

Autorità garante per la concorrenza e il mercato: l'indipendenza dei commissari e dell'organo.

di Giuseppe Carmine Pinelli *

Le Autorità amministrative indipendenti costituiscono, nel panorama della dottrina costituzionalistica ed amministrativistica, una sorta di "sfinge": ora le si vorrebbe organi connotati di assoluta indipendenza dal Governo, ora dal Parlamento; ora riproduzione, a livello di "microsistema", dei tre poteri caratterizzanti il quid proprium di uno Stato, ora provviste alternativamente di uno solo fra questi. La presente analisi non aspira a risolvere questo enigma, anche perché, probabilmente, insolubile nei termini appena posti: ogni autorità indipendente è una realtà a sé stante, strutturata secondo caratteristiche determinate dalle singole leggi istitutive e teleologicamente indirizzate. Ciò che però le accomuna è l'aggettivazione: indipendenti. Riflettere sulla ratio dell'attributo loro conferito è, in fondo, riflettere sulla loro natura e sulla loro posizione nell'ordinamento costituzionale. L'indipendenza è nozione che, nel nostro diritto costituzionale, viene attribuita al Presidente della Repubblica, ai Presidenti delle Camere (entro certi limiti) e, soprattutto, ai magistrati ordinari. Ecco dunque alcuni interrogativi che si pongono in ordine all'indipendenza delle Authorities. Primo: quale nozione di indipendenza deve essere adoperata per le Authorities? Secondo: l'indipendenza delle Authorities è il risultato del grado di indipendenza dei soggetti designati a comporle? Prendendo le mosse da quest'ultimo, non si può non tener di conto quanto afferma la legge del '90 istitutiva dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato (d'ora in poi AGCM): i componenti debbono essere nominati (in tal caso dai Presidenti delle Camere) valutando la sussistenza di requisiti di riconosciuta professionalità e notoria indipendenza. Tale formulazione non lascia spazio a dubbi circa la necessaria coesistenza dei due aspetti: ne lascia, invece, per quanto concerne i parametri di riferimento di tale indipendenza; indipendenza dai partiti?dal Governo?dal Parlamento? dai soggetti sul cui operato si dovrà vigilare? L'art.10, comma 2 della L. 287/90 istitutiva dell'AGCM pone soltanto un ulteriore requisito per il Presidente, quello di aver ricoperto incarichi istituzionali di grande responsabilità e rilievo. Lo stesso comma 2 presenta un novero di categorie all'interno delle quali i Presidenti delle Camere possono individuare i componenti nel quale spicca, quale dato di assoluta evidenza, la forte caratura tecnica dei soggetti designabili alla carica. Ragioni di coerenza logica impongono di ritenere che Magistrati delle Supreme magistrature, Professori universitari ordinari e personalità provenienti da settori economici siano stati indicati quali possibili componenti dell'AGCM proprio in ossequio a tale criterio, e le stesse ragioni di coerenza logica impongono di ritenere che il grado di competenza tecnica tra i soggetti individuati nel contesto di tali categorie debba essere omogeneo, cioè tendenzialmente molto elevato. Accostare ad un docente universitario autore di decine di monografie sul diritto comunitario della concorrenza un titolare di piccola-media impresa, ancorché capace e brillante, non sarebbe certo un modo di garantire omogenea caratura tecnica all'autorità.

Quanto all'indipendenza dei componenti, muovendo dall'imprescindibile presupposto che trattasi di concetto di relazione, e dunque impossibile da individuare in termini assoluti, occorre primariamente relazionarlo all'ambito di attività dell'AGCM: abuso di posizione dominante, pubblicità ingannevole, conflitto di interessi. I soggetti che, con un buon grado di probabilità, possono incorrere nelle maglie dell'operato dell'AGCM in uno di tali settori, dovrebbero ragionevolmente essere considerati non nominabili. Ma evitare che i possibili controllati diventino controllori non è sufficiente. L'AGCM è organo investito di incisivi poteri istruttori e dalla sua attività di indagine possono scaturire rilevanti sanzioni di tipo amministrativo. Può un soggetto che abbia in qualche modo precedentemente conosciuto, per ragioni del suo ufficio, profili che rientrano nell'attività d'indagine dell'AGCM, essere commissario neutrale[1]? Visti i poteri d'indagine e sanzionatori che le leggi istitutive le conferiscono, l'AGCM può essere considerata, limitatamente a questi profili, "giudice": perché non dovrebbe applicarsi ad essa il principio di impregiudicatezza rispetto ai fatti da giudicare che vale per i giudici comuni[2]? La stessa assenza o carenza di indipendenza del singolo commissario, se su un piano processuale può configurarsi come causa legittimante quantomeno un'astensione, sotto un profilo di funzionalità dell'organo può configurarsi come lesione della peculiare imparzialità[3] che deve connotare il funzionamento dell'AGCM.

L'indipendenza del singolo membro relazionata all'ambito in cui l'Autorità opera è però soltanto uno degli aspetti problematici cui si era precedentemente accennato. L'altro profilo da affrontare è quello della sua indipendenza dagli altri organi dello Stato. Qui l'indipendenza si gioca interamente sul piano della nomina: il commissario è indipendente se non deve "rispondere" a chi lo ha nominato. Da un punto di vista formale, questa condizione è rispettata, poiché non è prevista alcuna forma di responsabilità del singolo commissario dinanzi ai Presidenti di Camera e Senato che lo hanno nominato. Tuttavia, non è da trascurare il fatto che i poteri di nomina erano stati conferiti a questi ultimi in virtù del ruolo *super partes* che essi assumevano nell'ambito della vecchia consuetudine costituzionale che prevedeva l'assegnazione della presidenza di una delle due camere alle forze politiche di opposizione, e nel quadro di un sistema democratico non maggioritario, in cui i Presidenti delle camere erano più organi di garanzia che soggetti compartecipi dell'attuazione del programma di Governo, quali essi emergono oggi soprattutto in ragione delle modifiche ai regolamenti parlamentari[4]. Non a caso, per ragioni del tutto analoghe, le nomine del Cda Rai erano state attribuite, nella L. 206/93 agli stessi Presidenti d'assemblea. Ma oggi il quadro è cambiato, ed è la stessa maggioranza che sostiene il Governo ad eleggere anche la seconda e la terza carica dello Stato. Ciò fa sì che anche le blande forme di controllo parlamentare esistenti sull'attività dell'AGCM, concretizzatisi, in definitiva, prevalentemente nella relazione annuale sull'attività, esponano anche il singolo commissario, oltre all'Autorità nel suo complesso, a rispondere in un certo qual senso alla maggioranza che lo ha indirettamente nominato, attraverso i Presidenti d'assemblea. Risultato, questo, della quasi assoluta mancanza di contrappesi allo strapotere della maggioranza nell'attuale fase del nostro sistema costituzionale.

Sotto questo profilo, l'indipendenza non appare dunque sufficientemente garantita. Ed è di assoluta evidenza che la nomina di soggetti eventualmente già carenti sotto il profilo dell'indipendenza relativa all'ambito di attività dell'Autorità o sotto quello della professionalità influisce ulteriormente, in senso negativo, sull'indipendenza del commissario in termini istituzionali, nei rapporti con i soggetti che lo hanno nominato e con la maggioranza parlamentare[5].

Sotto il profilo dell'indipendenza dal Governo, il singolo commissario è, ancora una volta, apparentemente tutelato. Il fatto che i poteri di nomina siano riferibili ai vertici di un altro potere dello Stato pone ogni commissario in una posizione di salvaguardia rispetto ad eventuali ingerenze governative a tal proposito, e il non dover rispondere al Governo del proprio operato è un altro elemento che completa questa "rete di protezione". Tuttavia, l'inadeguatezza delle garanzie di indipendenza si palesa anche rispetto al Governo se si guarda alla prassi della repubblica "maggioritaria" di questi ultimi anni. Il saldo legame instauratosi tra maggioranza parlamentare, presidenti delle camere e presidente dell'esecutivo è una maglia troppo stretta perché possano esservi ancora spazi per scelte che non riscuotano il gradimento complessivo dei soggetti appena elencati. Così, appare improbabile che la designazione dei membri di un'Autorità che deve anche applicare la legge sul conflitto di interessi (rispetto alla quale il Presidente del Consiglio in carica è uno dei possibili "controllati") avvenga senza che il Governo abbia voce in capitolo: e, sotto questo profilo, la nomina in qualità di Presidente dell'AGCM di un grand commis che proviene direttamente dalla struttura di Governo non fa che rafforzare tale osservazione. Da quanto finora detto, appare evidente che le garanzie di indipendenza dei singoli commissari non sono del tutto soddisfacenti. Ci si deve allora domandare se un'Autorità di garanzia così composta possa essere, nel suo complesso, indipendente. L'applicazione di criteri meramente matematici ci suggerisce di no. Tuttavia, a tal proposito vanno adeguatamente considerati altri fattori. Anzitutto, il fatto che i commissari non scadano tutti congiuntamente contribuisce (o, perlomeno, può contribuire) ad una coesistenza nell'AGCM di personalità nominate in momenti diversi da soggetti (fisicamente) diversi. Ciò fa sì che il collegio dell'Autorità possa essere sufficientemente eterogeneo da consentire dialettica interna e assunzione di decisioni equilibrate, nelle quali il peso dei possibili "condizionamenti" di ciascun commissario sia meno influente. In secondo luogo, l'AGCM come autorità operante nel settore della concorrenza può esser vista anche quale organismo decentrato della Commissione europea, relativamente all'applicazione degli artt.85 e 86 del Trattato CE, il che la pone nella necessità istituzionale di rapportarsi ad essa e di seguirne gli indirizzi interpretativi delle norme sulla concorrenza, anche al fine di non creare disparità di trattamento tra operatori del mercato: si potrebbe, a riguardo, osservare che ci si trova innanzi ad un anomalo caso di "dipendenza" comunitaria da cui si genera indipendenza a livello nazionale.

Alla luce di quanto finora detto, la nozione di indipendenza applicabile al singolo commissario dovrebbe poter trovare punti di contatto con quella individuata per i magistrati: un'autorità

indipendente che assolva anche a compiti paragiurisdizionali deve essere provvista delle necessarie garanzie di indipendenza verso gli altri poteri dello Stato e di imparzialità verso i soggetti nei cui confronti si indaga. Certo, è innegabile che nell'attività dell'AGCM sia possibile discernere da un lato i caratteri propri di un'autorità sanzionatrice, dall'altro quelli di un'autorità amministrativa tout court[6]; ma è pur vero che gli uni e gli altri convergono nella prospettiva finalistica di assicurare il corretto funzionamento del mercato inteso come valore costituzionalmente protetto, se non sulla base del tenore letterale dell'art.41 Cost, quantomeno sulla base dell'art.117 I comma Cost. che da' accesso nel nostro ordinamento alla nozione comunitariamente invalsa di esso. Ed è per questo che l'indipendenza dell'AGCM non può ridursi, ad avviso di chi scrive, né nella sola indipendenza rispetto al Governo, né nella semplice imparzialità di cui all'art.97 Cost. alla quale rispondono anche le attività giustiziali delle amministrazioni, ma va vista come un'indipendenza mercantilisticamente e comunitariamente conformata, volta a perseguire un fine che non si esaurisce nel nostro ordinamento ma che il nostro ordinamento deve concorrere a realizzare: un sistema di effettiva concorrenza tra le imprese. Effettiva concorrenza che, a ben vedere, non è soltanto possibile declinazione dell'art.3 Cost. sotto il profilo di assicurare a tutti gli operatori economici pari condizioni di operatività sul mercato, ma anche e soprattutto, in un contesto quale quello attuale di dissoluzione della c.d. economia sociale di mercato[7], strumento indispensabile per consentire, mediante l'accesso a condizioni più vantaggiose di acquisto per i clienti finali di beni e servizi, il mantenimento o il conseguimento di condizioni di vita perlomeno accettabili (in una logica non dissimile da quella della retribuzione sufficiente di cui all'art.36 Cost.).

Per cui, se da un lato appare possibile leggere l'indipendenza relazionata alle competenze più strettamente paragiurisdizionali dell'AGCM come necessaria applicazione del principio di indipendenza che il nostro ordinamento tradizionalmente conferisce alla funzione giudiziaria, mentre dall'altro sembra non collimare perfettamente con il principio democratico l'indipendenza esercitata nell'ambito delle competenze regolative, in realtà le due cose si tengono proprio in ragione del collante teleologico anzidetto[8]. Il corretto funzionamento del mercato concorrenziale non può che essere assicurato da soggetti che non abbiano né legami con il mondo imprenditoriale (e con essi si fa riferimento anche alla non ancora defunta figura dello Stato imprenditore), né la possibilità di condizionare il mercato concorrenziale con finalità estranee alla concorrenza stessa (e qui il riferimento è alle decisioni di natura politica, siano esse governative o parlamentari). La compatibilità con il principio democratico, con il circuito Parlamento-elettori, è del resto già sufficientemente garantita dallo scrutinio parlamentare sull'attività delle Authorities, che, pur nelle apparentemente blande forme di controllo esistenti, consente all'organo titolare del potere legislativo di esercitare una verifica, ad esempio attraverso le audizioni e le relazioni annuali, dell'operato di tali soggetti. A ciò si aggiunga che la Comunicazione della Commissione sulla cooperazione nell'ambito della rete delle autorità garanti della concorrenza individua la

Commissione UE ed i garanti nazionali della concorrenza quali elementi costitutivi di una rete di pubbliche autorità che operano nell'interesse pubblico e cooperano strettamente per tutelare la concorrenza; si rafforza così l'idea di una legittimazione anche straordinariamente di tali autorità. Lo stesso discutere della compatibilità dei poteri delle Authorities sulla concorrenza con il principio di legittimazione democratica diventa così, in effetti, alquanto anacronistico: più corretto è, probabilmente, coglierle nella loro natura di attori del processo di governance interno e comunitario, quali elementi che concorrono a formare l'indirizzo politico più che come soggetti a quest'ultimo sottoposti[9].

L'esperienza suggerisce la constatazione che, in Italia, non è la maggiore o minore dipendenza dal Parlamento o dal Governo o la maggiore/minore possibilità di controllo da parte di essi il problema delle Authorities: il problema sta, in realtà, nel grado di indipendenza delle Authorities dai partiti politici che sostengono la coalizione di governo[10]. La recente tornata di nomine dimostra come questa non sia un'impressione, ma un concreto rischio per l'ordinamento. In questa prospettiva, il nodo dell'accountability dell'AGCM dovrebbe risolversi soprattutto nell'accountability rispetto al mercato ed alla giurisdizione amministrativa, anziché rispetto ai soggetti titolari del potere di nomina. Autorevole dottrina osserva, in proposito, che "La neutralità pressoché assoluta delle funzioni dell'Autorità giustifica, e nello stesso tempo richiede, l'indipendenza dal governo. Quanto più il ruolo dell'autorità è assimilabile a quello di una sorta di magistratura della concorrenza e del mercato, tanto più forti devono essere le garanzie di indipendenza dal potere politico e dal potere economico[11]". Ci si deve allora interrogare su quali possano essere le modalità per meglio garantire l'indipendenza dei nominati.

La nomina a tali cariche di grands commis di Stato che abbiano ricoperto le Supreme Magistrature potrebbe non essere una soluzione irragionevole. La scelta operata in tal senso dai Presidenti delle Camere è stata, nelle pagine precedenti, criticata per la provenienza dell'attuale Presidente dell'AGCM dalla struttura di governo, non certo per difetto dei requisiti di cui all'art.10, comma 2, della già citata L. 287/90. Se le riforme realizzate nelle ultime legislature nel senso di un esasperato spoils system all'italiana non avessero avuto luogo, probabilmente la critica in oggetto sarebbe priva di fondamento[12]. L'idea di un'amministrazione neutra[13] è stata infatti innegabilmente cancellata, quantomeno con riferimento al livello dirigenziale, nella percezione degli operatori giuridici e dei cittadini, in vista del perseguimento di risultati di efficienza amministrativa probabilmente anche altrimenti conseguibili. Un'inversione di rotta di questa cultura dell'amministrazione consentirebbe di depoliticizzare l'assunzione di determinati incarichi, anche nella struttura di governo, e di chi li ricopre. Quanto alla garanzia della qualità dei nominati e della loro indipendenza, non sarebbe inopportuno sottoporre i soggetti nominati alle Authorities, e in particolare all'AGCM, per tutte le ragioni finora dette, ad una sorta di question time in sede parlamentare all'inizio ed al termine del loro mandato: questo dovrebbe garantire, tra l'altro, una

maggior trasparenza e visibilità dinanzi all'opinione pubblica delle scelte operate dai soggetti preposti alle nomine, senza il rischio che lo stesso si configuri come indebita interferenza sul loro operato a mandato in corso. Sarebbe questa, in fondo, anche l'occasione per uno screening delle carriere pregresse dei nominati, cosa che avviene, ad esempio, in quel modello di trasparenza che è la presentazione dei commissari europei per la richiesta di fiducia al Parlamento UE, in una logica di effettivo coinvolgimento dell'istituzione Parlamento nel processo di nomina che è anche alla base dell'*advice and consent* nel sistema statunitense[14].

Per il momento, *legibus sic stantibus*, si discute di come sia possibile far valere il dettato dell'art.10, comma 2 della L. 287/90 rispetto a nomine effettuate in palese difformità rispetto ad esso. Una delle soluzioni ipotizzate[15] è quella di utilizzare lo strumento del conflitto di attribuzione dinanzi alla Corte costituzionale: conflitto *infrapotere* avente come parte resistente i Presidenti di Camera e Senato, quali titolari di un potere di nomina finalizzato a garantire l'indipendenza di un'Autorità preposta alla cura "di diritti costituzionali diversamente non protetti[16]"; come parte ricorrente i gruppi parlamentari di opposizione, "portatori di un preciso interesse a ricorrere per garantire il rispetto dei parametri di imparzialità e di legittimazione tecnica[17]", richiesti dalla legge quale "condizione preliminare di idoneità alla nomina (...) [18]", anche e soprattutto in virtù del fatto che "gli atti di nomina dei Presidenti di Assemblea sono (...) lo strumento effettivo con cui si rende concretamente operante una delle garanzie che sembrano essere riconducibili (anche) allo status dell'opposizione parlamentare[19]". Altri ipotizzano la proponibilità di un ricorso dinanzi alla giurisdizione amministrativa[20], ma questa proposta si scontra con la natura di "atti costituzionali discrezionali[21]" degli atti di nomina, "vincolati nel fine[22]". Se quest'ultima soluzione appare impraticabile per la difficile confutabilità di tale qualificazione, la prima presenta altri profili di discutibilità: se è vero infatti che è ben individuabile il fondamento della legittimazione passiva dei Presidenti di Camera e Senato, non altrettanto può dirsi per l'interesse a ricorrere dei gruppi parlamentari di opposizione: in assenza di uno Statuto parlamentare dell'opposizione che qualifichi gli atti di nomina delle Authorities (o almeno di alcune di esse) come strumento che realizza anche una garanzia dell'opposizione parlamentare, appare arduo sostenere che siano essi i soggetti legittimati a far valere il rispetto dei requisiti legislativamente previsti per le nomine. Perché le garanzie di indipendenza, imparzialità e legittimazione tecnica dei nominati sono soprattutto garanzie per il mercato e per l'ordinamento giuridico interno e comunitario, che hanno fatto della politica antitrust uno degli obiettivi precipi delle proprie strategie economiche. E d'altro canto, anche ipotizzando una tale possibilità, se i Presidenti delle Camere procedessero alle nomine accontentando gli "appetiti" di tutte le forze politiche, pur in difetto del rispetto dei requisiti di nomina, siamo davvero sicuri che i gruppi parlamentari di opposizione si farebbero carico di sollevare tale conflitto *infrapotere*? Che ne sarebbe, allora, del rispetto della legge?

Probabilmente, il rimedio migliore alla violazione di legge operata dai Presidenti delle Camere sarebbe l'apertura di una procedura di infrazione da parte della Commissione UE contro l'Italia, quale che ne sia il possibile esito: quantomeno, tale procedura potrebbe far emergere elementi di maggiore chiarezza relativamente allo Status delle Autorità garanti per la concorrenza e dei commissari chiamati a farne parte in tutti i Paesi dell'UE, elementi da trasporre, magari, in norme comunitarie pro futuro. L'art.19 del "Regolamento comunitario sulle concentrazioni" (regolamento CE n.139/2004) riguarda specificamente il "Collegamento con le autorità degli Stati membri" e, nel prevedere la costituzione di un comitato consultivo in materia di concentrazioni di imprese da sentire previamente rispetto all'assunzione di alcune tipologie di decisioni[23], statuisce che questo debba essere così composto (par.4 dello stesso articolo): "Il comitato consultivo è composto di rappresentanti delle autorità competenti degli Stati membri. Ciascuno Stato membro designa uno o due rappresentanti che, in caso di impedimento, possono essere sostituiti da un altro rappresentante. Almeno uno dei rappresentanti di ciascuno Stato membro deve essere competente in materia di intese e posizioni dominanti[24]". Ora, si può anche sostenere che una siffatta formulazione nulla può imporre circa il rispetto di requisiti di indipendenza[25]: ma rispetto ai requisiti di competenza, essa appare alquanto esigente. Che un'autorità nazionale per la concorrenza possa essere "zoppa", cioè avere già in partenza alcuni dei suoi membri che non possano essere designati a rappresentarla in tale organo, è un handicap insostenibile anche per l'ordinamento comunitario, nel cui contesto tale comitato si colloca: bene farebbe pertanto la Commissione, in una situazione di documentata carenza di requisiti in alcuni dei commissari quale è quella italiana, ad aprire la procedura di infrazione contro il nostro Stato per il mancato rispetto del regolamento, anche in ragione del fatto che l'organo consultivo suddetto non effettua, all'atto del suo insediamento, una verifica del possesso dei requisiti di competenza da parte dei propri membri che è, ovviamente, presunto.

* Dottorando di ricerca in Giustizia costituzionale e tutela internazionale dei diritti fondamentali dell'Università di Pisa - pinelligc@gmail.com

[1] A tal proposito, si vedano ad es. le delicate questioni che si sono poste in sede di Commissione UE per il Commissario alla concorrenza in carica, Neelie Kroes, alla cui competenza, in virtù della sua pregressa carriera di manager e consigliere d'amministrazione di grandi società internazionali, sono stati sottratti alcuni dossier: il presidente della Commissione Barroso li ha attribuiti al Commissario europeo al mercato interno, Charlie McCreevy.

[2] Impregiudicatezza da non intendersi come assenza di expertise; la presenza di conoscenze specifiche del settore è anzi necessaria, ma non va confusa con l'attività di conoscenza, per ragioni del proprio ufficio, di determinate situazioni che abbia condotto all'assunzione di decisioni giuridicamente rilevanti in ordine a queste.

[3] Imparzialità sulle cui caratteristiche si tornerà infra.

[4] Evidenziano lo stretto legame tra ruolo super partes dei Presidenti d'Assemblea nel vecchio sistema proporzionale e scelta di porre in capo ad essi il potere di nomina dei membri delle Authorities create nei primi anni '90 F.Merusi, M.Passaro, Le autorità indipendenti, Bologna, 2003, p.70. Sul nuovo ruolo del Presidente d'Assemblea nell'attuale quadro costituzionale, C.De Caro, La struttura delle Camere, in T.Martines, G.Silvestri, C.De Caro, V.Lippolis, R.Moretti, Diritto Parlamentare, Milano, 2005, p.77, la quale, dopo aver dato conto dei poteri conferitigli dal regolamento, lo individua quale "Snodo determinante, assieme alla maggioranza ed al Governo, per la definizione e per l'attuazione dell'indirizzo politico governativo (persino con il rischio di una sorta di sovraesposizione) (...)". Di grande interesse anche le considerazioni in proposito di S.Sicardi, Maggioranza e Opposizione nella lunga ed incompiuta transizione italiana, testo provvisorio della relazione tenuta dall'A. al convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti tenutosi a Palermo dall'8 al 10 novembre 2001, nella quale egli sostiene che "(...) sembra potersi dire - senza, sia chiaro, voler mettere in dubbio l'integrità ed equanimità dei soggetti che si sono nel tempo avvicinati alla carica - che il ruolo istituzionale dei Presidenti di Assemblea, all'interno delle Camere, sia slittato, nel tempo, e non sempre così chiaramente, da quello di garanti della programmazione dei gruppi, a quello di garanti della programmazione di maggioranza (non necessariamente politico-governativa) versus, genericamente, le minoranze a quello, ancora, di garanti del circuito di indirizzo versus le opposizioni. Mentre, all'esterno delle Camere, il crescere in quantità e qualità dell'esposizione e delle esternazioni presidenziali ha proiettato i Presidenti d'Assemblea (per la verità, più alcuni di altri) sulla scena del dibattito pubblico, nell'esercizio di una sorta di magistero di generale influenza politica (pur se non strettamente di schieramento) su questioni controverse e di valorizzazione della loro immagine. Insomma il trend appena ricordato, in assenza di meccanismi di programmazione stabilmente nelle mani degli schieramenti e che ne lascino fuori il Presidente di Assemblea (come è in Inghilterra), parrebbe abbia determinato un riposizionarsi, sia pur di regola non eclatante, del ruolo dei Presidenti, appunto, come uomini della Maggioranza e garanti del programma di governo (riecheggiando la nota impostazione espressa a suo tempo da G. FERRARA) a scapito di ricostruzioni volte a scorgere nel Presidente l'uomo della Costituzione (secondo la nota espressione di A. MANZELLA)".

[5] I rilievi mossi alle nomine effettuate per l'AGCM dai Presidenti delle Camere nella tornata di fine 2004 sono stati numerosi. S.Cassese, nell'articolo Due nomine e un passo indietro, torna la politica, pubblicato sul Corriere della Sera del 31 dicembre 2004, critica tanto la nomina di Giorgio Guazzaloca quanto quella di Antonio Pilati, ravvisando nel primo il totale difetto dei requisiti di legge, nel secondo "soltanto" quello della notoria indipendenza. A.Manzella, in Antitrust: l'errore di Pera e Casini, pubblicato su la Repubblica del 6 gennaio 2005, parla di "atto irriflessivo" dei Presidenti delle Camere, che mette in discussione tanto "il loro ruolo nelle Camere, dove l'opposizione li chiama a rispondere per un atto extraparlamentare", quanto "la loro posizione nel triangolo costituzionale di garanzia", nel quale il Presidente della Repubblica "sembra restare solo

come garante degli equilibri politici e istituzionali". A completamento del quadro fornito delle precedenti osservazioni, può essere utile quanto riportato dal giornalista D.Di Vico nell'articolo I rischi di una nomina, apparso sul Corriere della Sera del 19 febbraio 2005, laddove si riferisce che "La designazione è arrivata dopo lunghe meditazioni e dopo aver vagliato, come avviene in questi casi, le ipotesi più diverse. Compresi alcuni ministri in carica, a dimostrazione di come l'indipendenza non sia stata considerata un prerequisito per la nomina". M.Clarich, in Antitrust, la trasparenza difficile, pubblicato su Il Sole 24 ore del 7 gennaio 2005, riconduce le recenti vicende ad una legge antitrust ormai "vecchia, approvata vigente un sistema elettorale proporzionale e in pieno consociativismo". Aggiunge l'A. che "(...) già nella prima tornata di nomine i cinque membri della Commissione coprivano, com'era prassi allora, l'intero arco costituzionale. E ciò anche se la lettera della legge parla di notoria indipendenza dei nominandi".

[6] Qui il riferimento è ai poteri di dispensa amministrativa di cui agli artt.4 e 25 della L.287/90; per il resto, è senz'altro valida la considerazione di M.Clarich, Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello. Bologna, 2005, p.96, secondo cui "(...)l'attività svolta dall'autorità è una tipica attività di aggiudicazione (adjudication), da contrapporre a quella di regolazione (rulemaking), che invece connota il ruolo delle altre autorità indipendenti".

[7] L'espressione è solitamente riferita al modello economico della Repubblica Federale Tedesca; ma, relativamente all'evidente comunanza a tutti i Paesi dell'Occidente europeo di un modello di sviluppo capitalistico congiunto ad un sistema di stato sociale, essa può essere generalizzata anche a questi ultimi (non così per ciò che concerne altri fattori tipici del sistema tedesco, primo fra tutti la c.d. cogestione delle imprese che vede coinvolti anche i sindacati dei lavoratori).

[8] Tra le definizioni dell'indipendenza dell'AGCM, particolarmente convincente appare quella di C.Pinelli, voce Atti congiunti dei Presidenti delle due Camere, in Enc.dir., Aggiornamento, I, Milano, 1997, p.214, rispetto alla quale quella fornita nel presente contributo potrebbe essere "complementare": secondo l'A., tale indipendenza consiste nella "non sottoposizione a poteri e interessi tali da impedire o comunque condizionare la sottoposizione alla legge".

[9] Su governance e funzione di indirizzo politico, v. R.Bin, Lo Stato di diritto, Bologna, 2004, p.72. La considerazione trova fondamento anche nell'esercizio dei poteri di segnalazione di cui è titolare l'AGCM, nell'ambito del quale l'Autorità sollecita, sovente, interventi del legislatore volti a rimuovere ostacoli alla concorrenza insiti nella legislazione vigente, anche con proposte di "modifiche ed emendamenti puntuali ai testi in corso di approvazione" (M.Clarich, Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello, cit., p.99).

[10] Confermano tale ipotesi le vere e proprie lottizzazioni operate con le nomine; lottizzazioni che, in verità, per quanto riguarda l'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni, non vedono estranee i partiti di opposizione.

Il problema è evidentemente ravvisato anche dal sen. Bassanini, il quale, in un'intervista alla rivista on line Help consumatori, afferma: "La prima fondamentale esigenza perché l'Antitrust possa esercitare le proprie funzioni è l'indipendenza dalla maggioranza di governo e dalle logiche proprie

dei partiti".

[11] M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p.111.

[12] Il riferimento è, soprattutto, all'art.19 del D.Lgs.165/2001, ora sostituito (rispetto al testo originario già contenuto nel D.Lgs.80/1998) dall'art.3, comma 1, lettera i) della legge 145/2002.

[13] "Neutra" nel senso di "buona per tutti i governi", sia per quanto concerne il governo nazionale, sia per quanto concerne i governi regionali e locali.

[14] Pur con i dovuti distinguo: nel sistema USA le nomine della Federal Trade Commission e di altre importanti istituzioni (Supreme Court anzitutto) vengono disposte dal Presidente della Repubblica. Una soluzione non molto dissimile da quella sopra proposta è avanzata anche da G. Busia nell'articolo *E' fondamentale la trasparenza*, pubblicato su *Il Sole 24 ore* del 20 gennaio 2004, il quale sostiene una modifica del procedimento di nomina dei Commissari in cui le commissioni parlamentari competenti, prima di un voto a maggioranza qualificata del Parlamento, discutano sulle candidature proposte ed eventualmente decidano di sentire gli interessati. E nello stesso senso è la proposta di M. Clarich in *Antitrust, la trasparenza difficile*, cit., il quale auspica l'adozione per tutte le Autorità di un sistema che preveda la nomina dei commissari da parte del Governo e la sottoposizione dei nominandi ad un parere vincolante del Parlamento, da adottare a maggioranza qualificata, previa audizione di questi ultimi al fine di valutarne il curriculum. Ma tale proposta, pur se giustificabile al fine di ottenere una trasparenza del procedimento di nomina che oggi non c'è, appare inattuabile per l'AGCM, a meno che non si voglia ridurre quest'ultima ad una mera executive agency, degradandola rispetto alla condizione di independent agency che essa a tutt'oggi detiene. Può essere richiamata in proposito l'osservazione di C. Pinelli, voce *Atti congiunti dei Presidenti delle due Camere*, cit., p.219, secondo il quale "La nomina governativa equivarrebbe a disconoscere, nel singolo caso, lo statuto delle autorità esclusivamente soggette alla legge e ad una chiara opzione per l'executive agency, con maggior trasparenza delle scelte e congruità degli interessi di volta in volta perseguiti ad un diverso tipo di rapporto fra indipendenza e responsabilità".

[15] G. Rivosecchi, *Autorità di garanzia senza garanzie? A proposito delle recenti nomine dei membri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Forum dei Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it).

[16] C. Pinelli, op.cit., p.221, richiamato dallo stesso G. Rivosecchi, op.cit.

[17] G. Rivosecchi, op.cit.

[18] G. Rivosecchi, op.cit.

[19] G. Rivosecchi, *ibidem*.

[20] In tal senso, Bassanini, nell'intervista già citata, e M. Clarich, in *Antitrust, la trasparenza difficile*, cit.; quest'ultimo sottolinea però che, perché ciò possa aver luogo, "i giudici amministrativi dovrebbero mutare l'indirizzo giurisprudenziale".

[21] Definizione di E. Cheli, *Atto politico e funzione d'indirizzo politico*, Milano, 1968, p.183, riportata da C. Pinelli, op.cit., p.217.

[22] E.Cheli, ibidem.

[23] Art. 19 par.3 del Regolamento CE n.139/2004: "Un comitato consultivo in materia di concentrazioni di imprese deve essere sentito prima di ogni decisione adottata a norma dell'articolo 8, paragrafi da 1 a 6, e degli articoli 14 o 15 ad eccezione delle decisioni provvisorie prese conformemente all'articolo 18, paragrafo 2".

[24] L'intero art.19 del Regolamento citato riproduce peraltro esattamente quanto già previsto nei precedenti regolamenti comunitari in materia di concorrenza, sin dal Regolamento n.4064/89.

[25] Anche se già la procedura di sottrazione della competenza di alcuni dossier all'attuale commissario alla concorrenza dimostra che anche per l'UE il rispetto del requisito di indipendenza è assolutamente condicio sine qua non di una credibile ed autorevole politica in materia di antitrust.