

INTRODUZIONE

di *Paolo Caretti*

1. Come è noto, le c.d. Autorità amministrative indipendenti o Autorità di garanzia o ancora Autorità indipendenti di garanzia (la terminologia usata è la più varia) rappresentano un istituto del tutto estraneo alla tradizione amministrativa dell'Europa continentale. Esso ha le sue radici nell'esperienza giuridica del mondo anglosassone e, in particolare, di quella nord-americana. È infatti negli Stati Uniti che, a partire dall'istituzione della famosa Commerce Regulatory Commission nel 1887, si assiste al diffondersi di un modello, fondato sulla moltiplicazione di Independent Regulatory Commissions, cui viene affidato il compito di svolgere funzioni non solo di carattere amministrativo, ma anche di regolazione in specifici settori, al di fuori dal circuito politico che fa capo agli organi federali e, in particolare, all'esecutivo.

La ragione di fondo che spiega, nell'esperienza americana, la nascita e la fortuna di questo modello si lega alla struttura federale dello Stato e risiede principalmente nell'esigenza di introdurre una sorta di contrappeso all'espansione dei poteri della federazione a garanzia delle prerogative degli Stati membri.

Trapiantato nei sistemi dell'Europa continentale, l'istituto in esame ha sottoposto ad una forte torsione alcuni degli elementi tipici di tali sistemi.

Il primo è rappresentato dal modo peculiare (e sconosciuto all'esperienza anglosassone) di intendere il rapporto tra Governo e amministrazione, tradizionalmente concepito come rapporto gerarchico, piramidale, che vede nel Ministro insieme un organo di direzione politica e un organo di vertice di un certo comparto della pubblica amministrazione, con conseguente riconduzione alla responsabilità ministeriale dell'azione svolta dagli organi centrali o periferici nell'ambito dei singoli dicasteri.

Il secondo è rappresentato da un modo di intendere la divisione dei poteri, secondo il quale la funzione di regolazione è attribuita in termini di tendenziale esclusività in agli organi legislativi, la funzione amministrativa è affidata all'esecutivo e costruita nei termini più sopra accennati, e la funzione

giurisdizionale ai giudici, indipendenti tanto dagli organi legislativi che dall'esecutivo, nel quadro di un sistema di garanzie che ruota tutto intorno alla predisposizione di pesi e contrappesi destinati a regolare le reciproche interferenze tra i diversi poteri dello Stato.

Rispetto a sistemi così impostati, risulta di tutta evidenza l'eterogeneità del modello di Autorità indipendente che, per un verso, sgancia dall'amministrazione ordinaria lo svolgimento di funzioni tipicamente amministrative (non solo funzioni di controllo e vigilanza, ma anche funzioni di amministrazione attiva), per altro verso, determina uno spostamento significativo della funzione di regolazione, e in relazione a settori di grande rilievo, dalla sua sede deputata (con conseguente alterazione degli ordinari meccanismi di garanzia); infine, comporta l'attribuzione di poteri anche di natura giurisdizionale o paragiurisdizionale in capo alle Autorità.

Insomma, si potrebbe dire un modello che realizza un originale e singolare concentrazione di funzioni tradizionalmente ripartite tra organi diversi, che è tuttavia chiamato a convivere con un sistema più generale che mantiene ancora forti gli elementi più sopra ricordati.

È di qui, da questa ancora difficile convivenza, che derivano molti dei problemi che ha suscitato un'esperienza ancora recente e le critiche che la strada intrapresa si è attirata: da quella relativa al numero eccessivo delle Autorità, alla loro eccessiva eterogeneità, al loro eccessivo potere, alla loro mancanza di responsabilità «politica». Ma ciò era in qualche misura inevitabile posto che il modello delle Autorità pone a confronto, un confronto tutt'altro che facile ma appunto problematico, due principi diversi tra loro: quello della legittimazione democratica (solidamente ancorato al nostro impianto costituzionale) e quello della legittimazione tecnica o tecnocratica (ad esso sostanzialmente estraneo).

E tuttavia si tratta di un modello che non nasce a caso, né come pedissequa imitazione di esperienze straniere, ma che risponde a ragioni profonde, legate alle trasformazioni che gli ordinamenti continentali hanno conosciuto in quest'ultimo quarto di secolo. Basti pensare alla progressiva crisi dell'idea dello Stato-imprenditore e all'affermarsi di una sempre più marcata distinzione tra sfera politica e sfera economica, con il conseguente mutamento del ruolo dello Stato, visto non più tanto come soggetto diretto gestore di determinate attività economiche (ivi comprese quelle connesse alla prestazione di servizi pubblici), ma soprattutto come soggetto regolatore, come soggetto chiamato a predisporre regole di tipo arbitrale, volte a garantire sia le imprese che animano il mercato, sia i cittadini/consumatori/utenti. Proprio in funzione dell'esercizio di una funzione di regolazione di tipo arbitrale, ad alto tasso di imparzialità e riferita a settori particolarmente sensibili, nei quali lo sviluppo di un mercato concorrenziale si incrocia con l'attuazione di diritti fondamentali dei cittadini, è nata l'esigenza di immaginare soggetti e proce-

dimenti che rispondessero ad una logica diversa da quella propria del circuito dei rapporti Governo-Parlamento.

A ciò si aggiungano altre due ragioni: una di carattere ordinamentale, l'altra più politica e legata alle specifiche vicende italiane. Quanto alla prima è appena il caso di accennare alle sollecitazioni venute dal diritto comunitario, che ha rappresentato non solo una formidabile e irresistibile spinta alla privatizzazione di interi settori economici, ma che, in certi casi (come quello dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni) ha letteralmente imposto la costituzione di organismi di questo tipo. Quanto alla seconda, è evidente che allo sviluppo di questo processo non è affatto estranea la crisi del nostro sistema politico-partitico, esplosa in forme clamorose e virulente agli inizi degli anni '90, ma che in realtà affondava le sue radici ben più indietro negli anni ed era determinata da ragioni ben più profonde di quelle legate a fenomeni di corruzione.

2. Queste ultime considerazioni se aiutano a spiegare alcune delle ragioni che hanno determinato l'affermarsi del modello in Italia, sono solo lo sfondo su cui si è sviluppato un dibattito tuttora assai vivace in ordine ai margini di tolleranza che i principi cardine del nostro sistema costituzionale presentano rispetto alle sue «atipicità».

È con l'intento di fornire un utile contributo a questo dibattito che, insieme agli altri colleghi, abbiamo pensato di dedicare l'*Osservatorio 2003* allo studio dei modi di esercizio dei poteri normativi da parte delle Autorità; non tanto o soltanto della disciplina attributiva di tali poteri, ma della prassi concreta relativa al loro esercizio. Un tema certamente già da altri affrontato, ma credo mai o raramente con questo particolare approccio.

Del resto, che quello dei poteri normativi delle Autorità abbia attirato da subito l'attenzione della dottrina è ben comprensibile, posto che proprio qui sta uno dei problemi principali che l'avvio di questo nuovo modello presenta. Il conferimento di poteri di questa natura alle Autorità comporta, infatti, notevoli deviazioni rispetto alle regole su cui si fonda il nostro sistema delle fonti, per l'eterogeneità che lo contraddistingue rispetto al tradizionale schema gerarchico/competenziale, comunque strettamente connesso al primato della legge del Parlamento ed al principio di legalità nelle diverse accezioni in cui è stato declinato (legalità formale e sostanziale).

Movendo dalla considerazione, sempre richiamata, della forte eterogeneità che segna la disciplina delle diverse Autorità, e che non poteva che riflettersi sulla diversa natura dei relativi poteri normativi, abbiamo impostato la ricerca puntando, più che a tracciare un quadro unitario, ad analizzare caso per caso la loro diversa natura e consistenza, in una parola il loro diverso

grado di «atipicità». La ricerca è stata condotta con riferimento a cinque Autorità: l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, il Garante per la protezione dei dati personali e la Consob.

Tre sono i dati più interessanti che lo studio ha messo in evidenza e che possono costituire, oltre che spunti per ulteriori approfondimenti, una traccia utile per immaginare i futuri svolgimenti del modello di Autorità indipendente.

Il primo dato è rappresentato dal consistente sviluppo di poteri normativi sostanziali delle Autorità. Se infatti si esamina da vicino la prassi, al di là delle attribuzioni legislative, si nota come anche Autorità formalmente titolari di soli poteri provvedimentali hanno tuttavia esercitato un potere di tipo diverso e che variamente possono essere ricondotti all'area dei poteri normativi. Il caso più emblematico al riguardo appare quello del Garante per la protezione dei dati personali, al momento della sua istituzione sprovvisto persino di quel potere di regolare la propria organizzazione interna, che è invece in genere riconosciuto alle altre Autorità. Ebbene la successiva evoluzione della prassi ci dimostra come in quest'ambito il Garante abbia svolto da subito un ruolo attivo in sede di espressione del parere sul relativo regolamento governativo, che ha poi determinato un mutamento legislativo (d.lgs. n. 51/1999), poi confermato sul punto dal più recente Codice in materia di protezione dei dati personali (d.lgs. n. 196/2003), che espressamente riconosce al Garante un autonomo potere di regolazione in materia di organizzazione dell'ufficio. Ma, sempre con riferimento a questa Autorità, si pensi allo sviluppo di poteri esercitati con atti apparentemente amministrativi, ma di cui è difficile negare una natura diversa e cioè appunto normativa: ci si riferisce, ad esempio all'affidamento al Garante del compito di procedere all'individuazione, su istanza degli organi della P.A., delle attività, esercitate per legge, per le quali il trattamento di dati sensibili può ritenersi comunque autorizzato, ovvero alle autorizzazioni generali previste per il trattamento dei dati sensibili o di quelli del casellario giudiziario. Su altro versante, si pensi al rilievo e all'incidenza che è venuta assumendo la partecipazione del Garante a processi normativi che fanno capo ad altri organi (Governo e Parlamento), come testimonia tutta la vicenda dei decreti integrativi della disciplina base della materia. E si pensi, ancora, al ruolo giocato dal Garante in sede di definizione dei codici di deontologia e buona condotta (vere fonti integratrici o sostitutive del dettato legislativo) previsti dalla legge con riferimento alle categorie interessate, come testimoniato dalla vicenda relativa al codice deontologico per l'attività giornalistica.

Né è a dire che questa linea espansiva di poteri sostanzialmente normativi non interessi altre Autorità: basti fare riferimento all'esercizio dei poteri di

proposta in ordine a provvedimenti normativi da adottarsi da parte del Governo da parte dell'Autorità dell'energia e del gas o al suo potere di adottare atti generali a rilevanza esterna; oppure si pensi all'esercizio di analoghi poteri di proposta da parte dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, nonché a quegli atti (modelli/formulari) per le comunicazioni di intese e concentrazioni, che fornendo l'interpretazione delle disposizioni legislative al riguardo, che la stessa Autorità sarà chiamata ad applicare, finiscono per recuperare all'Autorità un potere normativo esterno, che la legge istitutiva non le conferisce.

Il secondo dato rilevante, che riguarda invece i poteri normativi formali attribuiti all'Autorità, è rappresentato dalla conferma che il loro esercizio, soprattutto in certi casi, al di là delle atipicità procedimentali, va ben oltre la mera esecuzione/integrazione delle disposizioni di legge, che spesso lasciano margini di discrezionalità così ampi all'Autorità, da configurare delle vere e proprie deleghe in bianco. Al riguardo, è particolarmente significativa l'esperienza dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con riferimento, ad esempio al regolamento in tema di digitale terrestre o in tema di autorizzazioni ai trasferimenti di società radiotelevisive.

Infine, il terzo dato è rappresentato dalla messa in atto, anche dove non formalmente imposta, di procedure fortemente partecipate per l'adozione di atti normativi da parte delle Autorità (è il caso, soprattutto dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e della Consob), con conseguenze rilevanti non solo sulla ponderazione dei diversi interessi in gioco, ma anche sul versante del controllo sulla correttezza dell'esercizio del relativo potere di regolazione dei medesimi. Un dato quest'ultimo che pare offrire una sorta di garanzia sostitutiva alle parti interessate rispetto ad un'applicazione certamente atipica del principio di legalità sostanziale (nel senso, precisato anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale per cui la indeterminazione del parametro legislativo può essere compensata da garanzie di ordine procedurale).

3. Se si leggono insieme i tre dati sopra accennati, ne emerge un quarto di carattere più generale rappresentato da quello che potremmo chiamare l'*irresistibile* attrazione nell'ambito dei poteri delle Autorità di funzioni di tipo normativo, quasi che queste ne costituissero in qualche modo un connotato necessario.

Se questo elemento dovesse essere confermato dalla prassi futura, probabilmente la denuncia della loro «atipicità» procedimentale e sostanziale, e il tentativo di ricondurle ai criteri ordinari che disciplinano i rapporti tra le diverse fonti normative potrebbero rivelarsi improduttivi, proprio perché non tengono nel dovuto conto l'«atipicità» complessiva del modello. In questo

senso, una prospettiva forse più utile potrebbe rivelarsi quella, appena abbozzata dalle recenti proposte di revisione della Costituzione (ma già a suo tempo dal disegno di legge costituzionale varato dalla Commissione D'Alema), di fornire a questo modello un'adeguata copertura costituzionale, che non si limiti a menzionare le Autorità, ma che, ad esempio, definisca, sia pure in termini generali, il confine tra legge (o atti equiparati) e regolamenti delle Autorità, i principi relativi a quelle nuove garanzie di partecipazione alla normazione, che non possono essere affidate esclusivamente alla prassi, se è vero che in esse deve riconoscersi quella garanzia sostitutiva di cui si è detto, nonché i rapporti tra Autorità e attività giudiziaria.

Potrebbe essere proprio questo il livello al quale operare con l'obiettivo di costruire una coerenza tra il sistema costituzionale, complessivamente considerato, e un modello che, per le caratteristiche di innovatività ed eterogeneità che presenta, mal si presta ad essere disciplinato da semplici leggi ordinarie.