

## **IL POSTO DEI POTERI INDIPENDENTI NELL'ORDINAMENTO**

Sabino Cassese\*

### **1. Crisi dell'unità dello Stato, crisi della sua sovranità economica, ordini ultranazionali**

Due sono i temi sui quali vorrei svolgere qualche riflessione. Il primo riguarda la crisi dell'unità degli Stati e del controllo governativo degli apparati pubblici. Conseguenze di questa crisi che, a un mondo affollato di Stati e di governi nazionali, se ne aggiunge ora un altro, affollato di autorità indipendenti.

Il secondo tema riguarda le implicazioni della caduta delle barriere nazionali e dell'apertura dei mercati, sul controllo statale dei mercati. Dall'erosione della sovranità degli Stati consegue che a regole statali si sostituiscono discipline bilaterali, multilaterali e sovranazionali.

La crisi dell'unità degli Stati e quella della loro sovranità economica convergono verso un risultato unitario, la costituzione di ordini ultranazionali, costituiti in rete piuttosto che in gerarchie.

Due avvertenze. Prima: considerato lo stato degli studi, queste riflessioni sono poco più di una esplorazione incoativa, tanto per cominciare. Seconda: tutt'e tre i fenomeni si svolgono così rapidamente, sotto i nostri occhi, che, per queste riflessioni, potrebbe ripetersi, con Eraclito, entriamo e non entriamo nello stesso fiume.

### **2. La frammentazione degli ordinamenti statali**

Comincio con il primo tema, quello della crisi dell'unità dello Stato. La frammentazione dei poteri pubblici è uno dei più importanti problemi degli ordinamenti moderni. Negli ordinamenti unitari, l'istituzione e, poi, la moltiplicazione degli enti

---

\* Ringrazio Claudio Franchini per i commenti a una prima versione di questo scritto

pubblici nazionali e l'affacciarsi di figure ibride, costituite da organismi semi-pubblici, ha tolto il sonno ai cultori dello Stato. Ma anche nelle "state-less societies", pur essendo diverso il punto di partenza, il moltiplicarsi degli organismi pubblici non riconducibili al governo centrale ha posto problemi non indifferenti.

Si può dire, dunque, che il policentrismo degli ordinamenti generali pone oggi, sia pure con intensità diversa, alcuni problemi comuni. Il primo di questi è quello delle definizioni. Prima si è trattato di definire ente pubblico. Poi, la figura dell'ente pubblico è entrata in crisi e, ormai, si riconosce che ve ne sono tante nozioni quanti sono gli enti (o le categorie di enti). Poi si è fatto ricorso a parole composte, come l'inglese "quango" (quasi - autonomous - non governmental - organisations), per indicare istituti appartenenti a generi diversi.

Il secondo problema è quello della individuazione del settore pubblico non statale e delle sue dimensioni. Il numero e la varietà degli organismi che ne fanno parte ha reso particolarmente difficile questo compito. L'insufficienza delle categorie tradizionali da includere nel "parastato" ha condotto ad individuare anche nuove terminologie, come quella, per l'appunto, di "settore pubblico".

Il terzo problema non è conoscitivo, bensì operativo o gestionale: si tratta della riconduzione all'indirizzo del governo (e degli altri organi rappresentativi) del mondo vario dei poteri pubblici non statali. Riconduzione difficile perchè questi sfuggono, per la loro stessa natura, al coordinamento e ai controlli.

Il quarto problema è quello dell'"accountability": a chi rispondono questi organismi? All'elettorato, alle comunità locali, ai cittadini?

Le difficoltà sono accresciute dalla scarsa comparabilità "cross-nations" della straordinaria crescita dell'ordinamento parastatale e della conseguente frammentazione degli ordinamenti unitari. Basti ricordare soltanto che la disciplina della concorrenza è in molti paesi affidata ad organismi indipendenti, ma, invece, negli Stati Uniti, è affidata alla "Antitrust division", che ha festeggiato i 60 anni nel 1994 e, nell'Unione Europea, ad uno dei commissari e, cioè, all'esecutivo. Ciò dovrebbe far riflettere sulla relatività delle scelte e delle qualificazioni giuridiche fatte dai diversi ordinamenti.

### **3. I poteri indipendenti**

L'introduzione delle autorità indipendenti ha ulteriormente complicato la situazione.

Innanzitutto, mai tanto potere normativo è stato "delegato" dal parlamento (si usa la formula statunitense della "delegated legislation", anche se essa è impropria). Si può dire che si assiste, negli ordinamenti moderni, ad una dualizzazione del potere normativo, una parte del quale viene conservata dal parlamento, mentre un'altra parte viene attribuita ad autorità indipendenti (anche se non tutte queste hanno, poi, potere normativo). Si tratta di un fenomeno non sconosciuto. Infatti, vi è una tendenza parallela a dualizzare il potere amministrativo, dividendo indirizzo e controllo, da un lato, e gestione, dall'altro, i primi due attribuiti al governo e il secondo alla dirigenza amministrativa.

In secondo luogo, il regime della designazione e della nomina (parlamentare) dei titolari delle autorità indipendenti, la durata del loro mandato, l'assenza di subordinazione alle istruzioni dell'autorità governativa e il regime delle incompatibilità, hanno posto il governo fuori del circuito del potere di decisione attribuito alle autorità indipendenti. A queste è affidato, in via esclusiva, un compito nel quale i governi non possono intervenire. Il parlamento, nel "delegare" il potere normativo a corpi indipendenti, conserva il controllo su di essi, nominandone i titolari. Questi, poi, operano in piena indipendenza anche nei confronti del parlamento (a differenza delle agenzie americane). Questa duplice indipendenza mira ad assicurare un'altra indipendenza, quella nei confronti dei poteri economici sottoposti a controllo.

La conseguenza è che viene mutato l'ordinamento tradizionale che vedeva l'amministrazione inserita nell'apparato esecutivo. In questo senso, una parte della pubblica amministrazione sfugge al governo, non è collegata alla sua struttura "gerarchica". Di conseguenza, non si applica neppure il principio della responsabilità ministeriale (un principio proprio del parlamentarismo inglese, fatto proprio, tra gli altri paesi, dall'Italia), perchè il governo è fuori gioco nelle materie affidate alle autorità indipendenti.

Il terzo motivo per il quale l'introduzione delle autorità indipendenti ha ulteriormente complicato la frammentazione dei poteri, deriva dalla forma giudiziaria in cui si svolge la loro attività. La circostanza che ad esse è attribuito il compito di proteggere settori sociali sensibili, ovvero interessi degni di tutela e, normalmente, costituzionalmente rilevanti (circostanza che non va sopravvalutata, perchè, negli ordinamenti moderni, non esistono funzioni che, per la loro stessa natura, debbano essere gestite in modo indipendente, così come non esistono funzioni che, per la loro stessa natura, debbono essere attribuite ai giudici) richiede che l'attività venga svolta nelle forme proprie del processo. Di qui lo strumentario complesso delle autorità indipendenti, che agiscono applicando i principi propri del giudice, quali la contestazione degli addebiti, l'audizione delle parti, l'obbligo di motivazione, i poteri strumentali di indagine e di ispezione, i poteri sanzionatori e così via.

Da questo breve elenco delle caratteristiche dei poteri indipendenti si comprende che la loro istituzione sfida i principi più riveriti degli ordinamenti moderni.

Innanzitutto, il principio della unitarietà organizzativa o di azione dei poteri pubblici. Con le autorità indipendenti vengono stabilite nuove procedure di creazione del diritto e, quindi, diversificati i produttori di norme. Inoltre, viene ribadito il principio che non tutti gli uffici pubblici si riconducono a una persona giuridica e che l'entità soggettiva Stato, nel diritto interno, esprime soltanto una parte dell'organizzazione pubblica, per cui - come osservato da Mario Nigro qualche decennio fa, con riferimento al Consiglio di Stato, alla Corte dei conti e ai notai - al di fuori dell'apparato personificato si muovono, nell'ordinamento giuridico, numerosi uffici e complessi di uffici che non sono in una "no man's land", ma costituiscono la Repubblica come organizzazione globale della comunità nazionale.

In secondo luogo, viene posto in dubbio il principio di democraticità degli ordinamenti, in quanto i componenti delle autorità non sono posti sotto il controllo degli elettori, ma, come per i sacerdoti, i saggi, gli esperti e i giudici, ci si rimette alle loro conoscenze e alla loro misura.

In terzo luogo, viene posto in dubbio il principio della tripartizione dei poteri. Infatti, le autorità indipendenti dispongono sia di poteri normativi, sia di poteri

amministrativi, sia, infine, di poteri giurisdizionali. Al contrario, chi ritiene che i poteri debbano essere sempre distribuiti tra apparati (tra questi i critici nordamericani delle agenzie nella "progressive era", che si rifiutavano di riconoscere l'esistenza di un quarto potere), giunge alla facile conclusione che le autorità indipendenti facciano parte dell'apparato esecutivo, rientrino cioè, nella pubblica amministrazione. Si fa così l'errore di attribuire le autorità indipendenti ad uno dei tre poteri, accettando il dogma che tutto ciò che non è giurisdizione e legislazione, è amministrazione. Un errore - questo - che si trova riflesso nella stessa espressione, di origine francese, "autorità amministrative indipendenti".

Da ultimo, le autorità indipendenti mettono in dubbio il modello dei rapporti tra governo e parlamento proprio dei sistemi parlamentari. In questi, a differenza dei sistemi presidenziali, il governo è, per così dire, figlio del parlamento, ma lo controlla anche, spettando ad esso, per lo più l'iniziativa legislativa e potendo esso controllare l'attività legislativa del parlamento, attraverso la maggioranza che lo sostiene e così via (per questo motivo, in passato, si è insistito sulla natura di "comitato direttivo del parlamento", propria del governo). Con l'istituzione delle autorità indipendenti, una o più aree vengono a sfuggire al governo, perchè il parlamento finisce per controllare l'intera materia, dalla normazione all'esecuzione. Per questo motivo, le autorità indipendenti non sono affatto poteri amministrativi. Esse fanno parte del diritto costituzionale e rappresentano, storicamente, un'alternativa al governo economico costituito dalla pianificazione (mentre nella pianificazione le prescrizioni sono finalistiche e le responsabilità risalgono al governo, nel modello "regulating business by independent commission" le prescrizioni sono condizionali e le responsabilità sono proprie di autorità indipendenti). Le autorità indipendenti, dunque, si inseriscono tra i poteri statali a livello costituzionale, rappresentando un temperamento di quello che nell'Ottocento veniva definito mostruoso connubio di democrazia e centralizzazione. In termini moderni, potrebbe dirsi che l'organizzazione distribuita o divisa dei poteri rappresenta una correzione, sotto il profilo organizzativo, della concentrazione prodotta dalla democrazia.

#### **4. Le reazioni degli ordinamenti**

Il sistema delle autorità indipendenti non è scevro da difetti e inconvenienti. I principali sono tre. Il primo è quello costituito dalla "balcanizzazione" dell'esecutivo e dal circolo vizioso che viene a costituirsi, settore per settore, tra opinione pubblica, parlamento e regolatori o garanti. Per cui viene a mancare un elemento di razionalizzazione e di uniformità intersettoriale, che prescindendo dalle caratteristiche di questa o quest'altra area.

Il secondo inconveniente è quello costituito dall'assenza di coordinamento e, in particolare, dai conflitti che possono sorgere tra le autorità. Poiché queste non operano né distanti l'una dall'altra, né in isolamento, la soluzione dei conflitti che possono sorgere tra di loro pone il seguente dilemma: o le autorità sono in grado di risolverli in forma pattizia, oppure occorre far ricorso ad una autorità superiore che non può essere se non il governo, con la conseguenza, però, di diminuire l'indipendenza delle autorità.

Il terzo inconveniente è quello - già rilevato all'inizio - della "accountability". Se le autorità sono affidate ad esperti, occorre che questi siano anche saggi. Ed abbiano anche la saggezza di comprendere i propri limiti. Senza le due doti, occorreranno correzioni dall'esterno e, quindi, limitazioni dell'autonomia. Oltre a tali dati, occorre, dal punto di vista istituzionale, assicurare la "visibilità" e "leggibilità" dei poteri indipendenti: solo se essi sono una "casa di vetro" saranno davvero "accountable".

A questi inconvenienti si aggiunge l'orientamento proprio degli ordinamenti pubblici fondati sulla tradizione dello Stato unitario a ricondurre le autorità indipendenti nel novero delle amministrazioni pubbliche riducendo un corpo nuovo, non ascrivibile, come rilevato, a nessuno dei tre poteri tradizionali, ad uno solo di essi. Questo orientamento è così forte da coinvolgere anche i paesi che vengono annoverati tra le "state-less societies". Ad esempio, negli Stati Uniti, dove l'esperienza delle autorità indipendenti è lunga ed, anzi, prevale, nel potere pubblico centrale, la frammentazione sull'unità, nella Corte suprema, Scalia ha sostenuto la concezione unitaria del potere presidenziale e qualcuno rinverdisce la "non delegation doctrine", che era andata declinando dopo il "New Deal" (i critici affermano che quello dell'unità dell'esecutivo è

un mito, perchè il sistema dei "checks and balances" presuppone non l'unità o l'uniformità, ma la frammentazione e la diffusione dei poteri).

La vicenda più completa, in questo senso, è quella francese. Una volta istituite le autorità indipendenti (le prime risalgono al periodo 1941-1972; un'accelerazione si è avuta nel 1973-1978; altre autorità sono state istituite dal 1982 in poi), ci si è interrogati sulla loro natura e sulle conseguenze dello spossessamento del governo nelle materie loro affidate. Dal 1982, sull'argomento ha avuto modo di pronunciarsi almeno una decina di volte il "Conseil constitutionnel". Questo si è preoccupato delle funzioni di sovranità attribuite ad autorità indipendenti e della sottrazione - che con le autorità indipendenti si realizza - del potere del governo di determinare e condurre la politica nazionale. Di conseguenza, l'organo francese di giustizia costituzionale ha riconosciuto poteri di decisione e sanzionatori alle autorità, ma a costo di una attenuazione della loro indipendenza e del loro inquadramento nel sistema amministrativo. Così le autorità indipendenti hanno finito per essere canalizzate nell'amministrazione pubblica, l'indipendenza minimizzata, il potere normativo riconosciuto, ma non parificato a quello legislativo, e l'attività sottoposta a controllo giurisdizionale. Da ultimo, alle autorità indipendenti è stata negata la natura di istanza costituzionale.

Da ciò si evince che il Consiglio costituzionale - e dal 1987, anche il "Conseil d'Etat" - è rimasto prigioniero dei principi tradizionali ed ha finito per ancorare all'amministrazione e sottoporre al giudice amministrativo le autorità indipendenti, rendendo precaria e vulnerabile la loro posizione politica e costituzionale.

L'esempio più caratteristico di questa reazione dei poteri indipendenti tradizionali (il giudice costituzionale e amministrativo) ai nuovi poteri indipendenti è costituito dalla vicenda dell'impugnativa degli atti dell'autorità della concorrenza alla Corte di appello di Parigi. L'impugnativa fu motivata dal legislatore con l'argomento che, in Francia, l'autorità giudiziaria ordinaria è giudice dei rapporti economici (fin da Napoleone è anche giudice delle vicende che attengono alla proprietà, essendo ad esse rimessa l'espropriazione). Così si spiegò che una parte del contenzioso amministrativo venisse affidata al giudice ordinario. Ma il "Conseil constitutionnel", con la decisione n. 86-224 DC, del 23 gennaio 1987, ha dichiarato incostituzionale la legge, sostenendo che il riparto delle competenze non è rimesso al legislatore, ma fa parte dei principi

fondamentali. Una legge successiva, infine, non impugnata al giudice costituzionale, ha conferito nuovamente alla Corte di appello di Parigi la giurisdizione sulle decisioni dell'autorità.

L'ordinamento francese - peraltro - è regolato dall'articolo 20 della Costituzione del 1958, secondo il quale il governo dispone dell'amministrazione. Si tratta di una norma ben più ampia di quella contenuta nell'articolo 95 della nostra Costituzione, ispirata - come si è rilevato - al principio inglese della "ministerial responsibility". In Italia, poi, questo principio risulta già attenuato dal decreto legislativo n. 748 del 1972 e ancor più dal decreto legislativo n. 29 del 1993. Questi hanno attribuito alla dirigenza amministrativa, come funzioni proprie, i compiti di gestione. Dunque, il ministro e il Consiglio dei ministri potranno essere responsabili dell'indirizzo e del controllo, non della gestione. Se poi si aggiunge che, per le autorità indipendenti, il governo non partecipa neppure alla scelta dei titolari e non può dare direttive, si comprende che le premesse istituzionali, in Italia, sono completamente diverse.

Tuttavia, anche in Italia si registrano reazioni preoccupanti all'istituzione delle autorità indipendenti. Reazioni che vedono ancora una volta protagoniste le autorità indipendenti della prima generazione, la Corte dei conti e il Consiglio di Stato. La Corte dei conti perchè essa pretende di assimilare le autorità indipendenti ad un qualunque ufficio amministrativo e, quindi, in violazione delle norme di autonomia e di indipendenza, pretende il rispetto di norme che hanno una duplice caratteristica, di essere di origine statale e di essere dettate per uffici facenti parte della pubblica amministrazione.

Quanto al giudice amministrativo, esso applica alle autorità indipendenti gli stessi canoni di controllo giudiziario che adopera per le amministrazioni statali. Non si vuole qui affrontare il problema delle implicazioni della natura non amministrativa delle autorità indipendenti in relazione all'articolo 113 della Costituzione (punto di vista non sollevato e non considerato nelle decisioni n. 419 e n. 435 del 1995 della Corte costituzionale). Ma non si può non riconoscere che la scelta particolare dei titolari delle autorità, sia per quanto attiene i requisiti, sia per quanto riguarda le procedure, il regime delle incompatibilità, le forme giudiziarie in cui si esplica la loro azione; l'indipendenza ad esse attribuite, richiederebbero almeno un atteggiamento di "self-restraint" da parte del

giudice amministrativo. Un atteggiamento che il giudice amministrativo ha, in molte circostanze, avuto, relativamente ad altri corpi (ad esempio, limitando, in passato, il proprio esame delle scelte delle commissioni di concorso per la nomina di professori universitari, sulla base del riconoscimento dell'altissima discrezionalità di cui la commissione doveva usufruire). Un atteggiamento che, i giudici hanno anche in altri ordinamenti: basti pensare che dei dieci ricorsi rivolti nei confronti di atti dell'inglese "Monopolies and mergers commission" nel periodo 1948-1992, sei si sono conclusi in senso favorevole alla commissione.

Per considerare questo ultimo tema, non bisogna dimenticare due profili, uno storico-comparativo, uno genetico. Il primo riguarda gli Stati Uniti, dove Landis, nel difendere l'istituzione delle agenzie indipendenti, rilevava che le relative funzioni non avrebbero potuto essere conferite ai giudici, "jacks of all trades and masters of none", perchè questi non potevano garantire interventi efficaci in materie così tecniche. La stessa considerazione fu fatta nella fase della genesi di alcune autorità indipendenti italiane (ad esempio, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato). Dunque, le autorità indipendenti sono nate come alternativa all'affidamento al giudice di talune funzioni. Come pensare, ora, che possano essere sottomesse interamente ad esso? D'altra parte, lo stesso Consiglio di Stato ha ammesso, in modo significativo, che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato "è un organo dotato di specifica competenza e collocato dalla legge in una posizione d'imparzialità assimilabile a quella di un giudice" (Commissione speciale, 22.6.1995, n. 51).

Alle reazioni della Corte dei conti e del Consiglio di Stato si aggiungono quelle degli altri apparati amministrativi, e specialmente del Tesoro. Questi, valendosi di norme generali e uniformi (ad esempio, norme del 1923 sulla contabilità, del 1975 sul parastato, del 1979 sulla contabilità degli enti pubblici, del 1990 sul procedimento, del 1993 sul personale, del 1994 sul controllo), che hanno ricondotto ad unità fenomeni o materie prima eterogenei o eterogeneamente regolati (ad esempio, rapporti tra organi di vertice ed organi di gestione), cercano di far valere per le autorità indipendenti regole generali, quali la separazione dei compiti del collegio e di quelli della struttura (specialmente dirigenza); la determinazione dei carichi di lavoro, la rideterminazione degli organici e le assunzioni; il blocco temporaneo delle assunzioni; l'applicazione diretta della legge sul procedimento amministrativo e così via.

## **5. La cooperazione internazionale e sovranazionale**

Veniamo, ora, più brevemente, al secondo tema, relativo alle implicazioni della perdita di sovranità economica degli Stati.

I dati sono noti: dal 1947, il volume del commercio mondiale si è decuplicato; gli investimenti esteri, nei soli anni '80, sono cresciuti quattro volte più velocemente del prodotto mondiale e tre volte il commercio mondiale.

Altrettanto nota è la diagnosi: la globalizzazione e le interconnessioni internazionali producono una deterritorializzazione delle attività economiche. Gli stati, che operano su territori delimitati, finiscono per essere spiazzati.

Meno studiate le implicazioni di questo fenomeno e i modi in cui i poteri pubblici cercano di risalire la china. L'implicazione principale è un'asimmetria tra economia e Stato: come è stato osservato, da un lato, vi sono nazioni senza ricchezza; dall'altro, ricchezza senza nazioni.

Quanto ai modi in cui i poteri pubblici cercano di risolvere questo squilibrio, essi possono riassumersi in quattro. Il primo è quello della cooperazione tra autorità di diverse nazioni, disposta da leggi nazionali. Il secondo è quello della cooperazione tra autorità di diverse nazioni, disposta da accordi bilaterali. Il terzo è quello della cessione di compiti statali a organismi ultranazionali, costituiti in base ad accordi multilaterali. Il quarto è quello di organismi sovranazionali, che assorbono funzioni statali, sottoponendo alle proprie decisioni gli organismi statali.

Esaminiamo brevemente i diversi tipi. Il primo consiste in obblighi di collaborazione, cooperazione, scambio di informazioni. Si tratta di obblighi stabiliti, di regola, a condizione di reciprocità, sia nell'ambito di ordinamenti generali sovranazionali (come l'Unione Europea), sia al di fuori di questi. Sono diretti ad estendere l'operatività di autorità nazionali, fuori del territorio nazionale. Sono disposti da leggi nazionali, ma producono effetti in rapporti tra uffici pubblici di Stati diversi. Stabiliscono legami tra uffici di Stati diversi, più forti di quelli che corrono tra l'ufficio e lo Stato di

appartenenza: basti ricordare la norma, relativa al riciclaggio, per cui il segreto d'ufficio, che va rispettato nei rapporti nazionali, non si applica nei rapporti ultranazionali, con le autorità di altri Stati.

La normativa più ampia, in Italia, è quella relativa alla Commissione nazionale per le società e la borsa-Consob, per la quale ben quattro leggi, il decreto legge dell'8 aprile 1974, n. 95, la legge del 23 marzo 1983, n. 77, la legge del 2 gennaio 1991, n. 1 e la legge del 15 maggio 1991, n. 157, prevedono obblighi di questo tipo. Anche la disciplina relativa all'Autorità garante della concorrenza e del mercato prevede forme di cooperazione (articoli 1.2 e 3 e 10.4 della legge n. 287/1990), ma solo del tipo inquadrato in ordini sovranazionali: infatti, l'Autorità nazionale "intrattiene con gli organi delle Comunità europee i rapporti previsti dalla normativa comunitaria in materia".

Questo tipo di cooperazione potrebbe avere un grande sviluppo se venisse accolta la proposta, in corso di discussione, di impiego coordinato delle leggi nazionali della concorrenza. Tale utilizzazione presuppone il mutuo riconoscimento delle leggi della concorrenza e richiede o la non applicazione della legge nazionale o la messa a disposizione dei propri poteri, da parte dell'autorità nazionale, a favore dell'autorità nazionale di altro paese. Nel primo caso, la legge nazionale è recessiva; nel secondo, dotata di ultrattività.

Il secondo tipo di cooperazione è più noto, perchè consiste in accordi bilaterali, tra stati: ad esempio, quelli tra Stati Uniti e Germania, tra Stati Uniti e Canada, relativi alla concorrenza. Ma anche qui possono registrarsi fatti nuovi. Uno è l'accordo tra Stati Uniti e Unione Europea, sulla concorrenza: qui una delle parti è, a sua volta, ordinamento generale comprendente più Stati e deve, a sua volta, assicurare l'integrazione dei diritti statali in quello dell'Unione. L'altro fatto nuovo è costituito dalla moltiplicazione di contatti e di quasi accordi bilaterali, ma non tra Stati, bensì tra autorità indipendenti. Queste sfruttano, da un lato, la loro indipendenza dagli Stati; dall'altro, l'omogeneità ed unità ultranazionale dei settori controllati e degli interessi protetti, per acquisire una propria, diretta capacità nei rapporti internazionali.

Il terzo tipo è quello della cooperazione multilaterale, particolarmente efficace quando dà luogo a stabili organismi ultranazionali. Un esempio è quello recente

dell'Organizzazione mondiale del commercio, sviluppatasi dal GATT, i cui membri sono passati da 23 nel 1947, a 80 nel 1971, a 85 nel 1981, a 123 nel 1994.

Nell'ambito del GATT (e ora dell'Organizzazione mondiale del commercio) si discute da tempo della possibilità di redigere una legge mondiale sulla concorrenza, fondata sul rispetto di soglie semiautomatiche per definire i limiti alla concorrenza, o di assicurare un'armonizzazione delle leggi nazionali, in modo da stabilire, almeno per i tratti essenziali, un modello comune. Ma queste proposte incontrano una difficoltà: esse sono discusse nell'ambito di un organismo che si interessa degli Stati, non delle imprese (salvo che la loro azione sia determinata dagli Stati) e che si preoccupa degli strumenti, non degli effetti economici che producono.

Il quarto tipo di cooperazione è ancora più stretto. Consiste nell'allargamento delle frontiere, grazie all'istituzione di organismi sovranazionali. Ma, se così gli Stati riguadagnano in parte quel controllo sull'economia che avevano perso, cedono, contemporaneamente, funzioni e poteri alle autorità sovranazionali e si riducono a terminali operativi di questi ultimi.

## **6. Reazioni e conseguenze della cooperazione**

La crescente cooperazione, nelle sue tanto diverse forme, provoca reazione di vario genere. Di queste, due sono importanti.

La prima è quella culturale, di chi, abbarbicato all'idea di Stato, riduce tutto questo fiorente mondo di relazioni ultrastatali, a prodotto dello Stato, sostenendo che esso è il frutto di sue autolimitazioni. Chi ragiona in tal modo, però, non si rende conto che c'è una differenza tra la fase genetica e quella dello sviluppo: quegli stessi rapporti che si stabiliscono in virtù di autolimitazioni degli Stati, si sviluppano, poi, per forza propria, e finiscono per imporsi agli Stati.

La seconda è quella istituzionale: i governi - almeno quelli che funzionano - preoccupati per le tendenze centrifughe, costituiscono e, poi, moltiplicano organismi di coordinamento, per tenersi al corrente di un'attività che si svolge sempre più nell'arena internazionale. In effetti, il risultato di quest'intrico di linee settoriali che collegano parti

di stati corrisponde all'immagine del potere pubblico nell'Inghilterra vittoriana che John Stuart Mill presentava a un suo interlocutore francese, il quale così ce lo ha riportato: "nous avons divisé à l'infini les fonctions administratives et les avons rendues independantes les unes des autres".

Più interessanti le conseguenze di questa crescente cooperazione. Essa non produce certo un governo mondiale, una "kosmopolis", bensì un mondo di rapporti fittissimi, ordinati in rete. Da un punto di vista strutturale, questo ha un basso livello di istituzionalizzazione. Da un punto di vista funzionale, è prevalentemente fondato su procedure di negoziazione e su trattative. Dominano interferenze, sovrapposizioni, complementarità. Al mondo degli Stati, retti dalla gerarchia, si sostituisce quello delle reti transtatali, rette dalla interdipendenza. Per esse può ripetersi quanto osservava Alexis de Tocqueville, nel 1835, sull'organizzazione pubblica inglese: "ce sont des lignes qui se croisent en tout sens, un labyrinthe".

Giraudoux ha osservato una volta che il diritto è la migliore scuola dell'immaginazione. Ecco una buona palestra dove esercitare schiere di giuristi.

## **IL RUOLO DELL'AUTORITÀ GARANTE NELLA PROMOZIONE DELLA CONCORRENZA**

Marcello Clarich

### **1. Cenni alla cultura della concorrenza e del mercato in Italia**

La cultura della concorrenza e del mercato non ha in Italia una tradizione consolidata. Molti fattori hanno infatti concorso in passato a relegare in posizione tutto sommato marginale il ruolo del mercato quale meccanismo regolatore dei rapporti economici.

Tra di essi si possono enumerare almeno i seguenti: il ritardo con il quale il nostro Paese ha avviato nel secolo scorso il processo di industrializzazione e la conseguente necessità di un coinvolgimento diretto o indiretto dello Stato finalizzati a innescare il circuito virtuoso anche attraverso misure protezionistiche a favore dell'industria nazionale nascente; la prevalenza di orientamenti ideologici e politici favorevoli, variamente, al protezionismo, alla nazionalizzazione, alla collettivizzazione dell'economia, a una visione solidaristica dei rapporti economici, al dirigismo economico spinto fino a all'inserimento organico degli operatori economici in un ordinamento di tipo corporativo; il forte divario tra aree economicamente sviluppate nel Nord e aree depresse del Sud e la conseguente adozione da parte dello Stato di ambiziosi programmi di intervento a favore del Mezzogiorno.

Un inizio di inversione di tendenza si è avuto soprattutto in seguito all'inserimento dell'Italia nel processo di unificazione europea. Gli obblighi imposti dal Trattato di Roma istitutivo della CEE e via via esplicitati nei regolamenti e nelle direttive comunitarie emanate nei vari settori (sistema creditizio, appalti, eccetera) hanno costretto il nostro Paese ad accettare, sia pur in ritardo e con riluttanza, il principio della concorrenza. Anche l'avvio negli anni Novanta del processo di privatizzazione delle imprese pubbliche, che ancor oggi in Italia dominano molti settori industriali, ha rappresentato una via obbligata in presenza di un atteggiamento degli organismi comunitari sempre più critico e sospettoso nei confronti dei cosiddetti aiuti di Stato, cioè delle forme di sostegno diretto o indiretto da parte dei pubblici poteri a favore di imprese

pubbliche nazionali che alterano la concorrenza all'interno della Comunità. Le privatizzazioni hanno reso più urgente l'adozione di strumenti volti a evitare che, specie nel settore dei servizi di pubblica utilità, alla situazione di monopolio pubblico subentri una situazione di monopolio privato.

Fattasi strada, sia pur a fatica, l'idea di aprire il nostro sistema economico ai principi della concorrenza, è emersa con maggior urgenza la necessità di introdurre regole generali e apparati volti a garantire il corretto funzionamento del mercato nel quadro di una tutela degli interessi pubblici ritenuti prevalenti. Da qui l'origine della legge 10 ottobre 1990 n. 287, emanata riprendendo i modelli normativi varati da tempo in gran parte dei paesi più sviluppati e recepiti anche nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea.

## **2. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato all'interno della tipologia delle autorità amministrative indipendenti**

Tratteggiato il contesto generale nel quale si inserisce la disciplina antitrust, va chiarito come essa, fondata su pochi divieti generali che hanno come destinatari le imprese più che su regole analitiche di comportamento degli operatori, acquisti il significato di una regolamentazione minimale che è coesistente, al pari del principio dell'autonomia contrattuale, al concetto stesso di libero mercato.

La normativa antitrust non va peraltro assimilata ad altri tipi di intervento pubblico nelle attività economiche volti a correggere i cosiddetti "fallimenti del mercato", come per esempio i regimi di controllo dei prezzi, i sistemi di autorizzazione, e vigilanza su particolari tipi di imprese (banche, assicurazioni, imprese radiotelevisive, public utilities, eccetera). Queste e altre forme di intervento dei pubblici poteri si giustificano, sotto il profilo teorico, solo nelle ipotesi in cui la normativa antitrust non è in grado di assicurare da sola un corretto funzionamento del mercato (per esempio in presenza dei cosiddetti monopoli naturali).

Alla diversità strutturale delle discipline corrisponde necessariamente un ruolo diverso che rivestono gli apparati preposti all'applicazione delle medesime. All'interno del genere delle cosiddette autorità amministrative indipendenti (o, più propriamente, per

connotare la loro estraneità all'amministrazione intesa in senso tradizionale, autorità indipendenti), la collocazione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato istituita dalla legge 10 ottobre 1990 n. 287 va distinta nettamente da quella degli enti cosiddetti di disciplina di settore (Banca d'Italia, Isvap, Consob, eccetera, agenzie di regolazione dei servizi pubblici).

Va riconosciuto senz'altro il fatto che anche quest'ultimi, in quanto non più vincolati a indirizzi governativi e a un'ispirazione di fondo improntata al dirigismo economico, hanno la funzione di concorrere ad assicurare la massima concorrenzialità dei mercati regolati compatibile con la tutela di interessi pubblici prevalenti (tutela di depositanti, dei risparmiatori, dei sottoscrittori di polizze assicurative, eccetera). Tuttavia, può accadere che questi apparati tendano a privilegiare, specie nelle fasi economiche recessive, gli obiettivi della stabilità dei soggetti regolati contribuendo a garantire ad essi, attraverso politiche regolative mirate, un equilibrio tra costi e ricavi basato su un sistema di concorrenza imperfetta.

Anche per questa ragione, all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che ha comunque una visione globale della struttura dei vari mercati e delle interrelazioni tra essi, che non è legata a un rapporto privilegiato con particolari tipi di imprese e che agisce in stretto raccordo con la Commissione CE, deve essere attribuito un ruolo primario nella promozione e nella tutela della concorrenza.

### **3. L'attività consultiva e di segnalazione come strumento per promuovere la cultura della concorrenza**

Tra gli strumenti a disposizione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per promuovere la concorrenza all'interno del sistema economico italiano, ce ne sono alcuni che possono apparire a prima vista meno incisivi, ma che in una visione di lungo periodo possono contribuire a creare e rafforzare quella cultura della concorrenza e del mercato della quale fanno difetto nel nostro Paese non solo ampi settori di imprese, ma anche gran parte della classe politica e burocratica.

Essi consistono essenzialmente nel potere di segnalazione al Parlamento e al Governo dei casi nei quali gli effetti distorsivi della concorrenza dipendono da

disposizioni di legge o di regolamento o da provvedimenti amministrativi generali (art. 21 della legge n. 287), nel potere consultivo in ordine a iniziative legislative o regolamentari (art. 22) e nelle indagini conoscitive di natura generale nei settori economici nei quali il meccanismo della concorrenza non funziona in modo corretto (art. 12, secondo comma).

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato attraverso questi strumenti svolge un ruolo per così dire didattico e di diffusione della cultura della concorrenza, promuovendo l'eliminazione di vincoli normativi che producono effetti distorsivi e prevenendo l'introduzione di ulteriori normative non conformi ai principi di un'economia di mercato aperta al valore della concorrenza impostici ora anche dalla Comunità europea.

Dal punto di vista politico-istituzionale, l'Autorità finisce per fungere per così dire da correttivo alle degenerazioni del sistema parlamentare che, sotto la spinta di gruppi organizzati elettoralmente significativi, tende a produrre una legislazione che crea situazioni di privilegio e di tutela di particolari categorie di operatori economici in deroga ai principi della concorrenza.

Quasi nessun settore della legislazione amministrativa vigente - formatasi per stratificazioni successive in epoche nelle quali l'intervento dello Stato anche nelle forme più intrusive nella libertà di iniziativa economica privata (regimi concessori e autorizzatori di tipo discrezionale, atti di pianificazione e programmazione quantitativa dell'offerta di servizi, eccetera) veniva visto con favore - supera indenne un esame volto ad appurare se le restrizioni alle regole della concorrenza siano giustificate solo da ragioni di interesse pubblico obiettivo e se, per tutelare tali interessi, esistano strumenti di intervento alternativi che producono effetti meno distorsivi della concorrenza.

Le funzioni di monitoraggio della legislazione, specie di quella in itinere, non sembrano peraltro porsi in contraddizione con il carattere neutrale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e non la costringono a entrare nell'agone politico. Infatti, l'Autorità è investita dalla legge n. 287 di una "missione" circoscritta e ben individuata (la tutela e la promozione della concorrenza), che ormai trova un fondamento specifico nelle disposizioni, di rango equiparabile a quello costituzionale, contenute nel Trattato di Maastricht che obbliga gli Stati membri a perseguire una politica economica

condotta conformemente "al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza" (art. 3A del Trattato). Al pari di altri apparati pubblici serventi rispetto a un valore oggettivo predeterminato, l'Autorità è tenuta a perseguirlo prescindendo da ogni altra considerazione di opportunità politica in senso lato.

Da questo punto di vista, l'Autorità Garante della Concorrenza del Mercato è pienamente assimilabile ad altre istituzioni neutrali di più lunga tradizione e concepite come correttivi necessari al processo politico democratico. Tra di esse ricoprono un ruolo particolare le banche centrali, tenute a perseguire il fine oggettivo (in taluni ordinamenti addirittura scolpito nella Costituzione e ormai imposto a tutti gli Stati membri dal Trattato di Maastricht) di garantire la stabilità della moneta contro i rischi di politiche inflazionistiche della maggioranza di governo che possono compromettere l'equilibrio di lungo periodo della collettività.

Proprio nella consapevolezza di dover restare neutrale rispetto ai processi politici, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha in particolare manifestato un'opposizione decisa nei confronti di due disegni di legge governativi presentati nel 1995 in Parlamento in materia di par condicio nelle campagne elettorali e in materia di incompatibilità e di conflitto di interessi tra incarichi governativi e titolarità di imprese. In una segnalazione ai presidenti dei due rami del parlamento (segnalazione del 27 febbraio 1995) l'Autorità ha espresso l'opinione che i disegni di legge in questione rischiano di compromettere la fisionomia e il ruolo dell'Autorità. Come si legge nella segnalazione, l'Autorità "è istituzionalmente estranea a tutte le materia che hanno diretto riferimento all'attività politica. Renderla competente al riguardo può avere comprensibili e gravi effetti negativi, che in un domani potrebbero alterarne le funzioni, alterare le aspettative in ordine alla nomina dei suoi componenti, modificare insomma il contesto in cui essa lavora, con grave pregiudizio per le sue attuali, positive caratteristiche".

La piena libertà di critica nei confronti delle leggi vigenti e di quelle in itinere e nei confronti degli altri provvedimenti normativi e amministrativi del governo attribuita a un organismo di natura essenzialmente tecnica, qual è appunto l'Autorità, consente di mettere a nudo le responsabilità del governo e del parlamento anche dinanzi all'opinione pubblica nei casi in cui il processo politico si pieghi alle pressioni di interessi di parte e

produca decisioni (o ometta di eliminare regole anticompetitive) che, violando il valore della concorrenza, danneggino in ultima analisi i consumatori.

Significativa a questo riguardo è la disposizione contenuta nell'art. 21, terzo comma, in base alla quale l'Autorità può pubblicare le segnalazioni e i pareri nei modi più congrui in relazione alla natura e all'importanza delle situazioni distorsive. Il filo diretto che così si instaura tra Autorità e opinione pubblica (attraverso i mezzi di comunicazione di massa) tende in definitiva a migliorare e a rendere più trasparente il processo democratico.

#### **4. L'attività di segnalazione e consultiva nei primi cinque anni di funzionamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato**

Inquadrata in termini generali l'attività di segnalazione e consultiva dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, è possibile analizzare più da vicino la prassi in materia nei primi cinque anni di attività del nuovo organismo.

Un primo dato, di per sé stesso significativo, è costituito dalla tendenza all'aumento nel corso degli anni dell'attività di segnalazione e consultiva ai sensi degli articoli 21 e 22 della legge n. 287. Si passa infatti dai 3 casi nel 1992, agli 11 casi del 1993, ai 15 casi nel 1994, ai 31 casi nel 1995 e nei primi tre mesi del 1996. Vero è che anche per gli altri tipi di competenze esercitate dall'Autorità (intese restrittive della concorrenza, abusi di posizione dominante) è rilevabile un aumento sensibile del numero delle istruttorie avviate, tuttavia con riguardo all'attività di segnalazione e consultiva la progressione è molto più accentuata. Sembrerebbe dunque che l'Autorità dedichi maggior attenzione e un crescente impegno organizzativo a un'attività che a prima vista potrebbe essere considerata di importanza secondaria rispetto al nucleo più tipico dei poteri attribuiti anche in altri paesi agli organismi preposti alla concorrenza.

Un secondo elemento che emerge dalla prassi di questi anni è l'estensione progressiva della tipologia di atti nei confronti dei quali l'Autorità esercita i poteri di segnalazione e consultivi. Oggetto degli interventi dell'Autorità non sono state soltanto le leggi statali approvate o in corso di approvazione (sotto osservazione sembrano essere soprattutto i disegni di legge governativi che, rispetto agli altri progetti di legge, hanno

più probabilità di completare l'iter parlamentare). Oggetto di segnalazioni e di pareri, richiesti da altri organi o emanati di propria iniziativa, sono stati, variamente, decreti legge in attesa di conversione (per esempio, il decreto legge 29 aprile 1995 n. 132, che riservava il "visto di conformità" delle dichiarazioni presentate dai contribuenti soltanto ad alcune categorie di professionisti, escludendo da tale attività i cosiddetti consulenti tributari); delibere di comitati interministeriali (per esempio, la delibera del CIPE del 13 aprile 1994 in materia di prezzi "consigliati" dei carburanti per autotrazione); bozze di decreti ministeriali attuativi di leggi (per esempio, in tema di servizio radiomobile di dispaccio in tecnica multiaccesso); convenzioni tra ente gestore di un servizio pubblico e ministero concedente (per esempio, schema di convenzione tra ministero dell'Industria ed Enel); leggi regionali (per esempio, in materia di agenzie di viaggio e turismo); delibere comunali (per esempio, delibera della Giunta municipale di Roma in materia di servizio taxi).

In molti casi le segnalazioni hanno avuto per oggetto gli atti normativi, proposti o approvati, di recepimento di direttive comunitarie (per esempio in materia di telecomunicazioni, di farmaci generici, di assicurazioni vita).

Questo tipo di attività di segnalazione e consultiva sembra attribuire all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato un ruolo particolare: quello di garante della conformità dell'ordinamento italiano al diritto comunitario che, per sua ragione intrinseca, è un diritto che tende a promuovere l'apertura dei mercati e, in generale, il valore della concorrenza. Le segnalazioni dell'Autorità che intervengono in relazione agli atti normativi di recepimento di direttive comunitarie possono costituire così quasi un'anticipazione del giudizio che potrebbe essere formulato dai competenti organismi comunitari qualora ne venissero investiti. In taluni casi, l'Autorità ha ufficialmente informato tali organismi della segnalazione in virtù dell'art. 10 quarto comma della legge n. 287, in base al quale l'Autorità è legittimata a intrattenere rapporti con gli organi delle Comunità europee (segnalazione del 9 giugno 1992 in materia di attività riguardanti il gioco d'azzardo). In altri casi, alla segnalazione dell'Autorità, rimasta senza esito in sede parlamentare, ha fatto seguito l'intervento di organi giudiziari nazionali che hanno rimesso in via pregiudiziale ex art. 177 del Trattato CE la questione interpretativa alla Corte di Giustizia CE (segnalazione del 20 maggio 1993 in materia di trasporto di merci su strada).

Il raggio di intervento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nell'attività di segnalazione e consultiva è comunque più esteso rispetto al campo di azione del diritto comunitario.

Emblematica da questo punto di vista è la vicenda della legislazione in materia di commercio improntata, com'è noto, a un sistema di pianificazione della rete di distribuzione e di contingentamento delle autorizzazioni all'apertura di nuovi esercizi commerciali. L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è intervenuta ripetutamente per segnalare gli effetti distorsivi provocati dalla legge 11 giugno 1971 n. 426 a partire dal rapporto sulla "Regolamentazione della distribuzione commerciale e concorrenza", presentato al Presidente del Consiglio dei ministri in base all'art. 24 della legge n. 287, fino alla più recente Relazione annuale sull'attività svolta, presentata il 30 aprile 1995.

La Corte di Giustizia CE, con una pronuncia pregiudiziale ex art. 177 del Trattato CE (sentenza 17 ottobre 1995, II Sez., C.140-141-142/94, *D.I.P. Spa contro Comune di Bassano del Grappa, LIDL Italia contro Comune di Chioggia, LINGRAL contro Comune di Chioggia*) su domanda del Tar del Veneto, ha invece ritenuto il sistema delle autorizzazioni commerciali regolato dalla legge n. 426 perfettamente compatibile con il Trattato CE e in particolare con le disposizioni in materia di accordi tra imprese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante (artt. 85, 86, 30 e 5).

Queste disposizioni, lette in modo congiunto, vietano a uno Stato membro di imporre, agevolare o rafforzare accordi tra imprese lesivi della concorrenza, oppure di delegare ad esse la responsabilità di emanare normative e decisioni in materia economica (sentenze *Van Eycke, Reiff, Delta Schiffahrts und Speditionsgesellschaft*).

Nel caso della legge n. 426, la Corte ha ritenuto però che la normativa nazionale, limitando il numero di esercizi commerciali per ciascun Comune in modo da stabilire un equilibrio tra offerta e domanda non "consegua l'effetto di conferire posizioni dominanti ai singoli commercianti, o all'insieme dei commercianti insediati in un Comune". Né essa ostacola il commercio tra gli Stati membri visto che non opera alcuna distinzione

secondo l'origine delle merci distribuite e comunque gli effetti restrittivi "sono troppo aleatori e indiretti".

La legge n. 426 ha dunque superato il test comunitario, dopo aver superato indenne, com'è noto, anche il referendum abrogativo dell'11 giugno 1995, ma ciò non preclude ulteriori interventi dell'Autorità che, per esempio, avrebbe ben potuto valutare la compatibilità con i principi della concorrenza dei progetti di legge di riforma della materia presentati al parlamento nei mesi antecedenti alla prova referendaria.

Là dove manca per così dire un puntello comunitario l'attività di segnalazione e consultiva, per un verso, appare ancor più preziosa in quanto mira a generare una spinta interna, da parte dei responsabili delle politiche pubbliche nazionali, a favore della concorrenza. Per altro verso, può risultare meno efficace perché rischia di non trovare risposte adeguate da parte del parlamento e del governo.

#### **5. Segue: l'attività di segnalazione e consultiva come attività di "moral suasion" e propositiva**

In questi anni le segnalazioni dell'Autorità hanno assunto in alcuni casi anche un significato più pregnante. Hanno cioè acquistato il valore di una sorta di monito agli interessati, i quali sono messi sull'avviso che, qualora pongano in essere certi comportamenti, con tutta probabilità verranno assoggettati a un procedimento istruttorio finalizzato all'accertamento di violazioni della normativa antitrust e all'applicazione delle sanzioni. Ciò è avvenuto in particolare con la segnalazione del 6 dicembre 1994 in materia di servizio radiomobile analogico (TACS). La prospettiva di una liberalizzazione da parte del CIPE, su richiesta della Telecom Italia, delle tariffe relative alle utenze TACS, secondo l'Autorità avrebbe consentito alla Telecom Italia, monopolista in questo mercato, di definire una struttura di prezzi per il servizio analogico tale da ostacolare la migrazione di quote di utenza TACS verso il servizio GSM nel quale un nuovo gestore (consorzio Omnitel), in base a una convenzione approvata dal Consiglio dei ministri il 30 novembre 1994, si accingeva a entrare insidiando il monopolio della Telecom anche in questo settore. Segnalando dunque l'inopportunità di consentire una liberalizzazione delle tariffe del servizio TACS, l'Autorità ha ammonito la Telecom Italia che, comunque, nel caso di un uso strategico di tali tariffe "sarebbe

difficile per questa Autorità non intervenire, in base alle proprie competenze, per rimuovere le condizioni ostative della concorrenza" (segnalazione del 6 dicembre 1994).

Anche in materia di tariffe per il servizio di pilotaggio nei porti, determinate in via amministrativa, l'Autorità, nel segnalare gli effetti distorsivi derivanti dai decreti ministeriali in materia, conclude specificando che "restano, naturalmente, fermi i poteri conferiti a questa Autorità dal Titolo I della legge n. 287/90 al fine di perseguire ogni comportamento da parte di imprese o associazioni di imprese eventualmente collegato con le previsioni tariffarie di cui ai provvedimenti richiamati e che risulti lesivo delle norme poste a tutela della concorrenza" (segnalazione del 1 giugno 1994)

Anche il potere di avviare indagini conoscitive di tipo generale in settori nei quali vi è un qualche sospetto che il meccanismo della concorrenza non funzioni in modo corretto (art. 12, secondo comma, della legge n. 287), che consiste in un tipo di attività ancor meno formalizzata e meno mirata ai singoli operatori, si presta a essere utilizzato in funzione dell'esercizio di poteri istruttori volti ad accertare la violazione della normativa antitrust. Così, per esempio, a conclusione di un'indagine conoscitiva nel settore dei gas di petrolio liquefatti per riscaldamento, di fronte a una prassi contrattuale generalizzata che imponeva agli utenti l'obbligo di rifornirsi in esclusiva presso un particolare fornitore, l'Autorità, oltre a suggerire l'adozione di modalità contrattuali meno restrittive della concorrenza invalse in altri paesi, conclude la propria analisi nel senso che "nel perdurare dell'attuale situazione, l'Autorità si riserva di esercitare le proprie competenze al fine di garantire la tutela dei principi previsti e disciplinati dalla legge n. 287/90" (indagine conoscitiva conclusa il 2 marzo 1995, con provvedimento n. 2853).

Il modo di operare dell'Autorità in casi come questi rappresenta una sorta di intervento per così dire di "moral suasion", cioè di induzione delle imprese a comportamenti conformi alla normativa antitrust senza ricorrere all'esercizio dei poteri formali a carattere maggiormente autoritativo attribuiti dalla legge n. 287. Si tratta di una tecnica di orientamento dei comportamenti di operatori economici sperimentata soprattutto nell'ambito dell'ordinamento bancario, nel quale l'organo di vigilanza (Banca d'Italia), specie in passato, privilegiava un approccio informale alla regolazione utilizzando solo in casi estremi gli ampi poteri di intervento conferiti dalla legge bancaria del 1936.

Un ulteriore dato che emerge dalla prassi di questi anni è che l'Autorità nell'esercitare i poteri di segnalazione e consultivi non si limita a un ruolo per così dire negativo, cioè di censura generica di provvedimenti normativi e amministrativi lesivi della concorrenza. In molti casi svolge un ruolo propositivo, cioè di indicazione in positivo di modifiche normative da apportare, talora persino sotto forma di emendamento pronto per l'uso.

Per esempio, in occasione di una segnalazione in tema di distribuzione di carburanti per autotrazione, l'Autorità suggerisce, tra l'altro, l'eliminazione del regime concessorio ispirato a una logica di programmazione della rete, l'introduzione di un meccanismo di silenzio-assenso in relazione ai trasferimenti, alle modifiche e ai potenziamenti degli impianti, l'ampliamento delle tabelle merceologiche connesse con l'attività di distribuzione dei carburanti (segnalazione del 7 luglio 1993).

In una segnalazione sullo schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva 90/388/CEE in materia di servizi di telecomunicazione, l'Autorità suggerisce una serie di modifiche puntuali al testo normativo per renderlo più in linea con le esigenze sottese alla direttiva (segnalazione del 18 febbraio 1993).

In un'altra segnalazione avente per oggetto un disegno di legge per la istituzione di un'autorità per la regolamentazione dei servizi di pubblica utilità, l'Autorità oltre a suggerire, per questi nuovi apparati, la dizione "agenzie", anziché "autorità", ritenuta più corretta in quanto si tratta di organi di controllo e di indirizzo delle attività regolate e non organi di garanzia, sollecita una formulazione letterale più chiara di una disposizione sull'ambito di applicazione della normativa antitrust nel settore dei servizi di pubblica utilità e ne propone una in sostituzione di quella contenuta nel disegno di legge (segnalazione del 17 febbraio 1994).

## **6. Gli esiti dell'attività di segnalazione e consultiva**

E' difficile tracciare un bilancio dell'attività di segnalazione e consultiva nei primi cinque anni dell'attività dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Molte segnalazioni hanno avuto una certa eco nella stampa quotidiana e periodica specializzata. Non è possibile tuttavia misurarne con precisione l'impatto, in termini di promozione della cultura della concorrenza, negli operatori e nei responsabili della vita pubblica del nostro Paese.

In concreto, se si va ad analizzare l'esito delle segnalazioni e dei pareri il quadro che ne emerge è piuttosto variegato e spazia dai molti casi nei quali le segnalazioni e pareri non hanno trovato alcun seguito ai casi nei quali il parlamento ha fatto propri i suggerimenti dell'Autorità.

Così è stato, in particolare, il caso delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità in relazione al quale il legislatore, accogliendo uno dei suggerimenti dell'Autorità, ha emendato in sede di conversione il decreto legge 31 maggio 1990 n. 322, in materia di privatizzazioni introducendo una disposizione che subordina la dismissione delle partecipazioni azionarie dello Stato e degli enti pubblici nelle società di gestione di servizi pubblici alla creazione di organismi indipendenti per la regolazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi (art. 1-bis della legge 30 luglio 1994, n. 474).

Anche nel caso di una disposizione del disegno di legge collegato alla legge finanziaria per il 1994 (disegno di legge Senato n. 1508) in tema di rinnovo delle concessioni per l'esercizio delle attività di gestione aeroportuale, la segnalazione dell'Autorità (del 6 novembre 1993) ha avuto un effetto pieno in quanto è stata accolta dall'aula del Senato che ha adeguato la normativa ai rilievi dell'Autorità.

Nel caso del disegno di legge volto a istituire un albo degli amministratori di condomini, già approvato dalla II Commissione permanente della Camera dei deputati, la segnalazione dell'Autorità (del 5 ottobre 1993) ha avuto per effetto l'interruzione dell'iter legislativo.

In una serie di altri casi, le segnalazioni hanno avuto un successo solo parziale.

Così, per esempio, la segnalazione concernente la legge 8 agosto 1991 n. 264 sull'attività di consulenza per la circolazione dei mezzi di trasporto svolta dalle agenzie di pratiche automobilistiche (segnalazione del 7 ottobre 1993) non ha dato luogo alle modifiche normative auspiccate dall'Autorità. Peraltro, il ministro dei Trasporti e della Navigazione, nella sua risposta all'Autorità, si è impegnato a correggere eventuali ingiustificate limitazioni all'espletamento dell'attività di consulenza "in sede di interpretazione del dettato legislativo".

Una segnalazione in materia di trasporto di merci su strada per conto terzi (del 20 maggio 1993), che poneva in evidenza gli effetti distorsivi del decreto legge 29 marzo 1993, n. 82, non è stata accolta dal Senato chiamato ad approvare la legge di conversione. Tuttavia, la Commissione lavori pubblici del Senato ha votato un ordine del giorno che, riprendendo i rilievi dell'Autorità, impegnava il Governo a presentare entro due mesi dall'entrata in vigore della nuova legge, un disegno di legge di riforma del settore volto a liberalizzare gradualmente l'accesso al mercato e la determinazione dei prezzi in conformità alla normativa comunitaria. L'ordine del giorno non ha avuto seguito, anche se, a un anno di distanza dalla segnalazione, è stata presentata una proposta di legge a iniziativa parlamentare che fa esplicito riferimento ai rilievi dell'Autorità (proposta presentata il 3 giugno 1994 A.C. n. 600).

Il Rapporto al presidente del Consiglio dei ministri in materia di regolamentazione delle distribuzioni commerciali citato in un precedente paragrafo è stato tenuto presente dal parlamento in sede di esame di una serie di progetti di legge a iniziativa di vari gruppi parlamentari volti a modificare la legge 11 giugno 1971 n. 426 in modo da evitare il referendum abrogativo. In accoglimento parziale dei rilievi dell'Autorità, il governo ha invece emanato un regolamento per la semplificazione dei procedimenti di autorizzazione all'apertura, ampliamento e trasferimento degli esercizi di vendita e di iscrizione al registro degli esercenti il commercio (REC) (Dpr 18 aprile 1994 n. 384).

Valutata nel suo complesso, l'attività di segnalazione e consultiva dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato sembrerebbe aver già avuto un impatto significativo, forse già maggiore rispetto a quello di altri organismi di tipo consultivo, quali in particolare il Cnel istituito da molto più tempo nel nostro ordinamento e che, in base all'art. 99 della Costituzione, è titolare di un autonomo potere di iniziativa legislativa

e può contribuire all'elaborazione della legislazione economica e sociale. La sensazione è comunque che l'antico vizio di ricercare la protezione dalla concorrenza attraverso normative che creano barriere all'entrata artificiali o che creano altri tipi di distorsioni non sia facile da estirpare. L'attività di segnalazione dell'Autorità sembra tuttavia costituire un argine al dilagare del fenomeno. In sede di un'eventuale revisione della legge n. 287 del 1990, i poteri dell'Autorità in questo campo meriterebbero di essere rafforzati, per esempio, inserendo in modo più organico l'attività dell'Autorità all'interno del procedimento di formazione delle leggi e degli atti del governo.

Nell'ipotesi, poi, discussa negli ultimi tempi, che vengano assunte iniziative concrete per aggiornare la disciplina costituzionale in materia di rapporti economici allo scopo di dotare il nostro paese di una Costituzione economica più in linea con quella di altri Stati membri della Comunità europea, potrebbe essere opportuno introdurre una disposizione che offra all'Autorità una copertura costituzionale espressa, tale da rendere ancor più giustificato e incisivo l'esercizio della funzione neutrale di correttivo alle possibili degenerazioni del processo democratico-parlamentare che si esprime oggi soprattutto nell'attività di segnalazione e consultiva.

**AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI E TUTELA DELLA CONCORRENZA:  
L'ESPERIENZA DEL CONSEIL DE LA CONCURRENCE**

Frédéric Jenny

In Francia nel 1986 è stato abbandonato il controllo dei prezzi ed è stata adottata una nuova normativa a tutela della concorrenza. La nuova legge (legge n. 86-1243 del 1° dicembre 1986 sulla libertà dei prezzi e di concorrenza), pur lasciando immutata buona parte della precedente normativa sostanziale in materia di antitrust, ha introdotto dei significativi cambiamenti istituzionali per quanto riguarda l'applicazione delle norme.

Fino al 1986 l'applicazione del divieto delle intese lesive della concorrenza e degli abusi di posizione dominante era per lo più di competenza del Ministro incaricato degli affari economici. La Commissione per la Concorrenza, un organo amministrativo indipendente composto di funzionari pubblici, uomini d'affari, giudici ed “esperti”, pur avendo voce in capitolo nell'applicazione di queste norme, non aveva la facoltà di comminare multe o ingiunzioni ai trasgressori.

I casi di possibile violazione della legge potevano essere denunciati alla Commissione dal Ministro incaricato degli affari economici, da associazioni professionali o dei consumatori, oppure dalle amministrazioni locali. La Commissione poteva altresì decidere di sua iniziativa di aprire un'indagine, ma doveva limitarsi a esporre il proprio parere al Ministro sull'effettiva violazione dei divieti della normativa sulla concorrenza e sull'ammontare delle sanzioni o delle ingiunzioni da comminare alle imprese o alle organizzazioni professionali coinvolte. Nei casi di più grave violazione della legge, la Commissione per la concorrenza poteva raccomandare al Ministro di rinviare il caso al pubblico ministero per un'indagine penale nei confronti dei soggetti coinvolti.

Sebbene il Ministro non potesse comminare sanzioni o imporre divieti senza avere richiesto o ricevuto il parere della Commissione per la concorrenza, e sebbene fosse vincolato da questo parere, non potendo imporre misure più severe di quelle richieste dalla Commissione, la decisione finale spettava a lui. Il Ministro poteva quindi applicare le misure raccomandate, imporne di meno severe, o addirittura, decidere di non intraprendere alcuna azione.

Nel campo del controllo delle concentrazioni (entrato in vigore nel 1977), il sistema era simile a quello relativo ai comportamenti lesivi della concorrenza; la differenza principale era che solamente il Ministro poteva sollecitare l'indagine della Commissione su una concentrazione (né i terzi, né la stessa Commissione per la Concorrenza potevano iniziare procedimenti contro una concentrazione potenzialmente lesiva della concorrenza).

Se le parti erano insoddisfatte della decisione ministeriale, potevano presentare ricorso contro la decisione alla corte suprema amministrativa (il Consiglio di Stato). Tuttavia tali appelli avevano raramente esito positivo e le parti riconosciute responsabili dalla Commissione per la Concorrenza di avere violato la legge si rivolgevano, con notevole dispendio di tempo ed energie, al Ministro incaricato degli affari economici facendo pressioni affinché questo comminasse sanzioni o ingiunzioni meno elevate di quelle raccomandate dalla Commissione.

Oltre a questo ruolo della Commissione in materia di controllo delle concentrazioni e di applicazione delle norme che vietano le pratiche lesive della concorrenza, la Commissione aveva un ruolo consultivo poiché il Ministro poteva richiedere il suo parere su questioni di carattere generale relative alla concorrenza.

Nel 1986, come ho accennato precedentemente, il sistema per l'applicazione della legge sulla concorrenza è cambiato. I mutamenti più importanti sono stati i seguenti:

a) il Ministro ha ceduto il proprio potere decisionale in materia di divieto delle pratiche lesive della concorrenza al Consiglio per la concorrenza, una nuova autorità amministrativa indipendente che ha sostituito la preesistente Commissione per la concorrenza;

b) la composizione del Consiglio è stata modificata così da assicurarne l'indipendenza. Questo è stato ottenuto escludendo i dipendenti pubblici dal Consiglio e prevedendo l'inserimento di un vasto numero di giudici (appartenenti al Consiglio di Stato, alla Cassazione o alla Corte dei Conti). In base all'articolo 2 della legge 1986, il Consiglio è composto di 16 membri nominati dal Ministro per gli affari economici (7 giudici, 4 esperti, 5 professionisti). Dal 1986, due dei quattro esperti sono stati un professore di diritto ed un avvocato. Quindi, nove su sedici membri del Consiglio per la Concorrenza sono esperti di diritto.

Inoltre, il presidente e i due vice presidenti sono membri a tempo pieno del Consiglio e due di essi sono magistrati. Nessuno dei membri del Consiglio può essere rimosso prima dello scadere del proprio mandato di sei anni.

Infine vengono attribuiti ampi poteri di indagine ai responsabili dei procedimenti del Consiglio (*rapporteurs*), sotto il controllo giudiziario;

c) le decisioni del Consiglio (ordinanze restrittive temporanee o definitive nel caso di comportamenti lesivi della concorrenza) sono appellabili dinnanzi alla Corte d'appello di Parigi (e non più dinnanzi al Consiglio di Stato). Va sottolineato che il Consiglio per la concorrenza deve assumere una decisione, appellabile dinnanzi alla Corte d'Appello di Parigi, su tutti i casi sottoposti alla sua attenzione. Hanno il diritto di presentare ricorso alla Corte d'Appello di Parigi le parti che hanno sottoposto il caso all'attenzione del Consiglio (un privato o il Ministro incaricato degli affari economici) e le parti sottoposte ad indagini. Gli appelli da parte del Ministro incaricato degli affari economici sono abbastanza frequenti;

d) oltre a svolgere il suo ruolo nell'applicazione del divieto di pratiche lesive della concorrenza, il Consiglio deve essere consultato prima che il governo possa imporre dei controlli sui prezzi (i prezzi possono essere sottoposti a controllo solo se il Consiglio ha stabilito che la libera concorrenza non può essere efficace nel particolare settore esaminato), prima che il governo possa attribuire diritti esclusivi a un operatore, limitare l'accesso a una professione o imporre prezzi o condizioni di vendita uniformi e prima che il governo possa impedire una concentrazione o autorizzarla in modo condizionato.

In Francia il Consiglio per la Concorrenza, "autorità amministrativa indipendente", contribuisce al processo decisionale in due modi: primo, può decidere di sua iniziativa di aprire un'indagine in merito a possibili violazioni della legge; secondo, il suo parere è necessario e vincolante nei casi in cui il governo intende imporre controlli sui prezzi.

Queste caratteristiche (in particolare la seconda) indicano che il Consiglio non può essere considerato parte del sistema giudiziario. Vari altri connotati, quali la designazione dei membri del Consiglio da parte del Ministro incaricato degli affari economici o le specifiche procedure da seguire nel corso delle indagini, confermano l'idea che il Consiglio non è un tribunale.

Tuttavia, il Consiglio per la concorrenza ha poteri quasi giudiziari sottoposti al controllo della Corte d'Appello. Questo secondo aspetto è quello che ha portato ai più accesi dibattiti tra i giuristi. Infatti si scontra palesemente con il principio della divisione tra potere esecutivo e potere giudiziario.

Il trasferimento del giudizio di appello contro le decisioni del Consiglio dalla Corte amministrativa alla Corte d'appello civile di Parigi è stato sottoposto al parere della Corte Costituzionale. Con sentenza n. 85-244 del 23 gennaio 1987, la Corte Costituzionale ha ritenuto che il Consiglio fosse un organo amministrativo e che la separazione del potere esecutivo e giudiziario fosse un principio fondamentale sancito dalle leggi della Repubblica francese. Tuttavia ha ritenuto che, nell'applicare questo principio, il legislatore potesse tenere in considerazione i problemi che sorgono in casi particolari in cui i tribunali amministrativi e quelli ordinari possono essere simultaneamente competenti

per l'attuazione di aspetti differenti di una legge e in cui possono sorgere incertezze sul piano giuridico. In tali casi, la Corte Costituzionale ha sostenuto che il legislatore può, per applicare in maniera più efficiente una legge, decidere di assegnare la relativa competenza al tribunale (ordinario o amministrativo) principalmente interessato.

Per quanto riguarda il diritto di concorrenza, la Corte Costituzionale ha osservato che le corti penali e civili erano già responsabili dell'attuazione di determinate norme e che quindi il legislatore poteva decidere di assegnare a esse la competenza relativa ai ricorsi contro le decisioni del Consiglio, così da evitare una possibile divergenza di interpretazione da parte delle corti amministrative, da un lato e di quelle ordinarie, dall'altro.

Quindi il trasferimento del giudizio sui ricorsi contro le decisioni del Consiglio presso la Corte d'Appello di Parigi non è stato considerato contrario ai principi della Costituzione francese.

Da profano, non essendo io un avvocato né un costituzionalista, tre cose mi hanno colpito in questa decisione della Corte Costituzionale:

a) la prima è che il valore del diritto della concorrenza risiede nel fatto di consentire ai mercati di lavorare adeguatamente. Con "adeguatamente" non mi riferisco a un insieme di valori, ma alla teoria economica. Lo scopo della legge antitrust è di promuovere la concorrenza nei mercati, perché la teoria economica ci dice che la concorrenza conduce (nella maggior parte dei casi) all'efficienza nell'allocazione delle risorse e quindi alla crescita economica ed allo sviluppo. In altre parole, la legislazione antitrust è parte integrante della politica economica complessiva tesa a promuovere la crescita economica che è di pertinenza del potere esecutivo.

Ma mentre, di solito, la politica economica implica l'intervento dell'esecutivo nei meccanismi del mercato (come nel caso, per esempio, della pianificazione centralizzata), l'antitrust è una strada alternativa a tale intervento, basata sul principio che il

raggiungimento del benessere globale può essere decentralizzato e affidato, a determinare condizioni, alle transazioni private tra singoli agenti economici che operano liberamente nel proprio interesse individuale. In altre parole, nel contesto della concorrenza, gli agenti economici privati giocano un duplice ruolo: perseguendo i propri interessi, essi contribuiscono ad incrementare il benessere generale.

Quindi, la politica della concorrenza è in larga misura una politica basata sull'uso delle transazioni private per il raggiungimento di risultati macroeconomici.

Poiché gli agenti possono volere stringere accordi o stipulare contratti che porteranno loro dei benefici ma che avranno esternalità negative, la loro libertà di contrarre deve essere limitata, affinché le transazioni private conducano al benessere generale. Il diritto della concorrenza è quindi essenzialmente una limitazione della libertà di contrarre, giustificata da ragioni macroeconomiche.

Riconosciuta la duplice natura delle transazioni economiche (di essere benefiche per le parti contraenti ma anche di poter influenzare positivamente o negativamente il benessere di altri soggetti), l'idea di assegnare il giudizio d'appello ai giudici ordinari in quanto si tratta di coloro cui spetta principalmente la competenza in materia di diritto commerciale, sulla proprietà e sui contratti tra soggetti privati, non sembra poi così strana;

b) la seconda osservazione è che dal fatto che poiché la legge antitrust si basa sulla teoria economica sorgono due problemi specifici:

- primo, dato che la teoria è un'astrazione, una semplificazione della realtà, gli insegnamenti della teoria economica devono essere interpretati in un mondo reale complesso. Piuttosto che dirci se questa o quest'altra azione è o meno lesiva della concorrenza, la teoria economica ci dice quali elementi contestuali devono essere tenuti in considerazione e quale linea di ragionamento deve essere seguita per determinare se una particolare azione sia effettivamente lesiva della concorrenza. Ne segue che le condotte, gli accordi, e così via, che dovrebbero essere proibiti dal punto di vista dell'antitrust, possono essere descritti solamente in termini astratti e generici (come negli

articoli 85 o 86 del Trattato dell'Unione Europea, o nell'articolo 7 e 8 della legge francese del 1986).

-secondo, poiché lo scopo della legge antitrust è di promuovere l'efficienza economica, è solo quando la concorrenza conduce a maggiore efficienza che essa deve essere promossa. Vi sono rari casi (il fatto che siano rari non vuol dire tuttavia che siano meno importanti) nei quali i fallimenti del mercato rendono la concorrenza e l'efficienza incompatibili. Quindi, molte leggi sulla concorrenza prevedono delle eccezioni nel caso in cui pratiche altrimenti lesive della concorrenza contribuiscono al progresso economico.

Tutto ciò implica che è praticamente impossibile applicare una legge efficace sulla concorrenza senza effettuare delle analisi economiche empiriche e senza una interpretazione di concetti economici.

Ora accade che, in molti paesi, i giudici e gli avvocati non siano molto versati nell'analisi economica, la quale deve essere conosciuta in maniera approfondita per poter comprendere e interpretare una legge antitrust.

La mancanza di conoscenza tecnica delle questioni rispetto alle quali un giudice deve esprimersi non è caratteristica solo dell'antitrust. Ad esempio, i giudici affrontano decisioni sulla responsabilità personale riguardo alle azioni dei medici anche senza conoscere la scienza medica. Nel caso del diritto antitrust, tuttavia, si aggiunge un'ulteriore difficoltà: non solo la realtà economica (cioè l'oggetto) è difficile da comprendere, ma lo è anche il significato della legge che, come affermato precedentemente, è scritta in termini generali ed astratti (quali ad esempio "ostacolare la concorrenza" oppure "contributo al progresso economico") privi di un chiaro significato al di fuori dell'analisi economica e non definiti nella stessa legge antitrust.

Il modo tradizionale in cui si sopperisce alla mancanza di conoscenza tecnica da

parte del giudice è attraverso le testimonianze di esperti.

È interessante che nel campo dell'antitrust il modello più comune sia costituito dall'istituzione di un'autorità composta congiuntamente di giudici e di esperti. In tal modo, infatti, la conoscenza tecnica diviene parte integrante di un organo che, de facto se non de iure, ha la responsabilità di giudicare eventuali violazioni alla legge.

Il Consiglio può quindi essere visto in due differenti modi (non necessariamente mutualmente escludentesi): come un'aberrazione o un'anomalia giuridica (come hanno affermato svariati giuristi in Francia), oppure come un organo quasi giudiziario (poiché prende delle decisioni sotto il controllo della Corte d'Appello in base a procedure che assicurano un regolare processo) in cui si integra la conoscenza tecnica e quella giuridica, in maniera tale da poter meglio rispondere alle sfide connesse all'applicazione della legge. Quest'ultima richiede un'integrazione piena dei due tipi di conoscenze, integrazione difficile da ottenere nelle corti ordinarie di grado inferiore.

Contrariamente a quanto argomentato dal professor Cassese, io ritengo che una tale autorità indipendente possa essere efficacemente sottoposta al controllo dei giudici.

Una cosa è, infatti, affermare che a un livello più basso è meglio affidare l'applicazione primaria della legge ad un organo che include esperti di economia e di diritto piuttosto che ad un semplice tribunale, un'altra è affermare che i giudici della Corte d'Appello di Parigi e della Corte di Cassazione non siano efficacemente in grado di controllare le decisioni di questo organo.

c) La terza osservazione è molto breve. E' interessante notare come, probabilmente senza saperlo, la Corte Costituzionale francese abbia giustificato il proprio assenso al trasferimento del controllo sulle decisioni del Consiglio al potere giudiziario con un'argomentazione che per me, in quanto economista, appare prettamente economica e in linea con la logica della legge antitrust.

La Corte Costituzionale francese ha fatto riferimento alla necessità di evitare le possibili divergenze di interpretazione e i problemi che sarebbero sorti dal coinvolgimento di entrambi i tribunali, quello ordinario e quello amministrativo, nel controllo dell'applicazione della normativa antitrust.

Tali difficoltà potrebbero sorgere facilmente, dato che, come ho spiegato, l'applicazione della legge antitrust richiede complesse interpretazioni dei fatti e dei concetti economici e che una legge antitrust non definisce esattamente quello che è proibito e quello che è consentito (permettendo quindi differenti interpretazioni).

Il criterio prescelto dalla Corte Costituzionale francese per consentire il passaggio del controllo sulle decisioni del Consiglio alla Corte d'Appello di Parigi, è empirico: il trasferimento di competenza non era anticostituzionale perché garantiva una migliore efficienza del sistema di giustizia. Questo criterio è ovviamente condivisibile dal punto di vista economico in quanto conforme al principio della riduzione dei costi di transazione, che garantisce una maggiore efficienza del sistema economico.

Ho sostenuto che il sistema francese è, tutto sommato, una creazione empirica (alla quale la Corte Costituzionale ha contribuito) progettata per assicurare una più efficiente applicazione della legge nel campo dell'antitrust. Poiché l'antitrust ci permette di rendere coerente il diritto dei contratti con il perseguimento di obiettivi macroeconomici, la Corte Costituzionale ha riconosciuto che il controllo delle decisioni in materia di antitrust poteva essere affidato alle corti competenti in materia di diritto dei contratti. Poiché la legge antitrust richiede una specifica conoscenza sia giuridica sia economica, l'applicazione in primo grado di questa legge è stata affidata a un organo indipendente, quasi giudiziario, che somma entrambe le conoscenze richieste.

Vorrei, concludendo, illustrarvi come ha funzionato il sistema francese e soprattutto vorrei spiegarvi perché ha funzionato bene.

Chi di voi ritenga che io, nella mia veste di vice presidente del Consiglio per la concorrenza, non sia nella migliore posizione per affermare che il sistema ha funzionato bene, ha ragione. Ma vorrei solo osservare che non sembra esservi nessuna pressione pubblica affinché il sistema venga cambiato. Siamo attualmente cambiando alcuni aspetti della normativa del 1986, ma vi è quasi l'unanimità nel ritenere che le norme di cui al

capitolo III (che istituiscono il Consiglio della concorrenza e definiscono la sostanza delle nostre disposizioni a tutela della concorrenza) debbano rimanere inalterate.

Le ragioni per tanta benevolenza nei confronti del nostro sistema sono che gli operatori economici ritengono che esso combini, in maniera relativamente armoniosa, il rispetto della legge anche negli aspetti procedurali, la pertinenza economica, la trasparenza e la certezza giuridica.

La Corte d'Appello di Parigi (e la Corte di Cassazione) sono state molto attente alle questioni procedurali e si sono impegnate per assicurare che le indagini del Consiglio fossero condotte in conformità con il principio della legalità, del contraddittorio, delle motivazioni per una decisione o sanzione, e così via.

Per quanto concerne la pertinenza economica, vale la pena notare che l'attitudine dei giudici anziani della Corte d'Appello di Parigi, ed in particolare del suo presidente, nel 1987, ha contribuito notevolmente a dare credibilità a questo nuovo sistema. Il presidente della Corte d'Appello, infatti, ha deciso di assegnare un piccolo gruppo di giudici al riesame delle decisioni del Consiglio, così che questi, occupandosi in particolare di antitrust, possano acquisire una competenza specifica in materia di concorrenza. Inoltre ha promosso l'apprendimento di una cultura economica da parte di questi giudici (attraverso seminari condotti da economisti su tematiche relative all'applicazione della legge sulla concorrenza, quali la definizione del mercato, il surplus del consumatore, l'economia dell'integrazione verticale, e così via). Un'idea diffusa tra i membri della Corte d'Appello che si occupavano dell'antitrust era la consapevolezza di dovere essere allo stesso tempo legalmente corretti ed economicamente pertinenti nei propri giudizi.

In altre parole, la Corte d'Appello di Parigi ha rapidamente compiuto i passi concreti necessari per assicurare un efficiente controllo delle decisioni del Consiglio, tenendo ben presente il bisogno di unire conoscenze giuridiche ed economiche, per poter adeguatamente applicare la normativa antitrust. Tali misure non avrebbero avuto successo se al Consiglio non fosse stata attribuita una giurisdizione nazionale per quanto riguarda la sfera dell'antitrust e se la Corte d'Appello di Parigi non avesse deciso di formare un gruppo specifico di giudici per questo settore. Inoltre, la consapevolezza

della Corte in merito alla duplice natura, giuridica ed economica, dell'applicazione della legislazione antitrust, è stata cruciale per favorire sin dall'inizio il buon rapporto di lavoro tra la Corte ed il Consiglio.

Tra il 1987 e la fine del 1994, il Consiglio per la Concorrenza ha preso 551 decisioni, per 186 delle quali è stato presentato ricorso presso la Corte d'Appello di Parigi. Entro il marzo 1994, la Corte d'Appello di Parigi aveva confermato il giudizio del Consiglio per 138 delle 166 decisioni che le erano state sottoposte (83%), pur avendo diminuito o elevato l'entità delle sanzioni inflitte dal Consiglio in 29 casi. Dall'istruzione del Consiglio la Corte ha annullato 13 decisioni e ne ha emendate 15.

La trasparenza nel sistema deriva dal fatto che, non appena un caso viene sottoposto all'attenzione del Consiglio, questo deve prendere una decisione, pubblica e appellabile presso la Corte d'Appello di Parigi. Quindi esso non può esimersi dall'indagare per ragioni di opportunità su di un caso particolare. La certezza che ogni denuncia porterà ad una decisione dopo un opportuno contraddittorio è stata criticata da alcuni poiché impone un elevato carico di lavoro per casi di limitata importanza. Tuttavia questo ha contribuito notevolmente a chiarire che il Consiglio non fa uso di un potere amministrativo discrezionale per decidere se indagare o meno su denunce pertinenti.

Poiché la Corte d'Appello di Parigi ed il Consiglio per la concorrenza hanno una giurisdizione nazionale e hanno sviluppato un buon rapporto di lavoro tra di loro, si è potuta sviluppare una giurisprudenza abbastanza coerente, con un numero di decisioni sufficientemente elevato, cosa che ha permesso di affrontare un ampio numero di questioni relative all'antitrust. Tutto questo, ovviamente, non implica che non vi sia spazio per futuri miglioramenti del sistema.

## **EVOLUZIONE DEI MODELLI ISTITUZIONALI E RUOLO DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI**

Yves Mény

Per riflettere sul ruolo delle autorità amministrative indipendenti è forse opportuno esaminare dapprima quali sono le alternative a disposizione. In effetti, esistono altre due soluzioni oltre alle autorità amministrative indipendenti o alle agenzie.

La prima soluzione tradizionale rientra nell'ordine politico-amministrativo. Ciò significa che talune strutture ministeriali o politico-ministeriali sono responsabili della politica della regolamentazione e della sua applicazione. Una delle difficoltà connesse all'attuazione di questa formula classica è che, molto spesso, la gestione di una regolamentazione e di una politica è distorta o, comunque, contaminata, da altre preoccupazioni. Nel corso di questo dibattito, abbiamo già avuto modo di accennare al fatto che le considerazioni relative alla concorrenza, per esempio, possono intrecciarsi con considerazioni di altro genere, quali la promozione o la difesa dei campioni nazionali, che contrastano con le esigenze della concorrenza.

Allo stesso modo, ascoltando la relazione francese, sono rimasto colpito dal fatto che la difesa dei servizi pubblici - difesa, peraltro, perfettamente legittima - tende, tuttavia, a trascurare alcuni difetti dei servizi pubblici. Specialmente nel caso dei servizi pubblici offerti in Francia, a livello locale, non si ripeterà mai abbastanza che il servizio pubblico è una foglia di fico, dietro la quale si cela un duopolio tra due grandi società di servizi.

La seconda alternativa consiste nel ricorrere agli strumenti giudiziari classici, che possono coincidere con il settore giudiziario in senso stretto, oppure coinvolgere giudici amministrativi, ma è evidente che questa soluzione presenta spesso l'inconveniente di una scarsa competenza e specializzazione, senza considerare, poi, che questo sistema è spesso assai lento.

Entrambe le soluzioni sono state messe in pratica - e in parte lo sono ancora del resto - ma non risultano pienamente soddisfacenti, tanto per gli attori economici che per i

pubblici poteri. Inoltre, in questa fase, emergono autorità e agenzie la cui apparizione mi sembra possa illustrare quattro osservazioni generali in materia di ingegneria istituzionale.

In primo luogo, le istituzioni - così come gli individui o gli attori economici - non amano la concorrenza, e buona parte del dibattito che anima l'ambiente politico-amministrativo, per quanto concerne le agenzie, deriva dal fatto che queste si inseriscono in un tessuto già costituito, nel quale la Direzione della concorrenza del Ministero dell'economia, le Corti supreme, e così via, non gradiscono molto l'intrusione di quest'ultimo arrivato nel mondo politico-istituzionale.

In secondo luogo, un modello istituzionale che si è rivelato efficace tenta di diffondersi rapidamente, subendo magari modifiche, adeguamenti e, talvolta, perfino alterazioni profonde. Nonostante le forti differenze esistenti, tra le autorità amministrative europee e le agenzie americane permangono numerosi legami di parentela, nonché un riferimento pressoché costante. Basta pensare al fatto che la COB (Commission des Operations de Bourse) francese deve i suoi recenti progressi, in parte a uno scandalo, ma anche al fatto che i media e gli specialisti hanno incessantemente paragonato i poteri (all'epoca alquanto deboli) della COB a quelli della sua omologa americana, la Securities Exchange Commission.

In terzo luogo la creazione delle agenzie suggerisce un'altra riflessione, vale a dire, che a volte è più facile operare riforme a margine del sistema, creando nuove istituzioni, piuttosto che cercare di riformare o di cambiare istituzioni già esistenti. E questo mi sembra particolarmente vero nel caso della Francia o dell'Italia.

Quarto punto: in materia di ingegneria istituzionale, personalmente considero le agenzie come espressione del principio di sussidiarietà, non nel senso comune del termine, cioè come sussidiarietà territoriale (centro e periferia), bensì, al contrario, come principio di sussidiarietà settoriale, cioè in un senso abbastanza conforme all'origine del principio stesso, quando la chiesa cattolica protestava contro il carattere troppo invadente dello stato tedesco.

A tal proposito, devo dire che, sebbene io sia personalmente alquanto scettico sull'applicazione del principio di sussidiarietà sul piano territoriale, ritengo che tale principio possa essere messo in pratica in maniera assai più efficace dal punto di vista settoriale. Ecco emergere, quindi, agenzie e autorità amministrative indipendenti e, ovviamente, come dicevo poc'anzi, questo non può non suscitare problemi, reticenze e critiche. Cercherò di esaminare tre di tali obiezioni.

Prima obiezione: il ricorso a esperti per definire e applicare politiche pubbliche sarebbe in contraddizione con i principi della democrazia rappresentativa. Ciò varrebbe sia a livello nazionale che comunitario, e Dio solo sa quanto, di questi tempi, si sia sentito parlare di rischi per la democrazia.

In effetti, credo che si tenda troppo spesso a dimenticare nelle critiche relative a questo famoso rischio per la democrazia, che in realtà tutte le democrazie, senza eccezioni, costituiscono un misto di democrazia pura, basata sull'elezione, e di meccanismi volti a compensare gli eccessi della suprema convenzione democratica, che è rappresentata dal principio di maggioranza. Le autorità indipendenti sono soltanto una delle molteplici forme di questi "checks and balances" che attenuano l'applicazione pura e semplice del principio democratico, ancora una volta identificato con il principio maggioritario. Sotto questo profilo, l'opposizione "maggioranza democratica/istituzioni non maggioritarie" è interessante dal punto di vista del dibattito politico, ma non riflette effettivamente la complessa realtà della democrazia di oggi. Per approfondire questo aspetto, vi consiglio un bel libro di Sabino Cassese, dal titolo "Maggioranza e minoranza".

Seconda obiezione: le autorità indipendenti non sarebbero conformi al canone tradizionale dell'organizzazione istituzionale occidentale e, in particolare, al principio della separazione dei poteri. La critica non è nuova, essendo già contenuta nel rapporto del Committee on Administrative Management, stilato nel 1936, su richiesta di Roosevelt. In tale rapporto si legge quanto segue: «Le commissioni indipendenti sono, in realtà, governi indipendenti in miniatura, creati per gestire i problemi mondiali, quelli del settore bancario, o del settore radiofonico. Esse costituiscono un falso ramo, privo di una guida, di quella serie di libere agenzie governative senza alcuna responsabilità e di poteri

privi di coordinamento. Esse alterano violentemente i fondamenti della Costituzione americana, in quanto dovrebbero esistere tre, e soltanto tre, rami di governo».

A dire il vero, la natura mista, ibrida, di queste autorità mi sembra, sostanzialmente, un falso problema. Pochissime istituzioni sono realmente pure, e in ogni paese esistono numerosi esempi di istituzioni tradizionali che sono, esse stesse, ibride, nella costituzione, o nella funzione. La purezza istituzionale è raramente garanzia di successo.

La terza obiezione riguarda l'indipendenza delle autorità, intendendo, con questo, la mancanza di controllo che costituisce, in realtà, il lato negativo di questo aspetto dell'indipendenza. Anche questa critica mi sembra, in parte, mal posta e mal fondata.

In primo luogo, il problema non è né nuovo né specifico: si tratta, infatti, di una critica che da due secoli viene rivolta al potere giudiziario. E' nota la famosa apostrofe lanciata al giudice della Corte suprema americana: «Chi controlla i controllori?». L'obiezione ha, comunque, il merito di porre l'accento sul problema della responsabilità e dell'*accountability* delle agenzie. Inutile dire che esse non sono sottoposte a meccanismi classici di *command and control*. Ciò non significa, tuttavia, che esse siano come elettroni liberi. La loro azione può infatti essere controllata, purché siano rispettate alcune condizioni: in primo luogo, una competenza settoriale, limitata e definita; in secondo luogo, un inquadramento costituzionale o legislativo, che stabilisca le regole del gioco, in modo che queste agenzie sappiano esattamente quali sono i loro compiti; terzo, una procedura di nomina che garantisca, in futuro, il pluralismo, la competenza e l'indipendenza dei membri delle autorità. Esistono altre istituzioni prestigiose in Francia, ma anche in Italia, per le quali, ad esempio, le procedure di nomina non sono sempre del tutto soddisfacenti. Mi riferisco, in particolare all'attualità italiana, relativamente a un organo di rilevanza costituzionale. Quarto: una trasparenza delle procedure che consenta la discussione e il dibattito pubblico, parallelamente all'applicazione del principio del *due process of law*. Infine, meccanismi di appello, che verifichino la corretta applicazione delle procedure. Resta, tuttavia, un problema irrisolto e difficilmente risolvibile: come conciliare la settorializzazione e l'autonomia degli esperti, da un lato, con la visione globale e la tradizionale preponderanza del settore politico, dall'altro? come conciliare,

per esempio, nel caso che ci interessa oggi, il valore concorrenza con altri valori economici e sociali che sono perfettamente legittimi?

Da parte mia, non credo né a un ritorno all'esclusiva competenza del settore politico, né alla soluzione più specifica, alla distinzione, operata dal mio collega Giandomenico Majone, tra *redistributive and regulatory policies*. Majone sostiene che gli interventi di redistribuzione dovrebbero essere di competenza dei politici, poiché una politica di redistribuzione, in qualche modo, toglie ad alcuni per dare ad altri, e per questo deve avere una legittimità politica. Al contrario, l'obiettivo delle politiche di regolamentazione è l'efficacia, e chi meglio degli esperti del settore può prendere decisioni?

Personalmente non credo che questa distinzione sia valida od opportuna, in quanto anche le politiche di regolamentazione presentano un notevole impatto redistributivo. Ritengo, che non si possa operare una netta distinzione tra politica redistributiva di per sé e politica di regolamentazione, che ha degli effetti collaterali specialmente in materia di redistribuzione finanziaria. Di conseguenza, in questo dilemma, in questa opposizione tra visione settoriale e visione globale, tra esperti e politici, personalmente intravedo un'unica soluzione: quella dell'intensità del pubblico dibattito e del confronto tra i punti di vista, tra le idee, vale a dire, in ultima analisi, un pluralismo politico istituzionalizzato in grado di far fronte a questa sfida.

**LEGITTIMAZIONE COSTITUZIONALE  
DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI  
E POLITICA DELLA CONCORRENZA**

Giuseppe Pericu

Questo intervento è dedicato a evidenziare due profili distinti: il primo concerne la legittimazione costituzionale delle autorità amministrative indipendenti; il secondo, invece, riguarda più direttamente il ruolo di tali autorità nella politica della concorrenza, con riferimento all'esigenza di coordinamento tra autorità che esercitano funzioni finalizzate a tale tutela in settori contermini. L'obiettivo che ci si propone non è tanto quello di interpretare e ricostruire razionalmente l'ordinamento vigente, quanto quello di sollecitare interventi correttivi.

Il modello "autorità amministrativa indipendente" non è facilmente enucleabile. Siamo in presenza di organizzazioni, costituite per lo svolgimento di funzioni di tipo pubblicistico, sostanzialmente "atipiche". Esse non sono identificabili né in relazione alla struttura degli organi, né al settore della vita sociale economica in cui operano, né alle finalità perseguite, né in rapporto al tipo di poteri esercitati, né, infine, alle relazioni che intercorrono con il parlamento e con il governo.

I tentativi di ricostruire una categoria assumono consistenza soltanto in definizioni in negativo: le autorità amministrative indipendenti non sono organi di amministrazione, non sono strutture del parlamento, non sono giudici e così via. Il solo profilo positivo lo si ritrova nella stessa formula con cui si identificano ovvero nella loro caratteristica di essere "indipendenti", caratteristica che, peraltro, si differenzia nelle singole ipotesi di autorità, poiché i gradi di indipendenza di volta in volta riconosciuti sono molto diversi sia rispetto al parlamento, sia nei confronti del governo, sia, più in generale, con riguardo al potere politico.

A ben guardare si ricorre all'istituzione di autorità amministrative indipendenti nelle più diverse ipotesi e sulla base delle più diverse motivazioni: ne conosciamo che regolano settori economici, che tutelano diritti individuali, che gestiscono funzioni amministrative e, secondo alcune tesi, che svolgono attività economiche (per esempio, le

fondazioni bancarie in Italia); sono tutti settori particolarmente "sensibili", ma certamente non meno e non più sensibili di altri settori, la cui gestione resta affidata ad apparati amministrativi tradizionali e la cui regolamentazione è disposta con atti normativi anch'essi tradizionali per l'ordinamento di riferimento.

Anche le motivazioni che di volta in volta inducono all'istituzione di autorità amministrative indipendenti non sono omogenee: creare un "corpo" amministrativo dotato di particolari competenze tecniche; "neutralizzare" la gestione politica di settori economici; recuperare un'azione imparziale e tecnicamente adeguata per la tutela di diritti individuali, e così via.

Negli stati che dispongono di costituzioni rigide riesce difficile inserire le autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale. Come si è visto, non lo si può fare in Francia, né il richiamo all'articolo 97 della Costituzione e all'imparzialità dell'azione amministrativa sembra un riferimento sufficiente a dare conto di una realtà così complessa.

Questo dato deve essere ulteriormente sottolineato, non tanto per evidenziare la rottura che si determina nei confronti di principi costituzionali che fondano l'organizzazione del nostro stato, quali il principio di legalità e quello della responsabilità ministeriale (ovvero, in buona sostanza, della legittimazione democratica), quanto invece per evidenziare come nel momento in cui il Parlamento decide di dare vita a uno o all'altro di questi organismi, non incontra nella Costituzione alcun termine di riferimento, alcun vincolo, come invece accade in moltissimi altri casi, stante la caratteristica di molte costituzioni rigide, compresa quella italiana, di dettare normative sostanziali anche in riferimento all'organizzazione amministrativa e all'esercizio dei poteri normativi.

Se si considera, da un lato, la presenza di autorità indipendenti nei più diversi settori della vita sociale ed economica e la varietà delle motivazioni che le sollecitano e, dall'altro, l'assenza di vincoli costituzionali, mi sembra che emerga in termini molto netti come l'istituzione di autorità amministrative indipendenti possa rappresentare una "via di fuga" per affrontare e risolvere singoli aspetti problematici dell'operare dei pubblici poteri, che non paiono, per i più diversi motivi, risolubili con il ricorso all'organizzazione tradizionale dello stato. "Via di fuga" a volta giustificata da un'effettiva e oggettiva

impossibilità di ritrovare altre possibili risposte; in altri casi, invece legittimata soltanto ed esclusivamente da sfiducia nelle risposte che può fornire l'amministrazione ministeriale.

Se uno stato attraversa una situazione di crisi istituzionale - come accade nel caso dell'Italia -, cui consegue il rifiuto (a volte preconcetto) dell'organizzazione tradizionale, che si assume inquinata da presenze politiche improprie e da sostanziale incapacità, la ricerca di una risposta a problemi di assetto amministrativo può agevolmente essere ritrovata nella creazione di soggetti nuovi di amministrazione come sono le autorità amministrative indipendenti. Il ricorso a questa formula organizzativa può facilmente avvenire - come in effetti sembra accadere - anche per ipotesi in cui non sarebbe necessario e forse neppure opportuno; si determina così un ulteriore fattore di crisi dell'amministrazione tradizionale.

E' stato osservato da più parti che la creazione di autorità amministrative indipendenti è propria di sistemi amministrativi aperti, policentrici e rappresenta un modo di essere quasi obbligato dello stato moderno, chiamato a dare risposte a problemi sempre più tecnici e socialmente sensibili; è stato detto, altresì, che società più (relativamente) semplici possono strutturarsi in sistemi amministrativi chiusi che si sviluppano sull'articolazione ministeriale del potere amministrativo.

Sono mere descrizioni del fenomeno, probabilmente da condividersi, che tuttavia non danno una giustificazione unitaria del perché si ricorra all'istituzione di tali autorità né della loro organizzazione, né della loro (diversamente articolata) indipendenza, né della loro diverse relazioni col parlamento e col governo, né dello loro variegate funzioni.

Vi è un dato ulteriore, sul quale vi è ampia concordanza e sul quale occorre soffermarsi. In buona sostanza, istituendo un'autorità amministrativa indipendente il parlamento in qualche modo riconosce la sua incapacità a disciplinare la materia e riconosce altresì l'impossibilità da parte degli apparati ministeriali di provvedere alla gestione amministrativa. Vi è, cioè, una rinuncia a provvedere da parte degli organi costituzionalmente competenti; rinuncia che va a vantaggio del nuovo soggetto, che viene quindi a poter disporre di poteri normativi e di poteri amministrativi. Non interessa in questo momento soffermarsi sul problema se le autorità amministrative indipendenti dispongano sempre di poteri normativi (problema al quale si può dare una risposta

corretta soltanto se si tiene presente lo spazio di intervento riconosciuto alla singola autorità dalla norma che la istituisce, prescindendo dal fatto se si tratti o meno di norma che attribuisca espressamente funzioni normative tradizionali), si intende sottolineare l'ampiezza del potere di intervento di cui dispongono le autorità; ampiezza che porta a qualificarle come titolari di un potere politico effettivo. Accanto ai centri di potere politico tradizionale si affiancano nuove realtà, a competenza settoriale, ma profondamente incidenti sulla società.

Il quadro che emerge può essere così sintetizzato: istituzione di nuovi soggetti "politici", in settori tra loro diversi, dotati di poteri ampi e sostanzialmente non inseriti nel sistema costituzionale, anzi, in contraddizione con esso. Resta da chiedersi in che termini una simile situazione possa essere accettata.

Di regola, chi sottolinea questi profili cerca di superare l'*impasse* ritrovando una legittimazione delle autorità di volta in volta nella loro tecnicità, nella loro neutralità, nell'essere espressione delle presenze sociali del settore in cui operano, nella procedimentalizzazione partecipativa della loro azione e così via.

Sono giustificazioni che non sembrano capaci di superare i contrasti di fondo con il quadro costituzionale. Il dilemma di fronte al quale si trova il giurista è se negare la costituzionalità delle autorità amministrative indipendenti ovvero legittimare l'esistenza soltanto per il fatto che queste istituzioni effettivamente esistono. E' un dilemma al quale non ci si può sottrarre, quanto meno negli ordinamenti a costituzione rigida, e che assume concreta rilevanza nel momento in cui si ricorre sempre più frequentemente alle istituzioni di nuove autorità. Invero, se si passa da alcune limitate ipotesi quasi tradizionalmente ammesse (quali Banca d'Italia, Consob, Autorità per la concorrenza) a diverse decine, spaziando nei più diversi settori e proponendo configurazioni giuridiche differenziate, è evidente che il problema della compatibilità costituzionale assume un ben diverso significato.

Se ci si pone in una prospettiva non di mera ricognizione del diritto esistente, ma di riassetto del quadro istituzionale, la soluzione che emerge è molto chiara: occorre inserire le autorità indipendenti nel sistema costituzionale attraverso l'introduzione di specifiche disposizioni nella Costituzione. Occorre cioè dare una "copertura"

costituzionale alle autorità indipendenti, muovendo dal riconoscimento che esse rappresentano una rottura del sistema esistente in quanto ne contraddicono alcuni dei principi essenziali.

Sembrerebbe più opportuno, anziché cercare di ritrovare, attraverso sforzi esegetici non facili, questa "copertura" in via interpretativa, a costituzione invariata, formularla a seguito di un approfondito dibattito politico in sede di revisione della disciplina costituzionale.

Il problema evidentemente non è di mera compatibilità costituzionale, bensì di sostanziale alterazione del quadro istituzionale esistente, il che comporta che si pervenga a un "nuovo" patto costituzionale che delinei l'assetto istituzionale accettabile in rapporto all'evoluzione del nostro ordinamento democratico.

Questa conclusione comporta due diversi corollari. Il primo consiste nell'ammissione che oggi le autorità amministrative indipendenti si trovano in una situazione tendenzialmente incostituzionale. Occorre precisare che si tratta di affermazione che non deve essere generalizzata; in alcuni casi ben potrebbe trovarsi una legittimazione anche a Costituzione invariata, con particolare riguardo a quelle situazioni in cui il ruolo affidato all'autorità non era svolto in precedenza da alcun organo di amministrazione e i poteri di cui questa dispone sono effettivamente di attuazione di legge.

Si è espresso il diverso convincimento in termini molto radicali per evidenziare la tesi sostenuta, ma nella concretezza delle diverse esperienze le conseguenze che da tale convincimento discendono possono risultare non del tutto verificabili.

Il secondo corollario conduce direttamente all'individuazione dei contenuti della norma costituzionale da introdurre nella Costituzione vigente al fine di fornire una guida al legislatore. Sotto questo profilo, gli approfondimenti da fare sono non pochi: si tratta in sostanza di definire il quadro dell'organizzazione statale, inserendovi queste nuove realtà, e quindi di individuare il ruolo che esse possono assumere accanto agli altri centri di potere politico.

Non è questa la sede per procedere a questi approfondimenti. Pare, tuttavia, che tale futura ipotetica norma costituzionale dovrebbe individuare i settori in cui si possono istituire autorità indipendenti, definire i loro rapporti nei confronti della legge e del potere esecutivo, precisando anche (in relazione a tale definizione) i procedimenti di nomina degli organi e i meccanismi attraverso i quali si accertano le responsabilità - anche politiche - dei componenti degli organi stessi.

Il secondo tema che si intende brevemente affrontare è, per alcuni profili, determinato dalla situazione di (eccessiva) libertà in cui opera il legislatore nell'istituzione di autorità amministrative indipendenti. In conseguenza di ciò, infatti, possono frequentemente determinarsi sovrapposizioni di competenze tra l'una o l'altra autorità ovvero suddivisioni di competenza non facilmente giustificabili. La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano presenta ipotesi sia dell'una che dell'altra situazione ricordata. Una succinta illustrazione penso che possa essere utile non solo per evidenziare disfunzioni in essere, ma anche per ricavare ulteriori notazioni per la ricostruzione dell'istituto anche in rapporto alla tesi, in questo intervento sostenuta, dell'opportunità di una disciplina costituzionale espressa.

La tutela della concorrenza rappresenta un'esigenza unitaria che deve essere soddisfatta in ogni momento dell'essere di un mercato economico, sia nella fase della sua costituzione, sia in quella del suo naturale svolgimento. Se tale esigenza è costante, può la sua soddisfazione essere affidata ad autorità distinte, riservando all'una la disciplina dell'ingresso nel mercato e all'altra quella del controllo del confronto concorrenziale all'interno di un mercato i cui protagonisti sono stati preventivamente individuati? E' questa la situazione che sembra verificarsi con la recente istituzione dell'autorità regolatrice dei servizi pubblici nel settore dell'energia; ma è situazione che, più in generale, si verifica ogni qual volta l'esercizio di attività economiche non sia liberamente consentito a ogni imprenditore, ma sia permesso soltanto a coloro che si siano preventivamente muniti dei titoli abilitativi da parte della pubblica amministrazione e l'assentimento di tali titoli non sia rimesso al mero accertamento di requisiti soggettivi, ma comporti valutazioni di ordine più sostanziale (concessioni, autorizzazioni con riserva di permesso e simili); il che accade senz'altro ogni qual volta si è in presenza di monopoli naturali (ad esempio, distribuzione dell'energia elettrica) ovvero l'attività imprenditoriale comporta l'impiego di risorse naturali limitate (ad esempio, utilizzazione dell'etere).

In questi casi il settore economico si configura nel momento in cui vengono individuati i suoi protagonisti e resta ben poco spazio all'esigenza di tutela della concorrenza nel momento successivo del confronto tra imprese nel mercato in tal modo definito.

Non sfugge che il riconoscere l'esistenza di situazioni di monopolio naturale, ovvero di risorse naturali limitate, deve corrispondere, per vincolo comunitario, non alla semplice volontà del legislatore interno, ma a una realtà sostanziale effettivamente riscontrabile. Tuttavia, è noto che la ricostruzione delle realtà in un senso piuttosto che in un altro è vicenda sicuramente possibile.

La preminenza di un assetto concorrenziale del mercato rispetto ad altri possibili interessi (strutturazione del mercato stesso in funzione di esigenze di politica economica) imporrebbe che anche l'ingresso nel mercato fosse regolato dalla stessa autorità preposta alla tutela della concorrenza. Ciò non si verifica in concreto e probabilmente la giustificazione sta nel fatto che non si accetta il presupposto da cui si muove, costituito dalla prevalenza che la costruzione di un mercato economico concorrenziale deve avere rispetto ad altre istanze.

La conseguenza che ne deriva è quella di obbligare a meccanismi di coordinamento che frequentemente si incepano e, in ogni caso, anche se operano a regime, comportano pur sempre la definizione di un assetto conclusivo che risponde alle diverse logiche che governano le distinte autorità indipendenti istituzionalmente obbligate a provvedere.

Quanto detto in rapporto alla determinazione degli ingressi nel mercato economico vale anche per le interferenze che possono determinarsi nel confronto concorrenziale; ad esempio, con riguardo alla fissazione delle tariffe, sempre per assumere come termine di riferimento i poteri dell'autorità regolatrice dei pubblici servizi cui si faceva cenno.

Anche la diversa situazione ipotizzata relativa alle suddivisioni di competenze può essere verificata nel nostro ordinamento. L'ipotesi è quella del Garante la radiodiffusione

per l'editoria che, come è noto, dispone di competenze antitrust; ipotesi che potrebbe assumere maggior rilievo se il dibattito in corso in sede parlamentare si concludesse positivamente, con l'istituzione di un'autorità regolatrice dei servizi nel settore delle telecomunicazioni, alla quale verrebbero attribuite anche le competenze relative alla disciplina della concorrenza con riguardo alle imprese che gestiscono attività radiotelevisive ed editoriali.

In questo caso il problema è quello della preventiva delimitazione dei mercati economici di riferimento, con la conseguenza di frammentarli in modo da preporre all'uno o all'altro dei mercati stessi, in tal modo ricostruiti, autorità diverse.

La logica che presiede a simili operazioni, come si verifica nel caso che qui interessa, consiste nel ritenere che in alcuni mercati economici, qual è quello radiotelevisivo, debbano operare regole che non si limitino a garantire il confronto concorrenziale, ma che assicurino la necessaria presenza di una pluralità di operatori economici assicurando più possibilità di accesso e offerte differenziate.

Sono obiettivi che possono essere raggiunti attraverso percorsi diversi e tra questi vi è anche quello di aggravare la normativa dettata in generale sulla concorrenza con ulteriori regole, che non solo disciplinino il confronto concorrenziale, ma assicurino che tale confronto vi sia in ogni caso. Con riguardo all'ordinamento italiano, riprendendo note tesi esposte dalla Corte Costituzionale, si riassume questa situazione nell'affermazione che il settore radiotelevisivo deve essere disciplinato non soltanto per garantire la libertà di iniziativa economica (articolo 41 della Costituzione), ma anche e soprattutto la libertà di manifestazione del pensiero (articolo 21 della Costituzione).

In questi casi, prescindendo da una valutazione della fondatezza delle motivazioni che determinano la diversa regolamentazione del mercato radiotelevisivo rispetto ad altri mercati economici, resta da chiedersi in che limiti la diversità di disciplina può giustificare l'attribuzione di competenze ad autorità diverse, soprattutto se si considera che la disciplina ipotizzata, sia pure diversamente articolata, è pur sempre disciplina che incide sul confronto concorrenziale tra imprese nell'ambito di un mercato economico.

Occorre altresì domandarsi se la frammentazione del mercato di riferimento sia economicamente giustificabile, come accade nell' indefinito rapporto che sembra intercorrere oggi tra telecomunicazioni e radio-televisione. Sono tematiche alle quali occorre una risposta adeguata e il dibattito sul fondamento costituzionale delle autorità indipendenti può sicuramente agevolarne la formulazione.

## **AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI E ATTUAZIONE DELLA POLITICA ANTITRUST**

Dieter Wolf

### **Le autorità indipendenti preposte alla tutela della concorrenza: un'idea che si diffonde per l'Europa**

L'idea di istituire autorità nazionali indipendenti per la tutela della concorrenza e del mercato si è diffusa nell'Unione Europea, sì che oggi il Bundeskartellamt tedesco non è affatto l'unica autorità nazionale della concorrenza indipendente nella Comunità. In Italia, Belgio, Danimarca, Francia, Spagna e Grecia sono già stati istituiti organismi indipendenti e anche i Paesi Bassi hanno un progetto simile. Nonostante le loro molteplici differenze nella struttura e nelle competenze decisionali, le autorità della concorrenza indipendenti illustrano nel loro insieme una tendenza generale, e non soltanto la conferma di una qualche idea tedesca sulla necessità e l'utilità di un'autorità della concorrenza indipendente.

### **La creazione di un'autorità della concorrenza indipendente europea: quattro ragioni per discuterne in sede di revisione del Trattato di Maastricht**

In primo luogo, con un'autorità della concorrenza indipendente diminuirebbe il pericolo dell'influenza politica sulle decisioni in materia di concorrenza, mentre il processo decisionale acquisterebbe maggiore trasparenza. In merito al principio della supremazia della norma di legge, è indispensabile mantenere ben distinti i compiti politici della Commissione CE da quelli riguardanti l'applicazione della normativa sulla concorrenza. Al momento ciò non è assicurato a livello europeo. La Commissione Europea è incaricata di applicare la normativa antitrust, ma nel contempo le spettano tutta una serie di decisioni di natura politica. La normativa antitrust - e segnatamente il controllo delle concentrazioni - è estremamente sensibile all'influenza politica perché riguarda un campo che coinvolge molti interessi vitali sia delle imprese che degli stati. L'attuale assetto istituzionale indurrà inevitabilmente la Commissione a prendere decisioni politicamente motivate. Esso dunque non è in grado di garantire che il principio

della supremazia della norma di legge sia adeguatamente osservato nell'applicazione della normativa sulla concorrenza.

In secondo luogo, un'autorità indipendente renderà più efficiente l'applicazione della normativa europea sulla concorrenza. Con l'ingresso di nuovi stati membri i casi da valutare in questo campo diventeranno sempre più numerosi e più complessi: prendere le giuste decisioni diventerà perciò più difficile. Proprio per affrontare questo prevedibile stato di cose sarebbe opportuno snellire il processo decisionale nei tempi e nei modi, separandolo dalle competenze della Commissione e affidandolo a esperti antitrust entro un quadro istituzionale di più agevole gestione.

In terzo luogo - e questa volta dal punto di vista delle imprese interessate - l'applicazione della normativa comunitaria diventerà più prevedibile se le decisioni saranno prese da un'autorità indipendente che agisca secondo criteri chiaramente definiti. A quel punto la normativa europea potrebbe acquistare un peso più concreto già nelle primissime fasi della programmazione strategica delle imprese.

In quarto luogo, un'autorità indipendente, che non avesse altra responsabilità se non di applicare la normativa europea sulla concorrenza, potrebbe contribuire al rafforzamento del valore della concorrenza in Europa. La stima di cui gode il Bundeskartellamt presso l'opinione pubblica in Germania non è la conseguenza di una spiccata sensibilità dei cittadini tedeschi per i valori della concorrenza: al contrario, tale sensibilità deriva dalla politica tedesca in materia di concorrenza e dall'indipendenza dimostrata dal Bundeskartellamt. Sebbene la Commissione abbia raggiunto importanti risultati in questa direzione, un'autorità indipendente potrebbe risultare ancora più efficace.

### **Criteria operativi per un'autorità garante della concorrenza indipendente**

Il processo decisionale di un'autorità della concorrenza indipendente può essere organizzato secondo due modelli alternativi:

- a) un modello a fase unica, in cui le decisioni verrebbero basate esclusivamente su criteri di concorrenza, come definiti nel diritto europeo della concorrenza, oppure

b) un modello a due fasi, che preveda la possibilità di introdurre in un secondo momento anche considerazioni di pubblico interesse.

Secondo quest'ultimo modello, le concentrazioni e gli atti limitativi della concorrenza verrebbero giudicati in prima istanza solo dal punto di vista concorrenziale. Se l'autorità garante della concorrenza si dovesse pronunciare contro una concentrazione, le imprese interessate potranno chiedere il riesame del caso; la concentrazione potrebbe allora venire autorizzata in via eccezionale se gli effetti distorsivi della concorrenza risultassero più che compensati da interessi pubblici chiaramente definiti e ritenuti prevalenti. E' di fondamentale importanza che tutta la procedura in un siffatto modello a due fasi sia improntata alla massima trasparenza. Ma su questo argomento si dovrà discutere più diffusamente in seguito.