



Rivista N°: 3/2023
DATA PUBBLICAZIONE: 03/07/2023

AUTORE: Michela Manetti*

SULL'AUTONOMIA E INDIPENDENZA DELLE AUTORITÀ**

ON THE AUTONOMY AND INDEPENDENCE OF THE AUTHORITIES

Sommario – 1. Premessa. - 2. Le finalità sottese all'indipendenza. - 3. L'accezione enfatica dell'indipendenza (e dell'imparzialità). Critica. - 4. L'Europa e la relativa indipendenza delle autorità nazionali. - 5. La più recente esperienza statunitense. - 6. Le accezioni dell'indipendenza nell'ordinamento italiano. - 7. (segue) le modalità di nomina. - 8. (segue) le nomine in concreto. - 9. La ricomposizione del modello: l'accountability verso l'alto e verso il basso.

1. Premessa

Affrontare il tema è arduo, come dimostra l'inesauribile fiorire di scritti, in tutti i Paesi e nelle diverse discipline, giuridiche, economiche, politologiche, che continuano ad interrogarsi sul significato dell'indipendenza¹. La stessa definizione di autorità indipendente rimane incerta e controversa, nonostante siano ormai centocinquant'anni che se ne discute, a partire dagli Stati Uniti² - il Paese dove questo tema è nato, e dove periodicamente riacquista interesse, segnando come una cartina al tornasole i cambiamenti della forma di governo³.

* Ordinario di Diritto Pubblico nell'Università degli Studi di Siena.

** Relazione rivista e ampliata al Convegno di Roma 12-14 gennaio 2023.

¹ V. emblematicamente i due saggi di J. Stern, *What Makes an Independent Regulator Independent?* in *Business Strategy Rev.* 1997 vol. 8 n. 2, 67 ss.; e di J.L. Selin, *What Makes an Agency Independent?* in *Amer. Journ. of Pol. Sc.* 2015 vol. 59 n. 4, 971 ss.

² In questi termini si esprime la più recente trattazione esaustiva del tema in terra nordamericana: M. J. Breger, G. J. Edles, *Independent Agencies in the U.S. Law, Structure and Politics*, Oxford U. P. 2015, 381 ss. V. anche K. Datla, R.L. Revesz, *Deconstructing Independent Agencies (and Executive Agencies)* in 98 *Cornell L. Rev.* 2013, 4, 769 ss., saggio che accentua l'inafferrabilità della categoria al dichiarato fine di ripristinare il controllo del Presidente su tutte le agenzie (a meno che la legge non lo vieti espressamente), seguendo la tesi dell'*Unitary Executive*, sulla quale v. *infra* par. 5.

³ In via convenzionale si fa coincidere la nascita di queste istituzioni con quella della prima commissione indipendente federale, la *Interstate Commerce Commission*, creata per la regolazione delle ferrovie nel 1887 ad imitazione delle analoghe agenzie statali.

Sulla base di un'analisi interdisciplinare e di diritto comparato, il presente scritto intende sostenere che l'indipendenza non vada cercata tanto nella *insulation*, quanto nella posizione di raccordo che le autorità occupano tra gli organi politici, da un lato, e i destinatari della regolazione, dall'altro, dovendo rispondere sia pure in modo diverso davanti ad entrambi. Questo duplice legame non le rende schiave, come potrebbe sembrare, bensì capaci di grande autonomia, perché consente loro di giuocare le istanze che provengono dal basso per bloccare o smorzare le richieste avanzate dall'alto, e viceversa⁴. Si tenga presente che i destinatari della regolazione comprendono non solo le imprese, ma anche i consumatori e in tal modo tendenzialmente tutti i cittadini, sicché la mediazione tra questi soggetti, nel dialogo diretto con gli interessati, assicura un amplissimo *spatium deliberandi* alle autorità. Purché ne abbiano la competenza e l'autorevolezza.

Per giungere a questa conclusione il saggio procede innanzi tutto a confutare la tesi della *insulation* o della totale neutralizzazione, prevalente nella dottrina italiana, ripercorrendo brevemente le motivazioni che hanno condotto alla nascita delle autorità indipendenti, l'assetto del diritto eurounitario e la paradigmatica esperienza statunitense; per riesaminare infine il significato dell'indipendenza e dell'autonomia nel nostro ordinamento.

2. Le finalità sottese all'indipendenza

Come è stato esattamente osservato, le autorità indipendenti non sono nate seguendo un'impostazione dottrinale, ma in un'ottica eminentemente pragmatica⁵. L'idea è che un organo collegiale composto da membri non solo tecnicamente competenti, ma anche scelti in modo da rappresentare sia la maggioranza che l'opposizione, e destinati a restare in carica per un tempo prestabilito dalla legge, sia in grado di sorvegliare e/o regolare determinati ambiti della vita sociale in modo più adeguato rispetto all'apparato ministeriale.

L'adeguatezza può essere intesa in tanti modi, che corrispondono ad altrettante finalità in vista delle quali gli organi politici scelgono di "delegare" alcuni poteri alle autorità. La dottrina ne ha individuate diverse. In primo luogo, la raccolta e l'elaborazione di una grande quantità di informazioni complesse, in vista di valutazioni che richiedono competenze tecniche specializzate.

Viene in secondo luogo la finalità di assicurare la credibilità delle scelte regolatorie compiute dal Governo in carica, ed insieme la stabilità di queste ultime pur nel mutare delle maggioranze, tramite la gestione di soggetti imparziali nei propri giudizi e dotati di un mandato più lungo della legislatura. Il rovescio della medaglia è dato dalla possibilità di utilizzare le autorità come capri espiatori quando le cose vanno male, alleviando le responsabilità della politica in ordine a scelte sbagliate o impopolari⁶.

⁴ Sia consentito rinviare a M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994, 189 ss. Mettono in luce questa dinamica, arricchendola dei rapporti con le altre agenzie (i co-regolatori), gli organi di controllo e i tribunali, nonché con i media, M. Maggetti, Y. Papadopoulos, *The Principal-Agent Framework and Independent Regulatory Agencies*, in *Political Studies Rev.* 2018 n. 3, 172 ss.

⁵ M. J. Breger, G. J. Edles, *op. cit.*, 84 s.

⁶ Cfr. le diverse funzioni individuate da D. Lombardi, M. Moschella, *The Symbolic Politics of Delegation: Macroprudential Policy and Independent Regulatory Agencies*, in *New Political Economy* 2017 vol. 22 n. 1, 92 ss..

Non si può omettere infine la finalità di coinvolgere i destinatari nella disciplina del settore, aprendo la regolazione all'influsso degli interessi e dei valori fatti propri dai privati. Qui le cose si complicano: come è noto, fin dagli anni Settanta si è ritenuto che non siano gli interessi pubblici, ma esclusivamente quelli delle imprese del settore il riferimento della regolazione⁷. Nei decenni successivi il rischio di *capture* è stato combattuto, o compensato, con varie misure, che rimandano tutte al riconoscimento della rilevanza degli interessi dei consumatori/utenti.

Si noti a questo punto che nessuna delle finalità indicate implica un'assoluta indipendenza funzionale, ossia un potere decisionale sottratto a valutazioni esterne, e ciò vale in primo luogo per la finalità dell'*expertise*, che ben può conciliarsi con la natura puramente ausiliaria dell'organo⁸.

In ogni caso, alla varietà della *ratio* perseguita corrispondono altrettanto numerose teorie di funzionamento delle autorità indipendenti: da quella classica dell'*expertise* neutrale, alla teoria economica che vi ha visto un'applicazione del rapporto di delega tra principale e agente; dalla teoria pluralistica, che considera le agenzie indipendenti arene nelle quali i gruppi di interesse si confrontano, alla teoria della *public choice*, che ha accusato le autorità di perseguire soltanto l'espansione del proprio potere⁹.

Considerando tutte queste variabili, e altre che si potrebbero aggiungere, è facile desumere che l'indipendenza nei confronti dei pubblici poteri può bensì essere concepita in termini più o meno ampi, ma non può spingersi sino ad implicare l'irrilevanza del mandato ricevuto dal legislatore e la necessità di svolgerlo tenendo conto di tutti gli interessi coinvolti (come vorrebbe invece la tesi della neutralità o "indifferenza" delle autorità nei confronti dei medesimi interessi).

Va aggiunto che, nonostante gli sforzi a ciò dedicati, nessuno è stato finora capace di valutare se e quando le agenzie definite tali sono effettivamente indipendenti. Si è invero messo in luce uno stallo indicato come *observational equivalence*¹⁰, basato sul fatto che i comportamenti tenuti dalle autorità possono essere spiegati in modo opposto. In una parola, se le autorità sembrano più rispettate nella loro indipendenza in Europa (rispetto agli Stati Uniti), ciò può essere dovuto tanto al fatto che esse abbiano effettivamente affermato la propria indipendenza (il che sarebbe dovuto anche ai costi politici che il pubblico esercizio di controlli e di critiche porta con sé), quanto al fatto opposto, che esse non siano state criticate o disturbate perché sono riuscite ad anticipare i desideri degli organi politici, ovvero perché questi ultimi sono riusciti ad imporli attraverso indirizzi segreti e informali. Per stabilire che nei fatti

⁷ G. J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, in *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, 1971 n. 1, 3-21, contestando "the idealistic view of public regulation".

⁸ Basti pensare agli organi dotati di competenze qualificatissime, che però non si impongono agli organi politici (come il Consiglio di Stato o l'Ufficio parlamentare di bilancio previsto dalla legge cost. n. 1 del 2012), secondo la dottrina di A.M. Sandulli, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione* (1964), ora in *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1990, 259 ss.

⁹ V. il riesame di queste dottrine in M. J. Breger, G. J. Edles, *op. cit.*, 55 ss.; A. Vauchez, *Introduction*, in Id. (a cura di), *Un champ de régulation publique indépendante ?*, 2019, *shs.hal.science*.

¹⁰ M. Thatcher, *The Third Force? Independent Regulatory Agencies and Elected Politicians in Europe*, in *Governance* 2005, 5.

le autorità siano state davvero indipendenti bisognerebbe verificare se abbiano espresso preferenze effettivamente diverse da quelle degli organi politici, ma non esistono sinora ricerche di carattere generale al riguardo.

3. L'accezione enfatica dell'indipendenza (e dell'imparzialità). Critica

Sulla base delle premesse or ora ricordate, altrove si ammette tranquillamente che l'indipendenza in questione è relativa – a meno che non si versi in ipotesi di *adjudication* o comunque della valutazione di casi singoli – da parte tanto di Autori britannici¹¹ che statunitensi¹² o francesi¹³. In Germania lo stesso concetto di indipendenza è difficilmente concepibile, dato che la vigilanza ministeriale, considerata imprescindibile in regime parlamentare, non è vista come una minaccia per l'esercizio di funzioni tecniche da parte dell'amministrazione: il caso della Banca centrale è l'eccezione che, in forza dell'apposita disposizione costituzionale, conferma la regola¹⁴.

Si comprende così la generalizzata rinuncia a costituzionalizzare le autorità indipendenti¹⁵. Se pure gratificate della qualifica di *Fourth Branch*, queste istituzioni sono viste come deroghe transeunti all'ordine dei poteri, che in quanto tali debbono rimanere soggette alla disponibilità del legislatore. In Francia un segnale diverso sembrava provenire dalla istituzione del *Défenseur des droits* come *autorité constitutionnelle indépendante*, avvenuta nel 2011; il giudice costituzionale ne ha tuttavia ribadito la natura amministrativa, e la riforma del 2017 ne ha conformemente riveduto la denominazione¹⁶.

In Italia al contrario l'indipendenza è stato oggetto di una esagerata enfasi retorica, che – facilitata dalla universale riprovazione per la partitocrazia, scaturita da Tangentopoli – ha condotto all'insistito paragone delle autorità indipendenti con la magistratura, soggetta soltanto alla legge *ex art.* 101 Cost. Donde tuttavia deriverebbe bensì la massima imparzialità, ma non certo il potere di dettare intere discipline di settori, persino con efficacia equivalente a quella della legge cui pur si dovrebbe sottostare¹⁷.

Per superare un simile scoglio si è pensato di paragonare le autorità agli organi politico-costituzionali¹⁸, con effetti esattamente opposti ma altrettanto criticabili, perché ne verrebbe

¹¹ V. per tutti T. Prosser, *Ten Lessons*, in D. Oliver, T. Prosser, R. Rawlings (eds.), *The Regulatory State. Constitutional Implications*, Oxford U.P., 2010, 310 ss.

¹² M. J. Breger, G. J. Edles, *op. cit.*, 16 ss., *passim*, sostengono che il modello delle agenzie indipendenti combina indipendenza e cooperazione; solo talvolta queste riescono ad esprimere “una certa autonomia” dal Presidente e dal Congresso.

¹³ Secondo J. L. Autin, *Les autorités administratives indépendantes et la Constitution*, in *Rev. Adm.* 1988, 333 ss., anziché di indipendenza sarebbe meglio parlare di autonomia, la quale si misura più che definirsi.

¹⁴ J. Masing, *Unabhängige Behörden*, in J. Masing, G. Marcou, *Unabhängige Regulierungsbehörden*, Tübingen Mohr 2010, 162 ss.

¹⁵ Ad eccezione, in Europa, di Grecia e Portogallo.

¹⁶ V. rispettivamente Conseil Const., 2011-626 DC del 29 marzo 2011; loi organique n. 54/2017.

¹⁷ Si tratta in particolare dei regolamenti delegificanti previsti in capo alle autorità indipendenti da molte leggi (ad es. il T.U.B.), e dei regolamenti indipendenti che esse adottano in assenza di previsioni legislative. V. da ultimo F. Zammartino, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2020.

¹⁸ S. Cassese, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, in *Foro It.* 1996, V, 7 ss.

legittimata la massima libertà di scegliere la propria strategia di azione, a prezzo tuttavia di rinunciare alla imparzialità rispetto agli interessi in giuoco.

La giustapposizione di due paradigmi così diversi fa capire quanta confusione regni (anche) riguardo all'imparzialità delle autorità. L'esempio statunitense vale tuttavia a ricordare che l'imparzialità (la quale peraltro non va semplicemente declamata, ma supportata dal rispetto del contraddittorio e della separazione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie) è dovuta quando l'autorità agisce in sede "quasi-giurisdizionale", ossia è chiamata a valutare il comportamento di soggetti determinati, tanto più se al fine di irrogare una sanzione. Mentre la stessa accezione di imparzialità sembra fuori contesto quando l'autorità esercita funzioni quasi-legislative, ovvero definisce la propria *policy*, tracciando a livello generale l'equilibrio tra gli interessi coinvolti. Ed è importante ricordare che ora anche l'AGCM, in passato paragonata più di altre autorità ad un tribunale, adotta ufficialmente delle *policy*, ovvero definisce le proprie "priorità", secondo l'espressione usata dal legislatore del 2021¹⁹.

E' ben noto del resto che la Corte di cassazione ha da tempo sancito la natura amministrativa delle autorità²⁰. La Corte costituzionale l'ha seguita or non è molto (nella sent. n. 13 del 2019), espressamente negando la legittimazione delle *authorities* a sollevare questione di legittimità costituzionale²¹, nonostante l'ampiezza con la quale ha sempre interpretato la qualità di giudice *a quo*, onde circoscrivere le "zone franche" della giustizia costituzionale²². Dal canto suo, la Corte di Giustizia ne ha similmente negato la legittimazione a proporre rinvio pregiudiziale, nonostante anch'essa abbia dimostrato nel corso del tempo una notevole disponibilità ad interpretare estensivamente i requisiti che devono possedere gli organi interessati ad instaurare con essa un dialogo diretto²³.

In una parola, né in Italia né in Europa le autorità sono ritenute minimamente paragonabili ai giudici, perché a differenza dei giudici curano interessi (e lo fanno anzi in modo particolarmente pervasivo, grazie all'accentramento delle tre funzioni dello Stato nelle loro mani).

Bisogna invero ricordare come il modello dell'assoluta indipendenza e neutralità, che non è di stampo anglosassone, ma ha origine prettamente europea, sia stato formulato a scopi dichiaratamente eversivi: Carl Schmitt intendeva infatti isolare i settori trainanti dell'economia dalla legge e dalla stessa Costituzione, ritenuta ormai incapace di proteggere dall'infiltrazione dei fini sociali l'assolutezza dei diritti di proprietà e di impresa.

¹⁹ Art. 12, comma 1-ter, d.lgs. 8 novembre 2021 n. 185.

²⁰ Cass. Sez. I, 20 maggio 2002 n. 7341, in *Giur. cost.* 2004, 1357 ss., relativa al Garante per la protezione dei dati personali

²¹ V. per l'opinione contraria A. Patroni Griffi, *Accesso incidentale e legittimazione degli «organi a quo»*, Napoli, Jovene, 2012.

²² La Corte costituzionale ha altresì negato che le autorità indipendenti siano legittimate ad agire e resistere in sede di conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, data la loro posizione subordinata alla legge: cfr. l'ord. n. 226 del 1995 sul Garante della *par condicio*; e l'ord. n. 137 del 2000 per AGCom.

²³ Nella sentenza CGUE 31 maggio 2005, C-53/03, *Syfait c. Glaxo*, la Corte richiede: l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, lo svolgimento del procedimento in contraddittorio, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente. A tal ultimo fine ritiene indispensabile la separatezza funzionale tra l'organo decisionale e gli uffici, senza la quale non è possibile dimostrare l'indipendenza dei processi deliberativi. Cfr. la ancora valida ricostruzione di A. Colavecchio, *L'accesso in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia: porte chiuse per le autorità indipendenti?* in *Quad. cost.* 2006, 137 ss.

Nelle Costituzioni dello Stato sociale l'indipendenza non può tuttavia coincidere né con la sottrazione assoluta al controllo degli organi politici, né col vincolo a criteri tecnici indiscutibili (due facce della stessa medaglia, esaustivamente criticate da Natalino Irti²⁴), che in definitiva implicherebbero la sostituzione della politica del mercato, ovvero dell'antisovrano²⁵, alla politica democratica. Come è stato detto elegantemente, l'assoluta indipendenza non può che essere il vettore di una *politisation feutrée*²⁶.

4. L'Europa e la relativa indipendenza delle autorità nazionali

Argomenti possono trarsi anche dal diritto UE, sotto due diversi profili.

Va ricordato in primo luogo che l'indipendenza riconosciuta alle autorità nazionali (la quale riguarda esclusivamente le competenze attribuite dall'Unione europea) è maturata nel corso del tempo, senza tuttavia mai raggiungere le vette toccate dalla Banca centrale europea.

Inizialmente all'Europa interessava soprattutto l'indipendenza delle autorità di vigilanza e di regolazione dai Governi e dalle imprese possedute dagli Stati, onde non creare disparità di trattamento con le imprese private nella fase della liberalizzazione. Lo ammette la stessa Corte di Giustizia trattando dell'indipendenza di AGCom²⁷.

In un secondo momento, la UE ha inteso far valere l'indipendenza non solo contro i Governi (come già avvenuto per Germania e Austria a proposito della vigilanza spettante all'Esecutivo sul Garante per la protezione dei dati personali)²⁸, ma anche contro il legislatore, ove - sia pure indirettamente - abbia determinato l'anticipata cessazione dal mandato anche di un solo membro di un'autorità indipendente, e quand'anche ciò sia frutto dell'adozione di una nuova disciplina costituzionale (come è avvenuto in Ungheria)²⁹ o derivi dalla fusione di più autorità di vigilanza/regolazione in una sola (ipotesi verificatasi in Spagna)³⁰. In entrambe i casi la Corte di Giustizia ha sottolineato senza esitazioni che la cessazione del mandato non è intervenuta per una delle cause previste in precedenza e secondo le dovute modalità. Con

²⁴ N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza 2003.

²⁵ M. Luciani, *L'antisovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Riv. dir. cost.* 1996, 164 ss.

²⁶ I. Boucobza, *La doctrine juridique*, in A. Vauchez, *op.cit.*, 135 ss.

²⁷ CGUE, II sezione, c- 240/15, 28 luglio 2016, su rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato. Nel par. 32 la Corte ricorda che inizialmente era ritenuta essenziale la separazione delle funzioni di vigilanza e regolazione da quelle operative spettanti alle imprese (citando la pronuncia C- 82/07, par. 13).

²⁸ V. le pronunce C- 518/07 del 9 marzo 2010, Commissione c. Germania; C-614/10, del 16 ottobre 2012, Commissione c. Austria.

²⁹ CGUE, C-288/12, 8 aprile 2014, Commissione c. Ungheria. La Legge fondamentale ha costituzionalizzato il Garante per la protezione dei dati personali, rivedendone la composizione; le norme transitorie avevano previsto che con la sua entrata in vigore il mandato del vecchio Garante dovesse cessare.

³⁰ CGUE, II sez., C-424/15, 19 ottobre 2016, su rinvio pregiudiziale del *Tribunal Supremo* spagnolo. La *Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, istituita nel 1996, è stata assorbita insieme ad altri organismi analoghi in un'unica autorità che si occupa di tutti i servizi pubblici (il che non è considerato contrario al diritto UE); ma contemporaneamente all'istituzione di quest'ultima decreti regi avevano disposto la cessazione dalla carica del Presidente e di un consigliere che non avevano ancora terminato il mandato.

questa giurisprudenza si sono intrecciate le nuove normative eurounitarie che hanno esplicitamente dotato i membri delle autorità della irrevocabilità, provvedendo anche ad assicurare la disponibilità di finanziamenti adeguati allo svolgimento delle loro funzioni³¹.

La stessa Corte di Giustizia non ritiene tuttavia che l'indipendenza così garantita comporti il divieto di includere le autorità nel bilancio consolidato dello Stato, e di sottoporle eventualmente a misure generali di contenimento della spesa pubblica³²; più in generale, considera perfettamente legittima "la supervisione sulle autorità a norma del diritto costituzionale di ciascuno Stato", sottolineando che tale supervisione è bensì ridotta nei riguardi delle Banche centrali nazionali, ma ciò non vale necessariamente per le altre autorità³³.

La Corte si spinge persino ad ammettere che lo stesso legislatore si sostituisca alle autorità nazionali di regolazione (nella valutazione dell'eccessività degli oneri del servizio universale), ritenendo che esso possa offrire adeguate garanzie di indipendenza, imparzialità, competenza, trasparenza e sindacabilità giurisdizionale³⁴ (salvo poi stabilire che in concreto il calcolo relativo non era stato svolto correttamente dal legislatore).

C'è un solo caso, a mia conoscenza, nel quale la Corte di Giustizia si è opposta frontalmente all'invadenza degli organi politici: un caso che riguarda l'Italia, nato dal decreto-legge con il quale il *beauty contest* già deliberato da AGCom per l'attribuzione delle frequenze digitali venne sostituito da una procedura di gara a titolo oneroso³⁵. L'esito non è sorprendente, perché dichiara la illegittimità del controllo sostitutivo operato dal Governo nei confronti di atti già perfezionati e già capaci di fondare un affidamento dei terzi. Si ribadisce in sostanza il divieto del *legislative veto*, da molto tempo dichiarato illegittimo negli Stati Uniti³⁶, perché questo pone nel nulla l'attribuzione di poteri decisionali a favore dell'autorità e pretende di imporre la volontà espressa dall'organo politico nel singolo caso, anziché esprimerla nella legge o in atti di indirizzo e controllo di carattere generale.

In secondo luogo, la maggiore indipendenza assicurata dal diritto UE nei confronti degli Stati cui le autorità appartengono è finalizzata ad assicurarne forme di dipendenza sempre più pervasive nei riguardi della Commissione o di altri organismi eurounitari. Le autorità nazionali garanti della concorrenza sono invero tenute a lavorare in stretta collaborazione con la Commissione europea, che può avocare a sé la competenza di un procedimento avviato dall'autorità nazionale³⁷. Le autorità di regolazione delle comunicazioni elettroniche, nell'individuazione

³¹ In particolare le Autorità nazionali di regolazione delle comunicazioni elettroniche (Direttiva 2009/140 CE, attuata dal D. Lgs. 28 maggio 2012 n. 70, art. 3 comma 3), di protezione dei dati personali (artt. 52 ss. Regolamento UE 2016/79, GDPR); di tutela della concorrenza (Direttiva UE 2019/1, attuata dal D. Lgs. 8 novembre 2021 n. 185, art. 1, comma 1).

³² V. ancora CGUE C-240/15, cit. parr. 36-38.

³³ *Ibidem*, rispettivamente par. 35 e 43.

³⁴ CGUE, C-389/08, IV sezione, 6 ottobre 2010, par. 30.

³⁵ CGUE, IV sez., C- 560/15, 26 luglio 2017, par. 56. L'indipendenza di AGCom sarebbe compromessa se fosse consentito al Ministro o al legislatore di sospendere o annullare una procedura in corso che l'Autorità ha organizzato: solo un tribunale potrebbe disporre in tal senso.

³⁶ Corte Suprema degli Stati Uniti, *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983). J. L. Selin, *op. cit.*, 973 s. osserva peraltro che sono ancora in vigore molte leggi che prevedono il *legislative veto*, e che questo condiziona di fatto l'attività delle agenzie.

³⁷ Come la Corte di Giustizia ricorda nella sent. 31 maggio 2005, C-53/03, *Syfait*, cit.

dei mercati rilevanti, debbono seguire le indicazioni della Commissione³⁸; le autorità che assicurano la protezione dei dati personali sono soggette ad un “meccanismo di coerenza” tra le loro diverse politiche³⁹; da ultimo, le autorità nazionali che svolgono le funzioni di “coordinatore locale” per la vigilanza sui servizi digitali si debbono adeguare alla richiesta di riesame che la Commissione può avanzare riguardo ai provvedimenti da esse adottati⁴⁰.

5. La più recente esperienza statunitense

Il modello nordamericano – forse anche per la sua elasticità⁴¹ – ha espresso una grande forza condizionante, attraendo a sé organismi preesistenti (come i *Quangos* britannici), oltre a quelli nati in tutta Europa con la svolta neoliberista degli anni Ottanta, sino a sfociare (grazie agli studi di management) in una categoria generalissima, che sotto il segno dell’indipendenza abbraccia gli organismi più disparati, dagli enti pubblici economici alla Commissione europea⁴².

Pur rimanendo – come conviene - nell’ambito più ristretto delle istituzioni che convenzionalmente sono etichettate alla stregua di agenzie indipendenti, il rischio di equivoci e di malintesi rimane invero molto alto. Basti pensare che gli studiosi statunitensi continuano a discutere del passaggio cruciale avvenuto col New Deal, quando il potere presidenziale si è espanso grandemente e però al contempo le agenzie indipendenti (dal Presidente *scilicet*) si sono moltiplicate; mentre in seguito l’ampliamento dei poteri presidenziali si è diretto costantemente contro le agenzie indipendenti⁴³.

In ogni caso la *regulation* in USA è stata ed è vissuta come un’ingerenza statale in ambiti di libertà (laddove in Europa è apparsa come una sconfitta dello Stato, che aveva in precedenza dominato l’economia), sicché la rivendicazione del controllo presidenziale sulle agenzie indipendenti è oggi sinonimo di liberalizzazione⁴⁴.

Queste avvertenze vanno tenute presenti nel valutare la significativa rivincita recentemente ottenuta dall’Esecutivo nordamericano nei confronti delle agenzie indipendenti, in virtù della pronuncia con la quale la Corte Suprema ha ritenuto illegittima la clausola di limitata revocabilità del *Consumer Financial Protection Board* da parte del Presidente degli Stati Uniti⁴⁵.

³⁸ Art. 33 del D.Lgs. 1° agosto 2003 n. 259.

³⁹ Art. 63 ss. del Regolamento 2016/79 UE (GDPR).

⁴⁰ Art. 59 del Regolamento 2022/2065 UE del 19 ottobre 2022 (*Digital Services Act*).

⁴¹ Come testimoniano K. Datla, R.L. Revesz. *op. cit.*, 784 ss., le agenzie statunitensi sono molto diverse tra loro quanto alle forme di indipendenza attribuite dalla legge, senza contare i casi nei quali l’indipendenza è stata acquisita nei fatti, ovvero riconosciuta ad iniziativa delle Corti. A quest’ultimo riguardo v. A. Vermeule, *Conventions of Agency Independence*, in *Columbia L. Rev.* vol. 113, 2013 n. 5, 1163 ss.

⁴² V. G. Majone, *Two Logics of Delegation: Agency and Fiduciary Relations in EU Governance*, in *Eur. Union Politics* 2001 n. 2, 103 ss.

⁴³ V. tra i molti P.R. Verkuil, *The Status of Independent Agencies after Bowsher v. Synar*, in *Duke L. Journ.* 1986 n. 5, 780 ss., su Roosevelt come beneficiario e come vittima dell’espansione delle agenzie indipendenti.

⁴⁴ *Ibidem*, sul paradosso per cui il presidente Reagan si è trovato a sostenere la posizione di Roosevelt (ma per scopi opposti).

⁴⁵ *Seila Law LLC v. Consumer Financial Protection Board*, certiorari del 29 giugno 2020. V. al riguardo P. Valerio, *Unitary executive claims e tutela dei consumatori nel settore finanziario alla luce della sentenza Seila Law*, in *DPCE online*, 2020 n. 3, 3255 ss.

In questo Paese infatti l'indipendenza viene identificata con la limitata possibilità di revoca dei membri delle autorità da parte del Presidente degli Stati Uniti, in deroga alla clausola costituzionale che a quest'ultimo affida la vigilanza sulla fedele applicazione della legge⁴⁶. Il Presidente dunque ha il potere di nominare i membri delle autorità indipendenti, previo *advice and consent* del Senato, ma non può revocarli se non "for cause", o "for good cause", a volte "for inefficiency, neglect of duty, malfeasance in office".

Non ricorre invece la clausola che richiede l'autonomia e l'indipendenza di giudizio (come in Italia) o vieta di accettare e richiedere istruzioni (come in Europa) nello svolgimento dei compiti. Negli Stati Uniti infatti queste formule potrebbero cozzare con il controllo che il Congresso svolge in modo costante sulle *regulation* proposte dalle autorità, convocando i loro membri in appositi *oversight hearing* e disponendo del relativo finanziamento. Il Congresso e le agenzie indipendenti interagiscono pubblicamente riguardo al *rulemaking*, che è correttamente considerato attività politica o latissimamente discrezionale, infrenata peraltro dalla procedura di consultazione dei destinatari che la legge sul procedimento amministrativo ha reso obbligatoria sin dal 1941.

Visto in prospettiva, questo assetto rispecchia l'evoluzione dei poteri presidenziali. Tocca il suo apice negli anni Trenta, come risposta della Corte Suprema alla politica fortemente presidenzialista di Roosevelt (ma altri dice come risposta all'instaurazione di Esecutivi dittatoriali in Europa⁴⁷); si stabilizza in seguito, quando i tribunali riconoscono come indipendenti anche autorità che non sono formalmente protette dalla revocabilità presidenziale; e comincia ad essere contestato dagli anni Ottanta in poi, quando i presidenti nordamericani, sostenuti dalla dottrina dell'*Unitary Executive*, cercano di assoggettare a controllo le attività regolatorie, e tra queste anche quelle delle autorità indipendenti⁴⁸.

Per intendere la natura politica più che giuridica dello scontro, basti considerare che i sostenitori di tale dottrina non hanno esitato a sostenere che la revocabilità "per giusta causa" includa il caso di mancata osservanza delle direttive presidenziali (palesandosi inopinatamente come sinonimo della revocabilità per mera incompatibilità politica)⁴⁹.

La tendenza presidenzialista (e liberalizzatrice) è stata premiata dalla Corte Suprema nella citata pronuncia del 2020, ma è difficile dire se la motivazione adottata sia suscettibile di espansione, date le peculiarità del caso in esame⁵⁰. I poteri di vigilanza e di sanzione dei quali

⁴⁶ *Take Care Clause* ex art. 2 Cost. USA

⁴⁷ Così P. L. Strauss, *The Place of Agencies in Government. Separation of Powers and the Fourth Branch*, in *Columbia L. R.* vol. 84. 1984, 612.

⁴⁸ Sul tema v. da ultimo riassuntivamente, C. R. Sunstein, A. Vermeule, *Presidential Review: The President's Statutory Authority over Independent Agencies*, in *Georgetown Law Journ.* vol. 109, 2021, 637 ss.

⁴⁹ V. ad es. L. Tribe, *American Constitutional Law*, II ed., New York, Foundation Press 1988, 254 nt. 45. Da ultimo J. Mennars, L. Menand, *The Three Permissions: Presidential Removal and the Statutory Limits of Agency Independence*, in *Columbia Law Rev.* vol 121, 2021 n. 1, 1-80, ripercorrono la dottrina favorevole a questa tesi e si dedicano a confutarla (sostenendo che è la durata predeterminata per legge del mandato ad impedire in via generale la revocabilità *ad nutum*, sicché le speciali clausole *for cause* varrebbero ad autorizzare la revoca nei soli casi indicati).

⁵⁰ In un dettagliato commento della sentenza in esame vengono messe in luce le possibilità tanto di una lettura minimalista quanto di una massimalista: così C.R. Sunstein, A. Vermeule, *The Unitary Executive: Past, Present, Future*, in *Supreme Court Rev.* 2021, 83 ss.

è titolare il *Consumer Financial Protection Board* sembrano infatti alla Corte Suprema particolarmente minacciosi (e tali quindi da non poter essere sottratti alla vigilanza presidenziale) in quanto da un lato sono concentrati nelle mani di un unico commissario, e dall'altro sono sostenuti dalla indipendenza nel finanziamento, che sottrae il *Board* anche all'influenza del Congresso.

In altre parole, si tratta di una agenzia che deroga tanto alla regola della collegialità, quanto a quella del controllo parlamentare. Tali peculiari caratteristiche erano d'altronde state volute, al tempo dell'approvazione del Dodd-Frank Act, successivo alla crisi di Wall Street, per evitare che i Repubblicani potessero riuscire in seguito a smussare la forza del *Board*, ritenuto troppo aggressivo verso le imprese. Questo timore si è in effetti avverato, ottenendo anche l'insperato avallo della Corte Suprema.

Ciò non toglie che oggi, di fronte ad una nuova crisi bancaria, la sentenza *Seila Law* appaia sommamente inopportuna⁵¹. Forse anche per tale motivo, quella che appare a prima vista una svolta epocale in tema di indipendenza delle *agencies* potrebbe rimanere un caso isolato.

6. Le accezioni dell'indipendenza nell'ordinamento italiano.

Passando finalmente ad analizzare l'assetto del nostro ordinamento, bisogna porre mente ai diversi significati dell'indipendenza, indagando i quali si potrà verificare come ai controlli e ai confronti pubblici sulle scelte compiute dalle autorità la politica italiana abbia preferito forme di influenza meno visibili.

In vista dell'indipendenza soggettiva o organica, le nostre leggi attribuiscono tipicamente ai componenti delle autorità *autonomia e indipendenza di giudizio nello svolgimento delle funzioni*. Questa clausola, sostanzialmente equivalente al divieto di richiedere o accettare istruzioni altrui previsto nel diritto eurounitario⁵², si ritiene necessaria per svincolare dall'obbedienza o dalla fedeltà persone che (non sono state scelte per concorso, ma) che vengono nominate su indicazione degli organi politici.

Ad essa si aggiungono la durata ragionevolmente lunga del mandato, talvolta accompagnata da clausole di limitata revocabilità, e l'incompatibilità con altri uffici pubblici o privati durante il mandato, e a volte anche dopo la fine di quest'ultimo. La variabilità di queste discipline (e di tutte quelle che saranno esposte in seguito) dipende dal fatto che il legislatore italiano ha modellato ogni autorità indipendente in modo diverso, a seconda delle esigenze del momento; e non ha voluto o potuto sinora adottare una normativa generale sulle autorità⁵³.

⁵¹ Sullo smantellamento del Dodd-Frank Act operato dal presidente Trump (con l'aiuto dello stesso Frank), e sull'indebolimento della stabilità delle banche che ne è conseguito, sino alla recente crisi della Silicon Valley Bank v. David Enrich, *Back-to-Back Bank Collapses Came After Deregulatory Push*, 13 marzo 2023, nytimes.com. V. altresì P. Valerio, *op. loc. cit.*

⁵² Art. 130 T.fue.

⁵³ Anzi quando ha avuto occasione di dettare norme potenzialmente generali ha sempre dimenticato (o evitato ?) di ricomprendervi tutte le autorità, eccettuandone ora l'una ora l'altra.

Strumentale all'indipendenza soggettiva, ed ancor più variegata di quest'ultima, è l'autonomia organizzatoria, che consiste nella deroga alle regole comunemente applicabili ai soggetti o agli organi pubblici⁵⁴. Ad es. l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni adotta un regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento, i bilanci, i rendiconti e la gestione delle spese, anche in deroga alle disposizioni sulla contabilità generale dello Stato, nonché il trattamento giuridico ed economico del personale addetto⁵⁵. Invece l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato soggiace alla disciplina del procedimento istruttorio dettata con regolamento governativo, anche se il D.lgs. n. 185 del 2021 - in attuazione della direttiva 2019/1/UE, intesa a rendere più efficace l'azione delle autorità nazionali antitrust - prevede ora che tale regolamento sia modificabile sentita la stessa Autorità⁵⁶. Resta quindi arduo intendere perché AGCM sia stata *ab initio* attributaria esclusiva del potere di disciplinare, con proprio regolamento, l'istruttoria in materia di pubblicità ingannevole⁵⁷.

Inoltre le leggi attribuiscono talvolta alle autorità l'autonomia finanziaria; eccezionalmente la legittimazione ad agire in giudizio senza dover ricorrere all'Avvocatura dello Stato⁵⁸.

Va considerata in secondo luogo l'indipendenza funzionale, che riguarda la sottrazione a direttive o indirizzi politici, nonché a controlli sugli atti o sull'attività. Benché si sostenga spesso che le autorità sono soggette soltanto alla legge, e quindi agli indirizzi ivi contemplati, vi sono vari casi nei quali la legge opera un rinvio mobile a indirizzi governativi: ad es. per l'AGCM in materia di operazioni di concentrazioni; o per tutte le autorità sui servizi pubblici con riguardo all'insieme delle funzioni attribuite⁵⁹.

Infine, seppure siano raramente soggette a visti o approvazioni ministeriali⁶⁰, le autorità sottostanno al controllo generale della Corte dei conti e alla vigilanza del Parlamento. Quest'ultima è tratteggiata in modo molto sintetico dalle leggi, che si limitano ad imporre l'obbligo di presentare alle Camere una relazione annuale, senza far cenno ad una eventuale manifestazione di volontà parlamentare al riguardo.

7. (segue) le modalità di nomina.

Pur mostrando grande rispetto dell'indipendenza delle autorità nell'esercizio delle loro funzioni, il nostro ordinamento appare carente riguardo alla indipendenza assicurata, a monte, dalle modalità di nomina dei membri delle autorità. Come vedremo, si tratta di previsioni normative che – approfittando dell'agnosticismo dimostrato al riguardo dalla UE – sanciscono una rivincita della politica in forma spesso occulta o mascherata.

⁵⁴ Cfr. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè 1970, I, 227.

⁵⁵ Art. 1 comma 9 l. n. 249 del 1997.

⁵⁶ Art. 2, che modifica l'art. 10 comma 5 della legge n. 287 del 1990.

⁵⁷ D. Lgs. 2 agosto 2007 n. 145 (Direttiva 2005/29/CE)

⁵⁸ Il patrocinio dell'Avvocatura è facoltativo per la Consob (art.1, comma 10, D.L. 8 aprile 1974, conv. L. 7 giugno 1974, n. 216); è obbligatorio per le altre Autorità, ma in forza di una disposizione espressa il Garante per la protezione dei dati personali può sottrarsi, sentito l'Avvocato generale dello Stato, in caso di conflitto di interessi (art. 154-ter, comma 3, D.L.vo 30 giugno 2003, n. 196).

⁵⁹ V. rispettivamente l'art. 25 della l. n. 287 del 1990 e l'art. 1, comma 1 della l. n. 481 del 1995.

⁶⁰ L'Autorità di regolazione dei trasporti vede l'importo dei contributi richiesti ai privati per il suo finanziamento soggetto ad approvazione ministeriale. Cfr. al riguardo la sentenza n.69 del 2017 della Corte costituzionale.

Emblematica è innanzi tutto la disciplina riguardante la nomina del Governatore della Banca d'Italia.

Dopo la riforma intervenuta nel 2005 a seguito di un grave scandalo, il Governatore è scelto dal Governo, sentito il parere del Consiglio superiore della Banca d'Italia⁶¹. Allo stesso Governo spetta proporre tanto la revoca, quanto la eventuale riconferma del Governatore in carica, sicché non si può escludere che tali poteri vengano esercitati per influenzare le decisioni di quest'ultimo - fermo restando l'usuale controllo del Capo dello Stato in sede di emanazione dei relativi decreti -. L'attuale normativa rischia pertanto di collidere con l'indipendenza dell'istituto, garantita dalla UE, che all'art. 130 Tfu assicura l'indipendenza delle Banche centrali inserite nel Sebce.

Benché l'Unione europea sostanzialmente si disinteressi delle modalità di selezione dei componenti delle autorità indipendenti (quand'anche titolari di poteri attribuiti da norme eurounitarie)⁶², così come delle Banche centrali nazionali, non si può invero ignorare che il Presidente e i vicepresidenti della BCE vengono eletti dal Consiglio europeo a maggioranza qualificata, su raccomandazione del Consiglio dell'Unione e previa consultazione del Parlamento europeo, oltre che del Consiglio direttivo della Banca centrale europea⁶³. Consigliabile sembrerebbe dunque assicurare la partecipazione delle Camere alla procedura di nomina del Governatore della Banca d'Italia: ciò che queste hanno concretamente cercato di realizzare nella forma della mozione, quando nel 2017 censurarono (sia pure indirettamente) l'operato del Governatore uscente in ragione dei gravi dissesti che avevano colpito alcune banche⁶⁴. Ciò nonostante questi è stato riconfermato, su proposta del Governo fortemente sostenuta del Capo dello Stato⁶⁵.

Al riguardo si deve osservare che l'intervento di quest'ultimo, se appare idoneo a circoscrivere in senso garantistico la discrezionalità esercitata dal Governo con la nomina, non lo è invece a surrogare la legittimazione politica unitaria proveniente dall'investitura parlamentare a maggioranza qualificata. Il nostro ordinamento è già consapevole della necessità di tale legittimazione, avendo previsto da tempo una modalità di nomina dove la proposta del Governo non solo è soggetta al controllo del Capo dello Stato, ma è validata dal parere a maggioranza qualificata delle commissioni parlamentari competenti⁶⁶. La compartecipazione di al-

⁶¹ Art. 19, comma 8, l. n. 262 del 2005.

⁶² Rimane infatti estremamente generica la previsione riguardante i componenti delle Autorità nazionali garanti dei dati personali, là dove stabilisce che essi debbono essere nominati, attraverso una procedura trasparente, o dal Parlamento o dal Governo o dal Capo dello Stato o da un organo indipendente incaricato della nomina (art. 53 Regolamento 2016/79 UE, GDPR).

⁶³ Art. 283 par. 2 Tfu.

⁶⁴ V. al riguardo N. Dessì, *Nomina del Governatore e indipendenza della Banca d'Italia. Riflessioni sulla mozione 1/01731 della Camera*, in *Riv. reg. merc.* 2018 n. 1, 125 ss.

⁶⁵ Ignazio Visco era stato nominato nel 2011 dal governo Berlusconi dopo le dimissioni di Draghi, diventato Presidente della BCE. Il 18 ottobre 2017 il PD aveva fatto approvare una mozione, seppur emendata di riferimenti diretti alla responsabilità della Banca d'Italia nei dissesti, per impedire al governo Gentiloni di proporlo per un secondo mandato.

⁶⁶ Così dispone la legge n. 481 del 1995 sulle autorità di regolazione dei servizi pubblici essenziali.

meno una parte dell'opposizione alla nomina dei membri delle autorità è invero una caratteristica essenziale per assicurarne l'investitura unitaria o "ultramaggioritaria" da parte delle Camere⁶⁷.

Questa modalità di nomina è oggi sicuramente preferibile alla designazione da parte dei presidenti delle Camere, i quali sono ormai espressione della sola maggioranza, e anche alla elezione da parte delle Camere con voto limitato (dove maggioranza e opposizione eleggono in quote eguali, ciascuna per suo conto, i propri candidati), una modalità che è stata introdotta allo scopo di rispecchiare il regime di alternanza tra coalizioni politiche contrapposte. In assenza di un'accurata valutazione parlamentare delle qualità e competenze dei designati tale elezione ha invero un significato sostanzialmente spartitorio, riducendo i componenti delle autorità a emissari delle rispettive fazioni⁶⁸.

Chiunque sia il titolare del potere di nomina, si fa sentire la mancanza di una sede pubblica nella quale siano presentate ed esaminate le candidature, eventualmente previa audizione dei candidati, come avviene per le nomine agli incarichi direttivi in tutti gli enti pubblici a norma della legge n. 14 del 1978.

Considerando che questa procedura risulta già applicabile alla Consob, in quanto persona giuridica pubblica, sarebbe stato logico estenderla al procedimento di selezione dei componenti delle altre autorità, che invece rimane opaco. L'art. 22 del decreto-legge n. 90 del 2014, sotto l'ambizioso titolo «razionalizzazione della autorità indipendenti» ha imposto infatti di assicurare nelle procedure di reclutamento dei dipendenti delle Autorità la trasparenza, l'imparzialità e la specificità professionale di ciascun organismo, ma ha dimenticato di introdurre analoghe garanzie nelle procedure di nomina dei componenti delle stesse.

8. (segue) le nomine in concreto

Il nostro Paese – secondo uno studio svolto da Minervini e Piacentino – si distingue per l'altissima percentuale (22 su 32 considerati) di membri delle autorità che possono ritenersi provenienti dalla politica, o contigui alla politica, o contigui alle imprese regolate, spesso sprovvisti di specifiche competenze nel settore⁶⁹. Queste persone risultano scarsamente indipendenti, sia perché sono oggettivamente interessate a continuare la propria carriera, sia perché non godono dell'autorevolezza necessaria ad imporre la propria visione.

⁶⁷ Sul necessario coinvolgimento di almeno una parte dell'opposizione, ma anche del Governo, nella nomina dei componenti delle autorità sia consentito rinviare a M. Manetti, *Poteri e garanzie (autorità indipendenti)*, in M. Cartabia, M. Ruotolo (a cura di), *Potere e Costituzione*, Giuffrè-Lefebvre, Milano, 2023, 796 ss. Favorevole a questa modalità di nomina è anche G. Napolitano, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.* 2012 n. 3, 236.

⁶⁸ Questa forma di nomina è stata introdotta dalla l. n. 675 del 1996 per il Garante per la protezione dei dati personali, ed è stata estesa ai membri dell'AGCom (ma non al Presidente) dalla legge istitutiva n. 249 del 1997.

⁶⁹ L.F. Minervini, D. Piacentino, *The Selection of Regulators, or the Political Economy of Regulation in Italy*, in *L'industria* 1/2021, 123 ss., contano 22 casi di membri tendenzialmente inadeguati a svolgere le loro funzioni sul numero complessivo di 32 componenti considerati. Sulla scarsa qualità delle nomine nelle autorità indipendenti v. anche M. Clarich, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?* in *Riv. reg. merc.* 1/2018, 1 ss.

Del resto in un solo caso – la Commissione di garanzia per lo sciopero nei pubblici servizi e la salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati – il legislatore ha previsto che non possano essere chiamati a farne parte “i parlamentari e le persone che rivestano altre cariche pubbliche elettive, ovvero cariche in partiti politici, in organizzazioni sindacali o in associazioni di datori di lavoro, nonché coloro che abbiano con i suddetti organismi ovvero con amministrazioni od imprese di erogazione di servizi pubblici rapporti continuativi di collaborazione o di consulenza”⁷⁰.

Quanto alla contiguità con le imprese regolate, ha fatto scalpore la deliberata violazione della norma che vieta ai membri delle autorità di regolazione dei servizi pubblici di accettare impieghi nelle società regolate per un termine di quattro anni (oggi ridotti a due) dopo la scadenza del mandato⁷¹. Si tratta del “caso Meocci”, nel quale la RAI ritenne di proporre alla carica di direttore generale un componente appena scaduto di AGCom (in precedenza dipendente della stessa RAI). Per spiegare come e perché tale nomina fosse illegittima è stata necessaria una pronuncia del Consiglio di Stato, dove veniva acclarato che “la duplice ratio di tale norma risiede, da un lato, nell'esigenza di evitare che l'esercizio della carica sia inquinato anche solo dal sospetto di future utilità personali, e, dall'altro, nella volontà di scongiurare l'eventualità che la peculiare esperienza e le relazioni maturate dai componenti delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità durante lo svolgimento dell'incarico possano essere utilizzate, dopo la cessazione dell'incarico stesso, da imprese operanti nei rispettivi settori al fine di trarne utili e vantaggi incompatibili con la trasparenza e la parità della competizione nel mercato. Ed infatti, le sanzioni, di entità ragguardevole, sono previste sia a carico degli ex componenti delle Autorità che a carico degli imprenditori che abbiano violato il divieto”⁷². In seguito la Corte dei Conti, supportata dalla Cassazione, ha stabilito che chi tale nomina aveva deliberato andasse incontro a responsabilità erariale⁷³.

Dopo alcuni anni il legislatore ha previsto l'incompatibilità successiva per i componenti e i dirigenti della Consob, dell'Isvap (ora Ivass), nonché della Banca d'Italia, riducendone peraltro la durata a due anni⁷⁴. Non ha colto però l'occasione per generalizzare il divieto, così che alcune autorità indipendenti ne sono tuttora esentate.

Quanto, infine, alla contiguità con la politica, si segnalano le nomine di parlamentari in carica o addirittura di membri dell'Esecutivo. La tendenza a condizionare le scelte operate dai

⁷⁰ Art. 12 comma 2 della legge n. 146 del 1990.

⁷¹ La legge n. 481 del 1995, art. 2 comma 9, nel testo originario stabiliva che “per almeno quattro anni dalla cessazione dell'incarico i componenti delle Autorità non possono intrattenere, direttamente od indirettamente, rapporti di collaborazione, di consulenza o di impiego con le imprese operanti nel settore di competenza”.

⁷² Così Cons. St. sez. VI 30 novembre 2007 n. 341.

⁷³ Cass., Sez. Un., ord. 22 dicembre 2009 n. 27092 ha affermato che “compete al giudice contabile la giurisdizione in ordine alle azioni di responsabilità amministrativa esercitate per ottenere il risarcimento dei danni che si assume essere stati cagionati alla s.p.a. RAI - Radiotelevisione italiana da componenti del suo consiglio di amministrazione e da dipendenti della stessa società e degli enti pubblici azionisti, in seguito alla nomina del direttore generale”. Ciò in quanto la RAI, a differenza della generalità delle società a partecipazione pubblica, presenta secondo la Suprema Corte natura sostanziale di ente assimilabile ad una amministrazione pubblica.

⁷⁴ L'art. 2 comma 9, cit. è stato modificato dal d.l. n. 90 del 2014. Questo ha altresì inserito l'art. 29-bis nella legge n. 262 del 2005, secondo il quale all'Isvap e alla Banca d'Italia l'incompatibilità si applica per un periodo non superiore a due anni.

membri delle autorità, grazie alle prospettive di carriera, e a promuovere coloro che sono sembrati più affidabili, si può desumere dalla ricorrente nomina di persone che erano già state componenti della stessa o di altra autorità. Esempio della prima situazione è il caso di un commissario Consob che è rimasto in carica complessivamente tredici anni, prima come membro e poi come presidente. Esempio della seconda il passaggio di un commissario AGCom all'Antitrust e di un altro all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici. Il legislatore ha cercato di intervenire dapprima limitando la rinnovabilità del medesimo incarico⁷⁵ (previo allungamento della sua durata⁷⁶), e in seguito la possibilità di migrare dall'una all'altra autorità (che è tuttavia ancora lecita, previo un intervallo di decantazione)⁷⁷.

Importante è anche considerare che il Parlamento decide imprevedibilmente se richiedere la previa presentazione delle candidature o se invece farne a meno⁷⁸. Questa alternanza ha riguardato ad esempio AGCom, un'autorità molto appetita dai partiti, perché vigila sui media in generale e sulla propaganda elettorale in particolare. La nomina spartitoria che è stata malauguratamente introdotta per i quattro Commissari ha contribuito a ingenerare la convinzione che i nominati siano fiduciari della parte che li ha eletti: il ricorso a pressioni informali, come le telefonate per perorare una certa decisione, risulta del resto dalla cronaca⁷⁹.

In ogni caso, l'unica a tenere costantemente accesi i riflettori su queste fattispecie è stata la stampa. L'intervento delle Camere non si è avuto sino a quando non sono scoppiati scandali epocali⁸⁰, così come non si è avuta se non in casi estremi la richiesta di dimissioni⁸¹ (ma non la revoca per conclamata violazione dei doveri d'ufficio).

In tempi ordinari il Parlamento non sorveglia le autorità: la presentazione delle relazioni alle Camere si risolve in una occasione celebrativa dei loro successi, ed eventualmente nella individuazione di difetti della legislazione vigente, ma mai nella critica alle *policy* seguite.

D'altra parte lo stesso legislatore si dimostra pronto ad intervenire in soccorso delle autorità, quando queste subiscono un trattamento di maggiore severità da parte della giurisprudenza. Quando è stato riconosciuto il diritto al risarcimento del danno ai risparmiatori ingannati da prospetti non veritieri, la legge è intervenuta a limitare la responsabilità civile ai casi

⁷⁵ Art. 23 comma 3 del d.l. n. 201 del 2011.

⁷⁶ Art. 47-quater del d.l. 31 dic. 2007 n. 248 conv. in l. 28 feb. 2008 n. 31 ha allungato a sette anni il mandato di Consob, Garante privacy, Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (ma non dei membri della Commissione di garanzia per lo sciopero, che a norma di legge rimangono oggi in carica per un mandato di sei anni, in compenso rinnovabile).

⁷⁷ L'art. 22, comma 1, del d.l. n. 90 del 2014, come convertito in l. n. 11 del 2014, dispone che i componenti, alla cessazione dall'incarico, non possono essere nuovamente nominati membri di una autorità indipendente, a pena di decadenza, per un periodo pari a cinque anni.

⁷⁸ Cfr. L.F. Minervini, D. Piacentino, in *lavoce.info*, 7 settembre 2020.

⁷⁹ V. ad es. L. Roberto, *Così la maggioranza usa l'Autorità per logorare l'ad della RAI*, 24 febbraio 2023, *ilfoglio.it*.

⁸⁰ La l. 12 luglio 2017 n. 107 ha istituito una Commissione parlamentare d'inchiesta al fine di accertare eventuali responsabilità delle Autorità di vigilanza nell'insolvenza di alcuni istituti bancari.

⁸¹ Così è avvenuto per il Governatore della Banca d'Italia Fazio dopo lo scandalo legato all'italianità delle banche, nonché per il presidente della Consob Nava. Questi era giunto alla guida della Consob dopo aver ottenuto un comando triennale dalla Commissione europea, anziché l'aspettativa: tale circostanza gli è stata contestata dal Governo, sino a spingerlo alle dimissioni nel settembre 2018.

di dolo e colpa grave⁸²; e quando i tribunali hanno iniziato a sindacare le pronunce di archiviazione con le quali AGCM decide di non procedere contro una determinata impresa, la legge è intervenuta a precisare che l'Autorità può scartare insindacabilmente i casi che non rientrano tra le proprie priorità⁸³.

Al di là del merito di questi interventi, che possono forse ritenersi ragionevoli, è il circuito dei controlli che sembra non funzionare adeguatamente: laddove pare evidente che il tutore degli interessi dei consumatori e utenti dovrebbe essere in primo luogo il Parlamento, mentre oggi lo è il giudice, con tutti i limiti che la supplenza giudiziaria porta con sé.

9. La ricomposizione del modello: l'accountability verso l'alto e verso il basso

La disciplina delle autorità e della loro indipendenza nel nostro ordinamento presenta parecchie lacune, o questioni interpretative, che il legislatore ha lasciato aperte.

Per un lungo periodo queste sono state risolte facendo rinvio al modello della *insulation*, che da un lato non ha impedito il ricorso a forme di influenza/interferenza politica, dall'altro ha comportato diversi handicap: è stata trascurata l'importanza, a monte, della investitura unitaria o "ultramaggioritaria" che non nega la politicità, ma piuttosto limita il carattere maggioritario delle scelte spettanti alle autorità; è stata altrettanto trascurata l'importanza (a valle) del procedimento di consultazione, in virtù del quale gli interessati possono criticare i provvedimenti in cantiere, e l'autorità deve in risposta fornire la motivazione delle proprie scelte.

Per gli stessi motivi è stata ritenuta inutile, se non dannosa, la vigilanza parlamentare, che è indispensabile invece per mantenere il legame tra la rappresentanza popolare e l'esercizio di poteri autoritativi che sono molto penetranti nei confronti dei diritti e delle libertà costituzionali⁸⁴. L'attenuarsi di questo legame è d'altronde la causa della critica populista alle autorità indipendenti, che le considera semplicisticamente emissari dei "poteri forti" nazionali e sovranazionali.

Per giungere a superare l'assetto che era basato non tanto sull'indipendenza di giudizio, quanto sulla completa autosufficienza dell'autorità, è stato necessario accantonare la classificazione, proposta in origine, tra autorità di garanzia e autorità di regolazione⁸⁵. In effetti oggi si riconosce tranquillamente che sia AGCM sia il Garante dei dati personali (le due autorità paragonate più direttamente alla magistratura) sono titolari di poteri che vanno ben

⁸² Cfr. l'art. 24 comma 6-bis della l. n. 262 del 2005.

⁸³ Cfr. il già cit. art. 12, co. 1-ter, d.lgs. n. 185 del 2021: "L'Autorità può non dare seguito alle segnalazioni che non rientrano tra le proprie priorità di intervento". Cfr. F. Sclafani, *La responsabilità civile delle autorità indipendenti nelle funzioni di regolazione e vigilanza dei mercati: molti interrogativi e poche certezze*, in *Riv. reg. mercati* 1/2017, 1 ss.

⁸⁴ Come ha notato M. Cuniberti, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2007, le autorità indipendenti sono pur sempre un'espressione dell'autorità, che si contrappone all'esercizio dei diritti e delle libertà.

⁸⁵ G. Amato, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645-664.

aldilà dell'*adjudcation*, ovvero della mera applicazione imparziale della legge, in quanto si tratta di poteri latamente discrezionali, ivi inclusi veri e propri poteri normativi⁸⁶.

In tal modo la dottrina è giunta finalmente a dare il giusto valore al controllo parlamentare⁸⁷, che al di là delle rituali relazioni annuali, da un lato, e i picchi di attenzione in coincidenza con l'emersione di scandali, dall'altro, dovrebbe consentire regolari audizioni nelle quali vengano discusse con le autorità le loro strategie più significative. Né vale opporre che il Parlamento non potrebbe mai essere abbastanza informato per svolgere tale controllo, perché l'esempio statunitense, inglese e il più vicino francese ci mostrano che non è affatto impossibile seguire passo passo le evoluzioni delle autorità⁸⁸.

Il controllo parlamentare è d'altronde indispensabile al fine di contrastare il rischio di cattura da parte dei poteri privati, che tanti mezzi hanno a disposizione per influire sulle scelte delle autorità. A tal fine è disponibile non solo il canale di comunicazione ufficiale rappresentato dalle consultazioni, dove le imprese possono primeggiare sulle associazioni dei consumatori approfondendo immensi capitali nelle consulenze tecniche. Esiste anche il collegamento, forse più efficace, costituito dai *pantoufleurs*, gli esperti provenienti dai settori regolati, che inevitabilmente rimangono legati agli ambienti di origine⁸⁹.

Va tenuta presente, infine, la nuova temperie determinata in rapida successione dalle crisi finanziarie, sanitarie, climatiche, belliche, all'interno della quale è maturato il nuovo interventismo dello Stato, facendo strada all'idea che tutti i soggetti pubblici siano tenuti a rispettare una gerarchia di interessi fissata a livello nazionale e/o europeo⁹⁰.

A questa stregua la soggezione delle autorità alla vigilanza parlamentare diventa ancora più essenziale⁹¹; e si conferma la validità di un modello che non le veda arroccate nell'autoreferenzialità, ma pronte a giuocare nel confronto con le istanze provenienti dall'alto e dal basso il proprio capitale di competenza e di autorevolezza.

⁸⁶ Es. il già cit. regolamento AGCM sull'istruttoria in materia di pubblicità ingannevole; i provvedimenti generali coi quali AGCM stabilisce i casi in cui la sanzione può non essere applicata per la qualificata collaborazione prestata dalle imprese all'accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza (art. 15-bis l. n. 287 del 1990); i regolamenti con cui il Garante privacy disciplina le modalità dei propri procedimenti, le linee guida relative alle misure organizzative e tecniche, l'approvazione delle Regole deontologiche professionali (art. 154, 154-bis, 156 D.Lgs. n. 196 del 2003).

⁸⁷ V. ora F. Cintioli, *Il pensiero giuridico di Giuseppe Morbidelli. Le a.a.i. ieri e oggi*, in *Costituzione e pubblica amministrazione* (a cura di G. Cerrina Feroni), Bologna, Il Mulino 2020, 151 ss.; E. Bruti Liberati, *Le autorità indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*, in *An. giur. econ.* 2020 n. 1, 67; D. Crocco, *Independent Agencies in Italian Legislation: the Phenomenon*, in D. Crocco, G. Neri, E.M. Piccirilli (eds.), *Authorities as a Model of Economic Governance in EU Member States*, Napoli Jovene 2022, 5 ss.

⁸⁸ Sul Parlamento britannico v. T. Prosser, *op. cit.*, 316 ss.. Il Parlamento francese ha dedicato tantissimo spazio a questo tema, incaricando diversi esperti di svolgere ricerche a tutto campo. Di fatto, la produzione accademica è stata assorbita nelle relazioni assai voluminose presentate alle Camere: v. i *Rapports* curati da P. Gélard nel 2006, da R. Dozière e C. Vanneste nel 2010, da J. Mézard nel 2015, che sono infine sfociati nella legge di riforma n. 2017/55, recante *Statut général des autorités administratives indépendantes*.

⁸⁹ I. Boucobza, *op. cit.*, 139 ss.

⁹⁰ Cfr. G. Amato, *Bentornato, Stato, ma*, Bologna, Il Mulino, 2022; P. Gerbaudo, *Controllare e proteggere*, Milano, nottetempo 2022; A. Boitani, *L'illusione liberista*, Bari-Roma, Laterza, 2021.

⁹¹ Ritengono ammissibile e doverosa la soggezione agli indirizzi generali degli organi politici E. Bruti Liberati, *op.cit.*, 55 ss.; S. Foa, *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura dal mercato*, in *Dir.amm.* 2020, 765 ss., 804.