

**Autorità di garanzia senza garanzie? A proposito delle recenti nomine
dei membri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato**

di Guido Rivosecchi *
(16 gennaio 2005)

1. Premessa

Le recenti nomine di due membri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato da parte dei Presidenti delle Camere forniscono l'occasione per riprendere la riflessione sulle carenze di garanzie nella nostra democrazia maggioritaria (cfr. G. Rivosecchi, *Quali rimedi all'inattuazione del "Premier question time"? A proposito della giustiziabilità dei regolamenti parlamentari per conflitto di attribuzione*, in questo *Forum*), e, nel caso specifico, sulle forme di tutela avverso atti di nomina di membri di autorità indipendenti su cui potrebbero sollevarsi dubbi in merito all'effettiva rispondenza ai requisiti richiesti dalla legge.

Le recenti nomine all'Antitrust paiono davvero curiose in un momento in cui le stesse presidenze di Assemblea hanno promosso un'attenta riflessione sulla necessità di rafforzare "lo statuto dell'opposizione nel quadro di un sistema di garanzie coerente con una forma di governo di tipo maggioritario" in cui sia "ridefinito il confine tra l'area della politica, che è tendenzialmente maggioritaria, e l'area del diritto, che è di regola *super partes*", onde evitare il rischio di "lasciare tutto alla volontà dei 'più', ove non esistano meccanismi idonei ad assicurare ai 'meno' che le regole e i valori di fondo del sistema non vengano sovvertiti" (così, P.F. Casini, *Presentazione di uno studio sul tema dello statuto dell'opposizione curato dalla Scuola di scienza e tecnica legislativa dell'ISLE*, 15 ottobre 2004, in www.camera.it/interventi/1481/1740/1760/popupcontent.asp).

I fatti sono noti. I Presidenti delle Camere hanno proceduto alla designazione di Giorgio Guazzaloca e Antonio Pilati come membri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in sostituzione di Marco d'Alberti e Michele Grillo, rispettivamente giurista ed economista di chiara fama, già da tempo decaduti dal loro mandato.

Il blitz post-natalizio di Pera e Casini, in un momento in cui tra l'altro l'opinione pubblica era naturalmente "distolta" dalla catastrofe del Sud-Est asiatico, getta infatti un'ombra pesante sul ruolo di garanzia dei Presidenti di Assemblea nello svolgimento di una delle più delicate funzioni loro attribuite dall'ordinamento (cfr. A. Manzella, *Il parlamento*, 3a Ed., Bologna, 2003, 142).

L'art. 10 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato", nell'istituire l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, al comma 2, prevede infatti che "L'Autorità opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione ed è organo collegiale costituito dal presidente e da quattro membri, *nominati con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Il Presidente è scelto tra persone di notoria indipendenza che abbiano ricoperto incarichi istituzionali di grande responsabilità e rilievo. I quattro membri sono scelti tra persone di notoria indipendenza da individuarsi tra magistrati del Consiglio di Stato, della Corte dei conti o della Corte di Cassazione, professori universitari ordinari di materie economiche o giuridiche, e personalità provenienti da settori economici dotate di alta e riconosciuta professionalità*".

Il profilo delineato dalla legge per il presidente e per i quattro membri dell'Autorità viene quindi a rispondere a requisiti di stretta legittimazione tecnica, individuando come "parametro" di idoneità al ruolo l'appartenenza alle magistrature superiori, ovvero la qualifica di professore universitario ordinario di materie inerenti ai campi in cui opera l'Authority. Maggiormente flessibile pare la terza categoria, inerente a "personalità provenienti da settori economici", ma che devono comunque essere dotate di "alta e riconosciuta professionalità".

Per quanto riguarda Pilati, che rientra nella seconda categoria, pur riconoscendone la piena legittimazione tecnica, si è contestata la carenza di "notoria indipendenza" (S. Cassese, *Il passo indietro*, in *Corriere della sera*, 31 dicembre 2004, 1), a causa dell'eccessiva vicinanza al governo e agli interessi di parte del Presidente del Consiglio, di cui avrebbe dato prova come membro dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e come consulente del Ministro delle comunicazioni nell'elaborazione del disegno di legge di riforma del settore radiotelevisivo (v., ad esempio, G. Valentini,

Le nomine all'Antitrust una partita di scambio, in la Repubblica, 30 dicembre 2004, 17).

Per quanto riguarda Guazzaloca (ex sindaco di Bologna, con un passato in Confcommercio e nella Federazione Nazionale Macellai), che dovrebbe rientrare nella terza categoria individuata dalla legge, nei primi commenti si sono registrate le maggiori critiche sia in ragione della carenza di legittimazione tecnica richiesta dalla legge (cfr., ad esempio, *Antitrust, sulle nomine esplode la polemica*, in *Il Sole-24 Ore*, 31 dicembre 2004, 14), sia a causa della mancanza dei profili di indipendenza (v., ad esempio, *Guazzaloca e Pilati all'Antitrust*, in *la Repubblica*, 30 dicembre 2004, 23), e, soprattutto, in ragione della "vicinanza eccessiva a interessi di categorie che si sono dimostrate in passato contrarie alle politiche di liberalizzazione promosse dall'Autorità Antitrust" (così, M. Clarich, *Criteri "elastici" e il giudizio dai fatti*, in *Il Sole-24 Ore*, 30 dicembre 2004, 16). Lo stesso leader designato dell'opposizione è intervenuto direttamente nel dibattito per contestare la carenza dei requisiti richiesti dalla legge in riferimento alle due nomine (R. Prodi, *Quelle nomine all'Antitrust una allarme per la democrazia*, in *la Repubblica*, 31 dicembre 2004, 19). Non sono mancate polemiche in ordine ai rischi inerenti alla carenza di autonomia e indipendenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che, dai profili finanziari (la tendenza recente è quella di favorire, per le Authorities come per i ministeri, forme di autofinanziamento al fine di ridurre stanziamenti pubblici a carico del bilancio dello Stato, rischiando così di pregiudicare le funzioni di controllo e di garanzia: v. G. Napolitano, *Se l'Authority si "autofinanzia"*, in *Il Sole-24 Ore*, 30 dicembre 2004, 16), sembrerebbe investire l'organizzazione e i compiti dell'Autorità, soprattutto a causa del processo di "politizzazione" dell'Antitrust, derivante anche dall'averle attribuito compiti di vigilanza sui conflitti di interesse dei membri del governo (v. l'intervista al Presidente G. Tesauro a *Global competition review*, riportata in *Antitrust, allarme di Tesauro "E' in pericolo l'indipendenza"*, in *la Repubblica*, 7 gennaio 2005, 19; nonché M. Monti, *La responsabilità di Pera e Casini*, in *Corriere della sera*, 3 gennaio 2005, 1).

2. La tutela della concorrenza: interesse del governo, dell'opposizione o valore costituzionalmente rilevante?

Si è tentato anche di eccepire una forma di responsabilità indiretta del governo e della maggioranza parlamentare rispetto alle scelte dei Presidenti delle Camere, invocando una sorta di interesse dell'Esecutivo - anche alla luce della normativa comunitaria - alla tutela della politica della concorrenza in una moderna economia di mercato (M. Monti, *Tesauro merita risposte chiare*, in *Corriere della sera*, 9 gennaio 2005, 1). In verità, la scelta del Legislatore di attribuire i poteri di nomina dei membri dell'Antitrust ai Presidenti di Assemblea dovrebbe configurarsi come forma di "legittimazione più 'scorporante' dall'indirizzo politico di maggioranza" (S. Niccolai, *I poteri garantiti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996, 184).

Per garantire la tutela della concorrenza, valore costituzionale già di per sé desumibile dall'art. 41, primo comma, Cost. (in questo senso, ad esempio, A. Pace, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in Associazione italiana dei costituzionalisti, *La Costituzione economica* (Ferrara, 11-12 ottobre 1991), Padova, 1997, 178; *contra*, G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 12 ss.) - mi pare che, nel (faticoso) processo di adeguamento del sistema delle garanzie all'attuale democrazia maggioritaria, ci si debba piuttosto interrogare sulle forme di tutela a fronte degli atti di nomina dei Presidenti delle Camere.

Le leggi istitutive delle prime autorità indipendenti, approvate all'inizio degli anni Novanta, poggiavano infatti sulla convenzione costituzionale che considerava l'attribuzione della Presidenza di uno dei due rami del Parlamento al principale partito di opposizione come elemento qualificante dello *status* dell'opposizione parlamentare, cosicché la partecipazione congiunta dei Presidenti alle nomine esprimeva "un'investitura politica di carattere veramente complessivo e unitario, tale da riassorbire in sé l'intero arco delle forze rappresentate in Parlamento" (M. Manetti, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, 165 s.).

Accantonata questa convenzione nel 1994 - in avvio della prima legislatura "maggioritaria" (XII legislatura) con l'elezione alle presidenze di Camera e Senato di due esponenti di partiti di maggioranza, e, in particolare, con la drammatica contrapposizione tra i due schieramenti al Senato dove Carlo Scognamiglio prevalse per un solo voto su Giovanni Spadolini - è crollato l'impianto garantista di tali procedure di nomina. Prova ne sia che, per le Autorità indipendenti successivamente istituite, il Legislatore, al fine di assicurare la rappresentanza dell'opposizione, ha previsto l'elezione dei componenti da parte di ciascuna Camera con voto limitato, come avviene nel caso del Garante per la protezione dei dati personali (legge 31 dicembre 1996, n. 675, art. 30) e dei membri per l'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni (legge 31 luglio 1997, n. 249, art. 1), ovvero è tornato, come nel caso delle Autorità per la regolazione dei servizi di pubblica utilità istituite nel 1995, a forme di designazione congiunta tra governo e parlamento (poteri di nomina al governo, previo parere obbligatorio e vincolante a maggioranza qualificata dei due terzi delle competenti commissioni parlamentari), già a suo tempo sperimentate per la Commissione nazionale per le società e la borsa, sia

pure in forme diverse (parere non vincolante delle commissioni parlamentari, ma con audizioni parlamentari preventive sui membri designati) (cfr. M. Manetti, voce *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1997, 5).

L'effettivo carattere garantista del procedimento di nomina nell'attuale democrazia maggioritaria non può che essere quindi ricercato nello stretto rispetto dei requisiti richiesti dalla legge circa la notoria indipendenza e la legittimazione tecnica dei soggetti nominati e nell'effettiva giustiziabilità di tali parametri di idoneità al ruolo.

Le procedure di nomina dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato investono valori costituzionali - la tutela della concorrenza ex art. 41, primo comma, Cost., e l'imparzialità desumibile dall'art. 97, primo comma, Cost. - che è specifico interesse preservare non solo (e non tanto) da parte del governo, ma soprattutto da parte dell'opposizione parlamentare, specie quando i Presidenti di Assemblea abdicano al loro ruolo di garanzia e di sintesi dei valori costituzionali nell'esercizio di una delicata funzione in cui essi soltanto si configurano come strumento di attuazione del disposto costituzionale.

Mutato il sistema elettorale, "la limitazione del principio di maggioranza, connessa necessariamente alla stessa istituzione di Autorità indipendenti, rappresenta anche una delle garanzie primarie dell'opposizione" (A. Manzella, *Antitrust l'errore di Pera e Casini*, in *la Repubblica*, 6 gennaio 2005, 17). Nel caso dell'Antitrust, gli atti di nomina dei Presidenti di Assemblea sono lo strumento effettivo con cui si rende concretamente operante una di queste garanzie, cosicché parrebbe difficile non ravvisare uno specifico interesse dei gruppi parlamentari di opposizione al controllo del rispetto dei "parametri" di nomina.

In definitiva, le prassi in materia di nomine alle autorità amministrative indipendenti sembrerebbero ancora una volta riflettere il mancato adeguamento al principio maggioritario e richiedere quindi forme di giustiziabilità delle scelte dei Presidenti di Assemblea, a fronte delle quali rischia di esservi carenza di tutela.

3. Un (piccolo) "precedente" conferma il mancato adeguamento delle designazioni alle autorità indipendenti agli strumenti di garanzia del sistema maggioritario

Non che questioni analoghe non si siano mai poste in passato. Altre volte, infatti, su membri di autorità indipendenti in qualche modo espressione "di parte parlamentare" si sarebbero potuti sollevare dubbi analoghi. Si pensi, ad esempio, all'elezione di Mauro Paissan e Gaetano Rasi quali componenti del Garante per la protezione dei dati personali, in conclusione della XIII legislatura. Pur nella differente modalità di designazione - i membri del Garante per la protezione dei dati personali sono eletti due dalla Camera dei deputati e due dal Senato della Repubblica, con voto limitato - restavano seri dubbi in merito alla rispondenza ai requisiti richiesti dall'art. 30, comma 3, della legge 31 dicembre 1996, n. 675 (ora art. 153, comma 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, "Codice in materia di protezione dei dati personali"): "persone che assicurano indipendenza e che sono esperti di riconosciuta competenza delle materie del diritto o dell'informatica, garantendo la presenza di entrambe le qualificazioni". Quanto all'indipendenza, si trattava addirittura di due parlamentari in carica (Paissan - Verdi, Presidente del Gruppo Misto della Camera; Radi - AN, Vicepresidente della X Commissione "Attività produttive" della Camera) eletti al Garante nella seduta della Camera del 28 febbraio 2001 e risultanti dimissionari soltanto il 14 marzo 2001 (il Presidente della Camera dava lettura delle lettere di dimissioni che si intendevano accolte "trattandosi di una causa di incompatibilità" - cfr. resoconto della seduta n. 874 del 14 marzo 2001 della Camera dei deputati, in www.camera.it - quando, in realtà, si sarebbero potuti sollevare "a monte" dubbi sull'effettiva rispondenza ai requisiti richiesti dalla legge); quanto alla legittimazione tecnica, si sarebbe potuto discutere sia per Paissan (laureato in sociologia, giornalista) che per Rasi (laureato in giurisprudenza, giornalista).

Problemi analoghi si potrebbero porre nel caso di elezioni parlamentari di membri del Consiglio superiore della magistratura o della Corte costituzionale che fossero sprovvisti dei requisiti necessari, aggravati, tra l'altro, dalla considerazione che il parametro di legittimazione è, in questi casi, addirittura di rango costituzionale, ma attenuati, nel caso della Corte costituzionale, dal meccanismo di autodichia circa la verifica sui "requisiti soggettivi di ammissione dei propri componenti" (legge costituzionale 22 novembre 1967, n. 2, art. 2).

4. La carenza di tutela a fronte degli atti di nomina dei membri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato come presupposto al ricorso al conflitto di attribuzione

L'effettiva rispondenza ai requisiti di imparzialità e di competenza dei membri richiesti dalle leggi istitutive delle autorità indipendenti costituisce quindi uno dei profili di garanzia dell'indipendenza e dell'autorevolezza dell'organo (in questo

senso, con specifico riferimento all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, M. Passaro, *Le Amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996, 193), pur sempre segnato da una (comunque problematica) legittimazione su un piano esclusivamente tecnico (v. ad esempio, R. Bin - G. Pitruzzella, *Diritto pubblico*, Torino, 2004, 447).

Vi è però, nel caso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, un rischio ulteriore, relativo alle carenze in ordine all'effettività di tutela avverso l'atto di nomina. E' questa, infatti, l'unica autorità amministrativa indipendente (assieme all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici ex art., 4, comma 2, legge 11 febbraio 1994, n. 109), in cui l'intesa tra i Presidenti di Assemblea opera già come determinazione perfetta ed efficace. Non accade così nel caso delle altre autorità indipendenti o di garanzia nominate dai Presidenti delle Camere, in cui l'intesa presidenziale opera come designazione rispetto all'effettivo atto di nomina.

Se pure tale distinzione non va sopravvalutata, in quanto in entrambi i casi la nomina deve comunque ritenersi spettante ai Presidenti di Assemblea (v. C. Pinelli, voce *Atti congiunti dei Presidenti delle due Camere*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997, 218), vi potrebbe comunque essere il rischio di una carenza di tutela. Potrebbero infatti risultare inefficaci i ricorsi che le associazioni dei consumatori minacciano di elevare davanti al Tar e al Consiglio di Stato (cfr. *Antitrust, sulle nomine esplose la polemica*, cit., 14), posta la problematica configurabilità del sindacato del giudice amministrativo su tali atti congiunti di nomina, sui quali, al limite, potrebbe sempre aleggiare lo spettro di un richiamo, in via analogica, alla categoria degli atti politici ex art. 31 regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, ovvero alla tesi che li configura ad atti interni delle Camere con conseguente pronuncia di inammissibilità per difetto di giurisdizione.

La via per assicurare la giustiziabilità degli atti di nomina va quindi ricercata altrove. Muovendo proprio dalla centralità dell'intesa tra i Presidenti delle Camere come momento di garanzia delle nomine rispetto ai parametri previsti dalla legge - intesa che, non a caso, è stato proposto di estendere in via generale a tutte le autorità indipendenti (C. Pinelli, voce *Atti congiunti dei Presidenti delle due Camere*, cit., 218 s., spec. nota 115) - e dalla conseguente posizione dei Presidenti di Assemblea, che si configurano come unico strumento di attuazione del disposto costituzionale e di garanzia dell'indipendenza delle Autorità sottoposte esclusivamente alla legge, lo strumento di tutela potrebbe essere assicurato attraverso il conflitto di attribuzione davanti alla Corte costituzionale.

5. L'ipotetica configurabilità del conflitto di attribuzione

A prescindere dalla qualificazione del Presidente di Assemblea come garante *super partes*, esponente di maggioranza o come "uomo della Costituzione" (A. Manzella, *Il parlamento*, cit., 142), viene qui in questione la rilevanza dell'intesa come atto di nomina funzionale a garantire l'indipendenza dell'Autorità ai fini della "tutela di diritti costituzionali diversamente non protetti" (C. Pinelli, voce *Atti congiunti dei Presidenti delle due Camere*, cit., 221), e la conseguente responsabilità del Presidente di Assemblea nell'esercizio di una funzione a rilevanza esterna di cui pare necessario assicurare la giustiziabilità.

Quanto al soggetto ricorrente, già in altra sede, muovendo dalla c.d. tesi "pubblicistica" circa la natura giuridica dei gruppi parlamentari (cfr. G.D. Ferri, *Studi sui partiti politici*, Roma, 1950, spec. 170 ss.; A. Savignano, *I gruppi parlamentari*, Napoli, 1965, 219; A. Pizzorusso, *I gruppi parlamentari come soggetti di diritto*, Pisa, 1969), non avevamo escluso, sia pure limitatamente al procedimento di formazione della legge (cfr. C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1967, 727), la legittimazione a ricorrere al conflitto da parte dei gruppi parlamentari (G. Rivosecchi, *Il parlamento nei conflitti di attribuzione*, Padova, 2003, 114 s.).

Ora, posto l'interesse dei gruppi parlamentari di opposizione al valore costituzionale della tutela della concorrenza desumibile dall'art. 41, primo comma, Cost., quello in questione pare effettivamente uno di quei casi in cui, valorizzando il carattere "residuale" del conflitto di attribuzione (cfr. R. Bin, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996, spec. 129 s.; e, già *in nuce*, C. Lavagna, *Istituzioni di diritto pubblico*, IV Ed., Torino, 1979, 1108), i gruppi parlamentari di opposizione non disporrebbero di altro strumento di tutela avverso gli atti di nomina dei Presidenti di Assemblea.

La parte ricorrente dell'ipotetico conflitto sarebbe quindi individuabile nei gruppi parlamentari di opposizione, portatori di un preciso interesse a ricorrere per garantire il rispetto dei parametri di "imparzialità" e di "legittimazione tecnica", espressamente richiesti dall'art. 10, comma 2, della legge n. 287 del 1990 come condizione preliminare di idoneità alla nomina all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

La parte resistente sarebbe individuabile nei Presidenti delle Camere e il conflitto si configurerebbe come conflitto

infrapotere.

Come si è visto, nel caso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, gli atti di nomina dei Presidenti di Assemblea sono infatti lo strumento effettivo con cui si rende concretamente operante una delle garanzie che sembrano essere riconducibili (anche) allo *status* dell'opposizione parlamentare. Sembrerebbe quindi difficile non ravvisare uno specifico interesse a ricorrere dei gruppi parlamentari di opposizione per controllare l'operato dei Presidenti. E' proprio l'intesa presidenziale che dovrebbe infatti assicurare la legittimazione tecnica dei membri dell'Authority, scorporando dal circuito dell'indirizzo politico di maggioranza il settore della tutela della concorrenza. Ma questo passaggio è sempre orientato da specifici parametri costituzionali (dall'art. 95 all'art. 41, passando per l'art. 97: in questa prospettiva, tra i primi, A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, spec. 50 ss.), e sottende il valore costituzionale della tutela della concorrenza ex art. 41, primo comma, Cost. Non sembrerebbero quindi mancare né il "tono costituzionale" del conflitto, né norme costituzionali idonee a fungere da parametro di giudizio, alla cui attuazione, tra l'altro, la legge n. 287 del 1990 è dichiaratamente rivolta.

* Professore Associato di Istituzioni di diritto pubblico dell'Università degli Studi di Lecce - grivosecchi@virgilio.it