

Sabino Cassese

**L'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel “sistema”
delle autorità indipendenti¹**

1. Un esordio felice
2. Caratteristiche ricorrenti
3. L'erosione
4. Le tensioni
5. Ascesa e declino?

¹ Schema della relazione al convegno organizzato dalla Fondazione Einaudi su “L'antitrust italiano: vent'anni di esperienza”, Roma, 26 novembre 2010

1. Un esordio felice

Chi ha raccontato le vicende della genesi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha ricordato che la funzione di tutela della concorrenza doveva, secondo le proposte di tutti i componenti delle due commissioni ministeriali preparatorie, essere affidata ai giudici. Vi fu, ad un certo punto, chi osservò che il sistema giudiziario era in affanno e che conveniva ricorrere ad una autorità quasi – giurisdizionale. Attecchì così, in Italia, l'idea di autorità che fossero amministrative e indipendenti nello stesso tempo, idea estranea al diritto dell'epoca, ritenendosi che una autorità amministrativa non potesse essere indipendente dal governo e che un corpo indipendente non potesse avere natura amministrativa.

Negli anni '90 si sono registrati molti eventi, che elenco rapidamente: si sono sviluppate altre autorità, anche di natura diversa (di regolazione, non di aggiudicazione); i confini della figura – ammesso che vi sia una figura unitaria e che possa parlarsi di un “sistema” di autorità indipendenti - sono divenuti più incerti; si è andati alla ricerca delle radici culturali e politiche del modello (trovandole nell'Inghilterra vittoriana e poi negli Stati Uniti dell'inizio secolo XX); si sono riscontrate conferme nella diffusione del tipo organizzativo in altri Paesi europei, specialmente Regno

Unito e Germania; si sono nutrite speranze in una sua espansione; con l'impianto concettuale proprio della vecchia dogmatica, si sono moltiplicati i tentativi di attribuire natura unitaria a un fenomeno che nasce e si sviluppa differenziato; si è accumulata una enorme letteratura, sproporzionata alla limitatezza dell'esperienza, ma non alle speranze da essa suscitate.

2. Caratteristiche ricorrenti

Le autorità indipendenti nate in Italia nel decennio finale del XX secolo hanno alcune caratteristiche ricorrenti (non tratti comuni), che elenco.

Operano, innanzitutto, in aree in cui è prevalente il diritto europeo su quello nazionale, per cui trovano in un dato extra-statale la loro forza o legittimazione principale. La normativa comunitaria contribuisce anche a definire funzioni e modalità operative delle autorità indipendenti (ad esempio, il Regolamento 1/2003 per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato). Per questo motivo, sono un fattore di disaggregazione dello Stato.

Sono separate, in secondo luogo, dall'apparato amministrativo e monofunzionali, per cui non debbono né porsi problemi di coordinamento amministrativo, né operare ponderazioni di interessi pubblici configgenti. In questo senso contribuiscono alla frammentazione dello Stato.

Terzo tratto: sono sottratte all'influenza diretta del governo, nel senso che i titolari non sono nominati da esso, oppure che nel senso che esso non può dar loro direttive. A questo fine, i titolari hanno una durata nella carica che va oltre quella normale della legislatura parlamentare e il finanziamento è parzialmente autonomo (a carico dei "regolati"). Rompono, quindi, l'unità della funzione amministrativa.

Vi sono preposti, in quarto luogo, collegi, per assicurare decisioni ponderate. Escono, quindi, dal normale modello amministrativo, di tipo monocratico.

Operano, in quinto luogo, con procedure partecipate, in cui predominano l'obbligo di informare, quello di ascoltare e quello di motivare, tra di loro strettamente connessi. Mimano, quindi, il processo giudiziario.

Infine, svolgono funzioni o di regolazione o di aggiudicazione, non comunque redistributive. Dunque, per esse il principio di legalità opera in modo diverso.

Queste sei caratteristiche ricorrenti, messe insieme, forniscono una prova della conclusione per cui le varie specie di autorità hanno potuto attecchire in un momento storico di cosiddetta “debolezza della politica”. Un sistema politico nel pieno della sua forza non avrebbe acconsentito a vedersi sottrarre tante aree di influenza.

3. L’erosione

Al decennio felice è seguito quello dell’erosione. Innanzitutto un ritorno aggressivo della politica, resa più forte da nuovi sistemi elettorali, più diretto rapporto elettori – eletti, personalizzazione, ha fermato lo sviluppo delle autorità indipendenti (non ne sono state costituite di nuove e per nuove funzioni, come la sicurezza nucleare o la valutazione, la trasparenza e l’integrità delle amministrazioni pubbliche, si è fatto ricorso a organismi parzialmente indipendenti di altro tipo), ha sottoposto a condizionamenti di vario tipo l’attività di quelle esistenti, ha introdotto nuovi tipi di “cursus honorum”, dalla politica alle autorità indipendenti e dall’una all’altra autorità.

In secondo luogo, una sordità delle corti chiamate ad esercitare la “judicial review” sulle autorità indipendenti, sulle quali esse hanno continuato ad esercitare l’”hard look” a cui fanno ricorso nello scrutinare la normale attività amministrativa (senza riconoscere la diversa natura delle autorità e il diverso modo di operare del principio di legalità) ha costruito un muro rigido intorno alle autorità.

In terzo luogo, si è registrata una perdita di fini delle autorità stesse. La loro forza stava nel carattere monofunzionale. Ma esse sono state tentate dal desiderio di aggiungere altri compiti (ad esempio, la tutela del consumatore accanto a quella della concorrenza). E, contraddittoriamente, aspirano a trovare un appoggio nel riconoscimento di una natura giurisdizionale che aprirebbe la strada del rinvio alla Corte costituzionale.

Infine, vi è stata una erosione interna, dovuta alla raggiunta maturità. Questa è derivata principalmente dalle strutture di “staff”. Il personale è stato attratto inizialmente da buone retribuzioni e da ottime possibilità di carriera. Successivamente, le retribuzioni non hanno avuto progressioni sufficienti e le carriere sono state rallentate o bloccate dalla stesa distribuzione gerarchica del personale.

4. Le tensioni

Alle contraddizioni del passato – in particolare quella tra l'indipendenza delle autorità e la rinnovata aggressività della politica – si aggiungono nuove tensioni.

Le autorità sono cresciute – come rilevato – anche grazie all'”aggancio” europeo. Ma questo, che ha dato loro legittimazione e forza, costituisce, sul lungo periodo, un fattore di indebolimento. Infatti, in sede europea, ormai all'azione concertata si sta sostituendo il metodo delle decisioni collettive. Ciò comporta la costituzione di autorità di secondo grado, di cui quelle nazionali sono sia elemento costitutivo, sia terminale operativo. Con la conseguenza che l'indipendenza si riduce rispetto alla sede europea. Le autorità nazionali divengono base della rete, esecutori rispetto al vertice che esse contribuiscono a legittimare.

Una seconda tensione deriva dalla crisi economica. Questa non sposta solo fuori dello Stato una grande massa di decisioni. Non riporta solo in auge la politica. Richiede anche l'opera di organismi “pro-active”, più che “re-active” (come sono in larga misura le autorità, anche per il loro modo di procedere procedimentalizzato e partecipato). Sposta quindi

l'accento sugli organismi esecutivi o politici, che non incontrano vincoli sulla loro azione, sia per quanto riguarda l'iniziativa, sia per quanto riguarda il processo di decisione.

Una terza tensione è quella che deriva dalla competizione che si è sviluppata tra le autorità, per la difesa di competenze o per l'acquisizione di compiti nelle zone di confine, oppure per la spartizione di risorse.

5. Ascesa e declino?

Nel breve ventennio della loro vita, le autorità indipendenti hanno attraversato una fase di nascita e sviluppo, una di crisi. Alcune si sono consolidate individualmente, ma l'insieme si è indebolito. Non se ne sono aggiunte altre. Le differenziazioni hanno contribuito alla mancata costituzione di un "sistema" di autorità indipendenti.

C'è da chiedersi se quella delle autorità indipendenti sia un'esperienza che si apre e si chiude nel breve volgere di venti anni, un capitolo giunto al termine, oppure se essa possa riavviarsi, in condizioni diverse. Sono moderatamente ottimista. In diversi contesti potranno svilupparsi altre autorità, perché non ne è cessato il bisogno. Ma mi pare

difficile illudersi che esse riescano a “fare sistema”, a divenire predominanti, secondo la formula svedese.