o che si auto-attribuirebbero) una immunità dai difetti che si vogliono riferire ai soli governi nazionali.



## **SCHEMA DI RELAZIONE IN CORSO DI COMPLETAMENTO E PRECISAZIONE**

Se l'indipendenza dal potere esecutivo è la ragion d'essere delle AAI, certamente essa non può essere declinata nel senso di indipendenza dal legislativo e men che meno dal controllo giurisdizionale per quelle ragioni di stretta legalità che appaiono essere indispensabili per una loro legittimità istituzionale e costituzionale.

Dunque, la nozione di "indipendenza" non si può declinare nel senso di sottrazione dal circuito politico-parlamentare, cui spetta sia il momento fondativo, sia il conferimento di nuove funzioni, sia le modalità di esercizio dei poteri, anche sanzionatori. A ciò si aggiunga il capitolo estremamente importante del finanziamento delle AAI: il modo più semplice per depotenziarne il ruolo è quello di negare – anche giustificatamente (i tagli di bilancio) – ad esse le risorse. La questione è spinosa, perché non vi è un parametro che consente di stabilire a priori quanto finanziamento sia necessario – ed obbligato – per garantire la indipendenza, tanto più ove si consideri il significativo divario stipendiale dei dipendenti delle AAI rispetto a quelli, di gran lunga inferiori, di quelli della PA. Si è cercato di aggirare il problema ponendo l'obbligo di erogazione delle risorse in capo ai soggetti imprenditoriali regolati. Tutto ciò peraltro reintroduce il rischio della "cattura del regolatore".

Il bilanciamento – essenziale in società complesse e pluraliste – può essere assicurato (ma con tempi sfalsati) dalla Corte Costituzionale con un esame volto ad escludere sia atti normativi che svuotino la natura delle AAI, sia – all'opposto – attribuzioni che menomino altri poteri.

Da ciò può desumersi la indicazione che la dimensione costituzionale delle AAI è disegnata dai, e contenuta nei, confini non comprimibili degli altri poteri.

### **8. Il procedimento di nomina**

Uno degli indici più significativi della indipendenza è quello della procedura di nomina dei suoi componenti, attualmente paralizzata attorno a due modelli: la elezione da parte del parlamento riunito, oppure la designazione da parte di organi di garanzia, quali i Presidenti delle Camere.

Ciascuno di questi modelli ha i suoi pregi – il ruolo del potere legislativo nel momento più importante; la precisa riferibilità di scelte individuali – e i suoi difetti – la non infrequente spartizione (*vulgo*: lottizzazione) dei posti da ripartire; la omogeneità delle scelte quando i designanti appartengono allo stesso schieramento politico.

Il comparatista, peraltro, diffida della intrinseca bontà dei procedimenti, nel senso che una volta individuato quello più "garantista" il risultato sia di per sé il migliore possibile.

## **SCHEMA DI RELAZIONE IN CORSO DI COMPLETAMENTO E PRECISAZIONE**

La “indipendenza” dei vertici – ormai ristretti a tre unità – delle AAI dipende solo in parte dalle procedure, ed in massima parte dalle persone scelte, e dal loro senso etico.

Non essendovi – per fortuna – la possibilità di effettuare un esame psico-attitudinale dei candidati per misurare la vocazione alla “indipendenza”, l’esito è tutt’altro che prevedibile.

D’altra parte, la storia repubblicana offre molteplici esempi di persone con una chiarissima connotazione di parte che seppero con grande autorevolezza guidare istituzioni con equilibrio e imparzialità. E, all’opposto, persone non classificabili politicamente che dimostrarono assai modesta autonomia.

Dunque, non pare esistere – non solo nel nostro paese – un sistema unico ed ottimale di designazione.

Un requisito comune appare assumere una grande importanza: quello della trasparenza del processo decisionale, sia per quanto attiene alle candidature che per i processi decisionali.

Il modello americano dell’*“advice and consent”* prevede che i designati presidenziali siano assoggettati ad un esame – spesso particolarmente impegnativo – da parte dell’apposita commissione senatoriale. Nell’Unione Europea una simile procedura è prevista per la validazione delle designazioni – da parte degli Stati membri – dei giudici e degli avvocati generali della Corte di Giustizia e dei componenti la Commissione.

Va peraltro considerata una possibile controindicazione di questo *modus procedendi*: la nomina a componente delle AAI richiede non solo la non misurabile “indipendenza” del candidato ma anche la sua competenza tecnica. Una procedura totalmente pubblica finisce per trasformare la selezione – soprattutto in considerazione della pervasività dei mezzi di comunicazione sociale – in una contesa para-elettorale nella quale prevalgono non le qualità del candidato bensì le maldicenze sul suo conto; conta il “tifo” che suscita, più che il suo effettivo merito.

### **9. Il dialogo costante Parlamento / AAI**

Se la natura tecnica delle AAI suggerisce sobrietà nella designazione e nell’esercizio delle funzioni, ciò non significa affatto che con la prima si consegna un mandato in bianco.

Vi sono una serie di correttivi, in parte già in essere: di fronte alla forte connotazione tecnica e tecnologica delle AAI si assiste ad una diffusa propensione verso c.d. leggi-provvedimento, cioè testi normativi estremamente dettagliati che determinano – senza possibilità di



## SCHEMA DI RELAZIONE IN CORSO DI COMPLETAMENTO E PRECISAZIONE

contestazione giudiziaria (salvo un improbabile vizio di costituzionalità) – le caratteristiche con le quali devono essere prestati dei servizi, ovvero i contenuti del rapporto fra mercato (ed imprese) e pubblici poteri.

Vi sono anche altri strumenti. Le leggi istitutive delle AAI prevedono che queste presentino una relazione annuale al Parlamento e possano indirizzare allo stesso indicazioni in ordine ad auspicati indirizzi legislativi o a testi normativi *in itinere*. Tale indispensabile attività informativa, potrebbe essere estesa in direzione opposta: dal Parlamento verso le AAI. Se infatti è dal potere legislativo che le seconde traggono la legittimazione non appare anomalo che dal primo pervengano indicazioni, che senza invadere le competenze ed incidere sul processo decisionale, facilitino i processi decisionali e il coordinamento delle rispettive, autonome, funzioni. In altri Paesi è previsto che il Parlamento ed il Governo possano rivolgere quesiti alle AAI e chiedere il loro intervento. Le modalità attraverso cui questo dialogo può avvenire sono varie, a cominciare dall'uso delle audizioni non solo per assicurare una completa informazione del legislatore, ma anche per rendere edotte le AAI sulle strade che il primo sta intraprendendo. Non atti di indirizzo – come avviene per altre commissioni parlamentari (giacchè ciò minerebbe la indipendenza) – ma pre-visioni di quanto il Parlamento intende fare e che deve coordinarsi con le attività delle AAI. L'esperienza suggerisce di avviare e sperimentare procedure non formalizzate, che dopo adeguata verifica possano trovare un consolidamento.

Non meno importante è che il Parlamento abbia contezza di quanto sta emergendo in sede comunitaria. Dato il forte radicamento delle AAI in atti normativi europei esistono molteplici organismi di raccordo fra le autorità degli Stati membri volte ad assicurare una omogenea applicazione ed interpretazione degli stessi. Tale attività informativa consentirebbe di chiudere il cerchio del complesso circuito Parlamento – AAI – Istituzioni europee.

Infine, poiché le AAI sono tutte soggette al controllo giurisdizionale (dell'AGO o del GA) potrebbe risultare non inutile un compendio quantomeno annuale degli orientamenti giurisprudenziali definitivi che confermano o ri-disegnano poteri e funzioni delle AAI.