

Marco Di Folco
LUISS Guido Carli di Roma

IL FONDAMENTO DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI IN ITALIA TRA COSTITUZIONE E DIRITTO EUROPEO

DOI: <http://dx.doi.org/10.12775/TSP-W.2013.014>

1. ORIGINI STORICHE E CARATTERI DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI IN ITALIA

Nell'ordinamento italiano l'origine delle autorità amministrative indipendenti si fa usualmente risalire agli anni '70 del secolo scorso, con l'istituzione – nel 1974 – della Commissione nazionale per le società e la borsa (in sigla Consob). Tuttavia, è nel corso degli anni '90 che gli organismi riconducibili alla categoria in questione si moltiplicano, destando l'attenzione della dottrina giuridica.

Ricostruire le caratteristiche proprie della tipologia in esame non è agevole. Da un lato, infatti, si registra la mancanza di una disciplina unitaria della materia, benché l'idea di introdurla si sia frequentemente affacciata nel dibattito politico e in quello scientifico; dall'altro, ciascuna autorità riviene il proprio fondamento in una specifica legge istitutiva, che ne definisce di volta in volta organizzazione e poteri in forme anche notevolmente differenziate.

Nonostante ciò, è comunque possibile individuare un denominatore comune, consistente nel carattere dell'indipendenza, intesa come sganciamento dall'indirizzo politico-governativo. In sostanza, si tratta di organismi “neutrali” che operano sulla base di una legittimazione essenzialmente tecnica. In concreto, l'indipendenza si realizza attraverso molteplici meccanismi: procedure di nomina,

variamente modulate ma comunque finalizzate a sottrarre la scelta dei membri alle maggioranze politiche contingenti; previsione di requisiti di particolare qualificazione per la nomina/elezione dei membri; disciplina stringente delle incompatibilità con la titolarità di altri uffici e incarichi; riconoscimento di poteri di auto-organizzazione nonché di autonomia contabile e di bilancio; assenza di forme di ingerenza e di controllo da parte di organi politici.

In questa prospettiva, le amministrazioni indipendenti devono essere distinte da figure solo apparentemente simili, come ad esempio le Agenzie, disciplinate in via generale dal decreto legislativo n. 300 del 1999. Queste ultime, infatti, svolgono sì compiti di carattere tecnico in una posizione di relativa autonomia, ma sono comunque sottoposte alla vigilanza dei Ministeri di riferimento e sotto questo profilo non risultano, dunque, connotate da quella posizione di indipendenza precedentemente definita.

2. I MODELLI DI ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA PREVISTI DALLA COSTITUZIONE ITALIANA

I dati storici precedentemente esposti evidenziano che il fenomeno delle auto-rità indipendenti era ignoto all'Assemblea costituente, che operò in Italia tra il 1946 e il 1947. E, in effetti, i modelli di amministrazione espressamente previsti dalla Carta fondamentale non contemplano quello fondato sul canone dell'indipendenza. Più precisamente la Costituzione, nel suo complesso, configura l'amministrazione secondo due diverse opzioni: quella burocratico-ministeriale e quella autonomistica.

Il primo di questi assetti trova fondamento nell'art. 95 della Costituzione, il quale dispone che i Ministri sono responsabili collegialmente degli atti del governo e individualmente di quelli dei loro dicasteri. Ciò comporta la riconduzione diretta o indiretta di tutto l'apparato amministrativo alla responsabilità politica del Ministro di riferimento dinanzi alle Camere.

A partire dal decreto legislativo n. 29 del 1993, oggi confluito nel decreto legislativo 165 del 2001 (recante il c.d. Testo Unico del Pubblico impiego), il sistema burocratico-ministeriale è articolato in base al principio di distinzione tra politica ed amministrazione, in base al quale l'una è competente a dettare indirizzi e obiettivi, l'altra a curarne l'attuazione attraverso l'attività di gestione. Si tratta, cioè, di un sistema che scinde la sfera di attribuzione dell'organo politico da quella della dirigenza amministrativa, senza però che ciò recida il legame intercorrente tra le due componenti. Da questo punto di vista, l'amministrazione

resta pur sempre apparato servente del vertice politico, pur essendo titolare di una sfera – quella della gestione – che le appartiene in via esclusiva. Sicché la distinzione della quale si è precedentemente parlato non sfocia in indipendenza.

Il modello autonomistico è espressamente previsto innanzitutto dall'art. 5 della Costituzione, che impone alla Repubblica l'obbligo di riconoscere e di promuovere le autonomie locali. Esso risponde all'obiettivo di decentrare i poteri di indirizzo politico che non risultano, dunque, concentrati esclusivamente nella mani dello Stato.

Va peraltro osservato che la scelta autonomista del costituente è stata rafforzata dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, che ha riscritto il Titolo V della Parte II della Costituzione contenente la disciplina relativa alle regioni e agli enti locali. Il cuore dell'intervento riformatore consiste nello spostamento del baricentro dell'amministrazione verso i Comuni, le Province e le Città metropolitane in seguito alla previsione del principio di sussidiarietà. Di conseguenza potrebbe dirsi che quello autonomistico è oggi (o almeno dovrebbe essere) il modello generale di amministrazione pubblica, rispetto al quale quello ministeriale assume valenza residuale¹.

Da ultimo occorre precisare che il già richiamato principio di distinzione tra politica e amministrazione si applica anche agli enti territoriali, stante la portata generale che assumono le norme del decreto legislativo 165/2001 in materia. Anzi, esso nasce in realtà proprio con riferimento agli enti locali, essendo stato introdotto per la prima volta con la l. 142/1990, intervenuta ad adeguare l'ordinamento comunale e provinciale (fino ad allora retto da norme di epoca pre-repubblicana) al dettato costituzionale.

3. IL PROBLEMA DEL FONDAMENTO COSTITUZIONALE INDIRETTO DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

Stante il silenzio al riguardo della Carta fondamentale, la dottrina italiana ha lungamente dibattuto sulla possibilità di riconoscere alle amministrazioni indipendenti un fondamento costituzionale indiretto. Si tratta cioè di stabilire se tali organismi, pur non previsti espressamente, possano comunque essere ricondotti

¹ A. Pajno, *Intervento programmato*, in: G. Berti – G.C. De Martin, *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Roma 2002, pp. 239 ss.

a qualche disposizione della Costituzione, in modo che se ne possa far salva la conformità con quest'ultima. Al riguardo sono state avanzate molteplici ipotesi.

Una prima fa leva sul principio di imparzialità che rappresenta, insieme a quello del buon andamento, uno dei principi regolatori dell'organizzazione e dell'attività delle pubbliche amministrazioni². Tradizionalmente l'imparzialità assume due connotazioni. In chiave negativa essa indica un divieto di favoritismi che contrastino con l'interesse pubblico da soddisfare; in chiave positiva, invece, la nozione consiste nell'esigenza che le amministrazioni identifichino e prendano in considerazione tutti gli interessi coinvolti dalla propria azione, affinché sia garantito l'esercizio ragionevole dei poteri discrezionali ad esse intestati. Si osservi che, in questa accezione, imparzialità non equivale a terzietà; gli apparati amministrativi, in altre parole, non sono *super partes* come avviene invece per le autorità giurisdizionali, ma anzi assumono la veste di parti di un rapporto giuridico intrecciato con i destinatari dell'attività.

Secondo la tesi in esame, dunque, l'imparzialità assumerebbe anche un terzo significato e farebbe riferimento a organismi, come appunto le autorità indipendenti, sganciate, come si è già detto, dall'indirizzo politico. A questa impostazione sono state però rivolte significative obiezioni. In particolare si rileva che l'art. 97 è collocato nel Titolo V, della Parte II della Costituzione, dedicato al Governo, sicché l'imparzialità designerebbe un modo di essere dell'amministrazione ministeriale più che un principio in grado di dar vita ad un modello diverso basato appunto sul canone dell'indipendenza. Al massimo potrebbe dirsi che l'imparzialità, essendo ascritta a tutti i pubblici uffici, e non solo a quelli statali, connoti anche gli enti territoriali.

Una diversa tesi ricostruisce invece le *authorities* come "istituzioni delle libertà" nel senso che esse risponderrebbero alla necessità di affidare la tutela dei diritti previsti dalla Costituzione a organismi neutrali, in maniera che i diritti stessi vengano sottratti all'incidenza della discrezionalità amministrativa³. E ciò – si dice – anche in considerazione del fatto che nell'esercizio del potere discrezionale vi è una parte, il cosiddetto merito, non sindacabile dal giudice e perciò suscettibile di dar luogo ad arbitri. In definitiva, secondo questa linea di pensiero le amministrazioni indipendenti troverebbero la loro radice direttamente nella prima parte della Costituzione, che è quella nella quale si rinviene la disciplina delle posizioni giuridiche soggettive.

² A. Predieri, *L'eromper delle amministrazioni indipendenti*, Firenze, 1997, pp. 52 ss.

³ G. Amato, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in: *Autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova 1999, p. 32.

Anche sotto questo profilo, però, non mancano opinioni contrarie, le quali pongono in evidenza come frequentemente la cura di posizioni soggettive di rango costituzionale sia affidata ad amministrazioni tradizionali, che esercitano poteri discrezionali e sono ricondotte sotto il cappello della responsabilità politica. E in effetti può ulteriormente argomentarsi sul punto con specifico riguardo sia ai diritti sociali che ai diritti di libertà.

Quanto ai diritti sociali, può dirsi che l'effettuazione delle prestazioni nelle quali essi si concretizzano è normalmente affidata ad amministrazioni di stampo tradizionale, che si vedono più in generale assegnato un ruolo centrale nell'attuazione del principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2 della Costituzione. E' certamente vero che in alcuni settori si ricercano soluzioni di maggiore separatezza dal decisore politico: si pensi, ad esempio, all'ambito della tutela della salute, ove l'erogazione delle prestazioni sanitarie fa capo a un ente pubblico strumentale delle regioni – l'azienda sanitaria locale – al cui vertice siede un soggetto, il direttore generale, dotato di una spiccata caratterizzazione manageriale. Tuttavia il fatto che il direttore generale sia comunque nominato dagli organi di governo della regione, sia pure con le garanzie introdotte dal recente decreto legge 158/2012, evidenzia, ancora una volta, l'impossibilità di far ricorso alla nozione di indipendenza.

Quanto ai diritti di libertà è da dire anzitutto che essi consistono in pretese *erga omnes* all'astensione da comportamenti che ne ostacolano o ne impediscano il godimento; di conseguenza tali posizioni soggettive di per sé non richiedono attuazione, né in via legislativa, né in via amministrativa. Ciò premesso, la Costituzione si preoccupa in questo caso di disciplinare le restrizioni ai diritti di libertà che possono provenire da amministrazioni pubbliche. In alcune circostanze, ciò conduce a veri e propri divieti: si pensi, tra l'altro, all'esclusione di ogni regime autorizzatorio in ordine alla libertà di associazione, o al divieto di censura rispetto alla libertà di stampa. In altri ipotesi le misure restrittive vengono invece contenute mediante determinate garanzie che servono ad evitare gli arbitri. Tali garanzie consistono essenzialmente nelle riserve di legge e nelle riserve di giurisdizione, variamente modulate in relazione alle singole fattispecie di libertà. Come si vede, ancora una volta, non è attraverso l'indipendenza dell'apparato che si ricerca la tutela del diritto, ma attraverso strumenti di diversa natura.

Un terzo filone dottrinale ritiene invece che le amministrazioni indipendenti godano di una legittimazione di tipo "procedimentale", derivante dal fatto che esse esercitano i propri poteri sulla base di procedure che consentono la partecipazione degli interessati, in ossequio al principio del contraddittorio. Nella sostanza l'apertura ai destinatari dell'attività consentirebbe agli organismi qui in

questione di porsi come strumento di mediazione degli interessi e delle domande sociali alternativo agli organi di indirizzo politico⁴. In senso contrario, però, si osserva che l'apertura al contraddittorio non rappresenta affatto una caratteristica esclusiva delle authorities. Si tratta anzi di un fenomeno che contrassegna in maniera evidente le stesse amministrazioni tradizionali, specie in seguito all'entrata in vigore della legge 241/1990. Quest'ultima, infatti, nel dettare norme generali sul procedimento amministrativo, disciplina numerosi istituti partecipativi, tra l'altro riconoscendo il diritto di intervenire nel procedimento stesso a tutti i soggetti portatori di interessi pubblici e privati, nonché ai titolari di interessi diffusi costituiti in comitati o associazioni (art. 9).

Infine non manca in dottrina chi ritiene che le amministrazioni indipendenti trovino fondamento nell'effettività, vale a dire nel fatto stesso di esserci⁵. Un'effettività, si può aggiungere, che nel sistema italiano pare ricollegarsi in misura non irrilevante alla crisi dei partiti politici e alla conseguente sfiducia nella capacità di amministrazioni politicamente dirette a soddisfare adeguatamente i bisogni sociali.

4. LE AMMINISTRAZIONI INDIPENDENTI COME MANIFESTAZIONE DEL PRIMATO DEL DIRITTO EUROPEO SUL DIRITTO INTERNO (ANCHE COSTITUZIONALE)

Dinnanzi alle difficoltà segnalate nei paragrafi precedenti, sembra convincente ritenere che il fondamento delle amministrazioni indipendenti debba essere rinvenuto non nella Costituzione, ma nel diritto europeo. L'ascendenza sovranazionale degli organismi qui in esame emerge con evidenza soprattutto in relazione agli atti di diritto derivato che, nell'avviare processi di liberalizzazione e di apertura al mercato in numerosi settori caratterizzati in passato dalla presenza di monopoli pubblici, hanno imposto agli Stati membri l'introduzione di organismi del tipo di quelli che qui si esaminano, col compito di impedire all'ex monopolista di abusare della sua posizione dominante, di vigilare sulla soppressione di barriere all'ingresso, di garantire l'accesso alle reti⁶. Da questo punto di vista,

⁴ M. Passaro, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino 1996, p. 245.

⁵ A. Riviezzo, *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, in: *Quaderni costituzionali*, 2005, p. 338.

⁶ M. Clarich-G. Corso-V. Zeno Zencovich, *Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*, in http://eprints.luiss.it/128/1/Clarich_2006_01_OPEN.pdf, p. 8.

dunque, le authorities rappresentano il riflesso sul piano organizzativo delle profonde trasformazioni che hanno interessato l'intervento pubblico nell'economia.

Queste osservazioni si prestano a due possibili approfondimenti. In primo luogo, il nesso con l'ordinamento europeo fornisce un possibile criterio discrezionale in ordine alla scelta se istituire un'amministrazione indipendente. E ciò anche in relazione alla necessità, frequentemente segnalata dalla dottrina italiana, di evitare che il modello si diffonda indiscriminatamente⁷.

In secondo luogo, se si condividono le riflessioni condotte in queste pagine circa la carenza di un fondamento costituzionale interno delle authorities, si può sostenere come si manifesti in questo campo il primato del diritto europeo nei confronti del diritto interno anche di rango costituzionale; primato oggi sancito espressamente dalla Costituzione repubblicana che chiama al rispetto dei vincoli comunitari il legislatore statale e quello regionale (art. 117, comma 1, come modificato dalla legge costituzionale 3/2001).

Come è noto però, secondo orientamenti giurisprudenziali ascrivibili alla Corte costituzionale tedesca e a quella italiana, l'attitudine delle norme europee a prevalere su quelle costituzionali si arresta dinanzi ai cosiddetti controlimiti, vale a dire a quei principi supremi che l'ordinamento interno considera assolutamente insuperabili. A conclusione della riflessione si tratta allora di comprendere se possano individuarsi controlimiti anche sul terreno dell'organizzazione amministrativa, in grado di incidere sulla conformazione giuridica delle amministrazioni indipendenti. Ad avviso di chi scrive al quesito può offrirsi senz'altro risposta positiva.

Un primo controlimite consiste nel principio democratico e della sovranità popolare che, in riferimento ad autorità amministrative per definizione indipendenti dall'indirizzo politico, dovrebbe tradursi in una forte affermazione del principio di legalità. Il quale dunque, nel caso di specie, andrebbe opportunamente declinato non solo in chiave formale, come predeterminazione normativa del potere, ma anche in chiave sostanziale, come predeterminazione altresì di presupposti e criteri dell'azione. Sotto questo profilo il sistema italiano esibisce però delle criticità, ove si ponga mente, ad esempio, all'esercizio di poteri normativi regolamentari da parte di autorità indipendenti che pure formalmente non ne sarebbero dotate.

⁷ Su questa necessità si esprime, ad esempio, G. Morbidelli, *Esiste ancora la materia "lavori pubblici di interesse regionale"? Ovvero dal regionalismo "cooperativo" al regionalismo "vigilato"*, in: *Le Regioni*, 1996, p. 402.

Altro controlimito che può venire in considerazione si lega al diritto di agire e difendersi in giudizio che comporta la piena giustiziabilità avanti a un giudice degli atti delle authorities. Profilo, questo, ormai assodato, anche se in passato non sono mancate posizioni volte a sostenere che il controllo del giudice sugli atti delle amministrazioni indipendenti dovesse arrestarsi a profili meramente formali.

Summary

THE BASIS OF THE INDEPENDENT ADMINISTRATIVE AUTHORITIES IN ITALY BETWEEN THE CONSTITUTION AND EUROPEAN LAW

The essay aims to analyze the problem of independent administrative authorities in the Italian legal system. The first section provides some hints on the historical origins of the phenomenon and focuses on the basic characteristic of the organisms in question: independence. The next two paragraphs show that it's quite difficult to find a constitutional basis for the authorities. In the final paragraph then it is argued that such a foundation can be tried in European law.

Keywords: independent administrative authorities; Italian legal system, independence.

Streszczenie

ZASADA NIEZALEŻNYCH WŁADZ ADMINISTRACYJNYCH WE WŁOSZECH: KONSTYTUCJA A PRAWO EUROPEJSKIE

Prezentowane opracowanie dotyczy pozycji, jaką zajmują niezależne organy regulacyjne we włoskim porządku prawnym. Autor przedstawia genezę powstania i rozwój tych instytucji, skupiając się na analizie ich podstawowej cechy, jaką jest niezależność. Autor wskazuje, że omawiane władze nie mają zakotwiczenia w konstytucji, to jednak ich umocowania można doszukać się w prawie europejskim.

Tłumaczenie: C. Bronowski

Słowa kluczowe: niezależne organy regulacyjne; władza administracyjna we Włoszech.