

Autorità indipendenti e Costituzione economica *

di Giovanni Luchena**

23 novembre 2016

SOMMARIO: 1. Il “governo tecnico dei mercati”. – 2. La costituzione economica materiale nel diritto dell’era globale. – 3. La debolezza del delegante e il potere del delegato. – 4. Il governo dell’economia in frantumi e la politica economica del diritto.

1. Il “governo tecnico dei mercati” e le autorità indipendenti

Il “fenomeno” delle autorità indipendenti¹ evoca l’insorgenza e il successivo consolidamento di un modello economico fondato principalmente sulla regolazione

* Relazione presentata al convegno sul tema “*Le autorità indipendenti tra funzione regolativa e judicial review*” svoltosi a Santa Maria Capua Vetere il 4 dicembre 2015 presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli.

** Professore associato di Diritto dell’economia, Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

¹ La letteratura sul tema è vastissima. V., tra gli altri, E. BANI, *Stato regolatore e autorità indipendenti*, in M. GIUSTI (a cura di), *Diritto pubblico dell’economia*, Cedam, Padova, 1994, p. 13 ss.; S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna, 1996; M. MANETTI, voce *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1997; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1998, p. 645 ss.; S. AMOROSINO, *Le autorità di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, vol. I, Cedam, Padova, 1998, p. 71 ss.; M. CUNIBERTI, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2002, p. 3 ss.; P. BILANCIA, *Autorità amministrative indipendenti nazionali e integrazione europea*, in F. GABRIELE, C.P. GUARINI, G. BUCCI (a cura di), *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori*, Cacucci, Bari, 2001, p. 17 ss.; C.P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione “indipendente” del mercato*, Cacucci, Bari, 2005; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano, 2006; G. DE MINICO, *La partecipazione al rule-making delle Autorità Indipendenti: rappresentanza politica e rappresentanza di interessi?*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, élites al potere*, Atti del Convegno di Caserta, 6-7 maggio 2005, Giappichelli, Torino, 2006, p. 423 ss.; A. COLAVECCHIO, *Autorità di regolazione dei servizi pubblici e Regioni. Il piano della normazione*, in F. GABRIELE, M.A. CABIDDU (a cura di), *Governance dell’economia e integrazione europea*, Vol. I, *Processi di decisione politica e sovranità economica*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 141 ss.; L. AMMANNATI, *Governance e regolazione attraverso reti*, in L. AMMANNATI, P. BILANCIA (a cura di), *Governance dell’economia e integrazione europea*, Vol. II, *Governance multilivello regolazione e reti*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 181 ss.; M. SIMONCINI, *Amministrazione giustiziale e autorità amministrative indipendenti: profili comparati di tutela*, in *Panòptica*, n. 15, 2009, p. 125 ss.; G. MONTEDORO, *Le amministrazioni indipendenti*, in M. PELLEGRINI (a cura di), *Elementi di diritto pubblico dell’economia*, Cedam, Padova, 2012, p. 271 ss.; G.P. CIRILLO, R. CHIEPPA (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, Trattato di diritto amministrativo diretto da G. Santaniello, Cedam, Padova, 2010; L. CUOCOLO, *Le autorità indipendenti*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto pubblico dell’economia*, Egea, Milano, 2013, p. 514; M. BOMBARDELLI, *Le autorità amministrative indipendenti – Report annuale 2013 – Italia*, in *Ius Publicum Network Review*, www.ius-publicum.com; R. TITOMANLIO, *Il potere*

indipendente del mercato, o di singoli mercati, quale esito dell'impostazione funzionalista/tecnocratica del c.d. *scientific government*² volta a ridurre e/o a sottrarre allo Stato taluni poteri di indirizzo nell'economia.

Le autorità indipendenti costituiscono una delle possibili caratterizzazioni della teorica del potere neutro, la quale riflette una concezione quasi impersonale del potere, ha come corollario la sua immanenza nel mercato aperto e in libera concorrenza, e necessita di una sua ricorrente giustificazione di fronte all'inevitabilità di un determinato itinerario intrapreso dalla storia. Alle autorità indipendenti è stato affidato il "governo tecnico dei mercati", divenendo esso stesso un potere a sé stante, schmittianamente parlando, una *entità di garanzia decidente*³. L'esigenza di affidare ad autorità neutrali determinati compiti nell'economia, dunque, fa riferimento, in generale, ad una sollecitazione tecnica o quasi-giurisdizionale (cioè di arbitro neutrale⁴), collocata al di fuori del circuito del "politico".

Una prima esperienza significativa, certo risalente, del "potere neutro" è quella della *Reichsbank* all'epoca della Repubblica di Weimar – agente, in realtà, quale potere sostitutivo del Governo e del Parlamento – allorquando essa intervenne per ridurre l'inflazione «con strumenti del tutto anomali» ed «esulando dai suoi poteri»⁵.

Un fenomeno che riaffiora ciclicamente, in varie configurazioni, e che si è manifestato nuovamente quando, ad un certo punto della storia, si è ritenuto che lo Stato avesse terminato la sua stagione di attore dell'economia. Quanto più "neutri" sono i poteri (e i suoi agenti) o quanto più "neutrali" sono le decisioni, tanto più si producono separazioni antitetiche come quelle, per l'appunto, fra politica ed economia, Stato e diritto, politica e diritto⁶. Certo, il pubblico potere ha inciso e incide, in varie forme, sull'economia, a volte dilatando la sua azione, altre volte riducendola⁷: parlare, però, in termini talvolta spregiativi o comunque non positivi di intervento dei pubblici poteri nell'economia presuppone la formulazione di un

normativo delle autorità amministrative indipendenti – Report annuale 2013 – Italia, ivi; M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle autorità amministrative indipendenti*, in *Il Dir. dell'Econ.*, Approfondimenti, vol. 26, n. 82, Mucchi, Modena, 2013.

² V. D'APRILE, *L'amministrazione antitrust*, in *Diritto e scienza*, n. 7, 2012, p. 5.

³ A. VIGNUDELLI, *Dalla'oikonomia neoclassica alla lex mercatoria della globalizzazione*, in ID. (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto. Mercato Amministrazione Diritti*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 10. Sulla teoria del potere neutro, tra gli altri, A. BALDASSARRE, *Il Capo dello Stato*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 535 ss.

⁴ L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, cit., p. 63 ss.; A. DE CHIARA, *Attività private, interesse pubblico e decisioni amministrative sulle liti*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 106 ss. Secondo M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 277-278, riferendosi al settore dei servizi pubblici, «[s]olo a fronte dell'esercizio di attività contenziose in senso proprio si assiste (...) ad un agire scevro da qualsiasi funzionalizzazione ultronea che non sia quella della risoluzione del singolo conflitto; solo in tali casi l'interesse perseguito dall'autorità si rivela "neutro", coincidendo con l'interesse delle stesse parti all'ottenimento di una decisione che ristabilisca l'ordine turbato dal sorgere della controversia; solo quando l'autorità si pone "al di fuori" dell'assetto degli interessi in gioco, la sua indipendenza funzionale raggiunge livelli tali da collocarsi al di là della mera imparzialità, assurgendo a vera e propria imparzialità».

⁵ F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il ruolo del diritto pubblico nelle crisi economiche*, in ID., *Il sogno di Diocleziano. Il ruolo del diritto pubblico nelle crisi economiche*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 12.

⁶ C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, Duncker & Humblot, Berlin, 1969, tr. it. di A. CARACCILO, Giuffrè, Milano, 1981, p. 124.

⁷ M. GIUSTI, *Fondamenti di diritto dell'economia*, Cedam, Padova, 2005, p. 1.

giudizio di valore, come se lo svolgimento dell'attività economica fosse (diventato) esclusivo terreno di conquista da parte dei privati in una contrapposizione non casuale fra «Stato politico "pubblico" [e] società "privata"»⁸.

Ogni scelta di natura economica, dunque, non dovrebbe ritenersi disgiunta dal sostrato politico dal quale prende forma, anche quando si attribuisce alla "tecnica" una presunta neutralità, cioè un distacco (se non una strumentale opposizione) dal fattore politico, il che, però, sembra giustificare una scelta occultamente politica in base a presunte neutrali motivazioni assunte in base alla tecnica. Si potrebbe dire, allora, che la scelta di delegare il potere di regolazione del mercato alle autorità indipendenti è essa stessa una opzione politica "dietro" la quale si celano forme di governo tecnico impolitico. Quando il processo di progressiva neutralizzazione si serve della tecnica la medesima «tecnica non è più terreno neutrale» a meno che un nuovo «tipo di politica» sia in grado di «impadronirsi della nuova tecnica»⁹.

Se in origine, nello Stato-nazione si è consolidato un rapporto di egemonia della politica sull'economia, se cioè la politica statale era volta a controllare e indirizzare «l'attività relativamente libera di un mercato soggetto alla dinamica della domanda e dell'offerta, in vista del fine primario del bene pubblico dei suoi governati», se lo Stato si serviva del mercato «perché da esso, attraverso l'imposizione e raccolta delle imposte, attinge[va] le risorse necessarie al suo funzionamento e alla correlativa fornitura di servizi pubblici, dalle infrastrutture al welfare»¹⁰, oggi, la globalizzazione economica, ha minato «l'autonomia decisionale delle politiche statali»¹¹. «L'economia globalizzata rende... sempre più problematico un governo ancorato alla dimensione nazionale, e mostra quindi le sopravvenute deficienze della struttura statale» con la conseguenza della crisi della «sovranità economica dello Stato – dal momento che i confini territoriali non coincidono più con il controllo dell'economia -, con tutte le conseguenze che naturalmente discendono sulla sovranità politica e sulle forme classiche della democrazia in un'epoca in cui l'economia è diventata centrale rispetto a tutte le altre forme di discorso e l'autorità si è dispersa in molti centri di potere»¹².

2. La costituzione economica materiale nel diritto dell'era globale

È notorio che, quando ci si riferisce alla c.d. costituzione economica, si possa fare riferimento ad una pluralità di significati, in questa sede non riferibili nella sua

⁸ G. STELLA, *Carl Schmitt: parlamentarismo e governabilità*, in EAD., *Sovranità e diritti*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 194.

⁹ C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle politicizzazioni (1929)*, in ID., *Posizioni e concetti in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles 1923-1959*, trad. it. di A. CARACCILO, Giuffrè, Milano, 2007, p. 215. Un esempio di separazione della politica dalla tecnica quale segno del superamento delle interdipendenze tra razionalità economica e decisione politica può essere considerata la legge n. 262 del 2005, e succ. mod. (c.d. legge sul risparmio): cfr. F. CAPRIGLIONE, *Ordine giuridico e processo economico nell'analisi di Law and Economics*, in M. PELLEGRINI (a cura di), *Elementi di diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 16.

¹⁰ M. TERNI, *Stato*, 2014, p. 43.

¹¹ A. CARRINO, *Il problema della sovranità nell'età della globalizzazione*, in ID., *Il problema della sovranità nell'età della globalizzazione. Da Kelsen allo Stato-mercato*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2014, p. 168.

¹² P. PASSAGLIA, voce *Sovranità*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Vol. VI, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5650.

interrezza. Si può, però, evidenziare come la Costituzione insista ovunque nel «richiamare interessi sociali nell'ambito della disciplina dell'economia», così fornendo un'indicazione chiara su un punto e cioè che «la normativa in materia economica non si ispira ad una logica autonoma e differenziata da quella che caratterizza l'intera Costituzione nel suo complesso»¹³. Essa contiene non confondibili orientamenti politico-sociali affidati alle cure della legge (cioè del legislatore). Le disposizioni costituzionali inerenti la "materia" dell'economia («Rapporti economici»), cioè quelle che vanno dall'art. 35 all'art. 47, oltre beninteso agli articoli 4, 53, 81¹⁴ (come è noto riformato dalla legge cost. n. 1 del 2012) e 177, c. 2, lett. e) ed m) Cost., sono da considerarsi facenti parte di un unico *progetto*; hanno lo scopo di favorire la più ampia inclusione sia di quelli che ci sono, sia di quelli che verranno¹⁵; prefigurano un certo modello economico; assegnano alla Repubblica ineludibili compiti di intervento nell'economia; si propongono cioè di contribuire al programma di trasformazione sociale contenuto nell'art. 3, c. 2. Cost.¹⁶.

Il diritto dell'era globale ha messo in crisi la normatività della Costituzione e trovato giustificazioni per insinuarsi nei principi costituzionali sulla base di una nuova teorica della costituzione elastica volta a rendere il Testo costituzionale poroso e permeabile, riconsegnando alla mano invisibile – ammesso che ce ne sia una, direbbe Stiglitz – la determinazione delle regole nel mercato. In definitiva, ciò che, in passato, veniva demandato alla regolazione pubblica, oggi è affidato all'autodeterminazione dei comportamenti, il cui "controllo" ricade sotto "amministrazioni" che svolgono con «modalità indipendenti le relative funzioni»¹⁷.

La c.d. costituzione economica formale è *materialmente* corrosa o svuotata dai concomitanti, eppur differenti, fenomeni della globalizzazione e dell'integrazione europea. In presenza dell'attuale *caos* determinato dalla crisi economica internazionale si fatica a trovare formule adattative a quella che viene definita come la costituzionalizzazione dell'economia globale nella quale gli Stati appaiono più come «acquirenti di regole piuttosto che costruttori delle medesime»¹⁸.

Basti pensare agli indirizzi in materia bancaria predisposti dalla Banca dei Regolamenti Internazionali e, segnatamente, dal Comitato dei Governatori delle banche centrali, di cui poi l'Unione europea «segue pedissequamente le orme»¹⁹, per confermare come la direzione dell'economia possa prendere strade del tutto diverse da quelle indicate dalla Costituzione. E così, a titolo di esempio, è sufficiente considerare come il Comitato di Basilea dia l'impulso all'adozione di una determinata linea di politica creditizia e finanziaria, gli organi dell'Unione europea la facciano

¹³ M. LUCIANI, voce *Economia (nel diritto costituzionale)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, V, Utet, Torino, 1990, p. 377; ID., *Costituzione, tributi e mercato*, in www.apertacontrada.it, 23 luglio 2012.

¹⁴ M. LUCIANI, voce *Economia (nel diritto costituzionale)*, cit., p. 374.

¹⁵ E. BETTINELLI, *La Costituzione della Repubblica italiana. Un classico giuridico*, Rizzoli, Milano, 7^a ed., 2009, p. 14.

¹⁶ M. LUCIANI, voce *Economia (nel diritto costituzionale)*, cit., p. 375, *passim*.

¹⁷ F. CAPRIGLIONE, *Ordine giuridico e processo economico nell'analisi di Law and Economics*, cit., 13. V., inoltre, il prezioso contributo di M. PELLEGRINI, *Autoregolazione e controllo*, in EAD. (a cura di), *Elementi di diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 241 ss.

¹⁸ G. DI PLINIO, *Nuove mappe del caos. Lo Stato e la costituzione economica della crisi globale*, in G. CERRINA FERONI, G.F. FERRARI (a cura di), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 108.

¹⁹ F. MERUSI, *Contro la banca universale e la contabilità di stato bancaria*, in ID., *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, cit., p. 70.

propria, normalmente per il tramite di direttive, e gli Stati-“acquirenti” recepiscono quelle regole, potendo indicare solo i mezzi con cui farvi fronte.

E proprio con le direttive del Comitato di Basilea è stata introdotta nell'ordinamento la figura della banca universale (modello dell'impresa bancaria di matrice anglosassone), soggetto economico che ormai non si limita più a raccogliere il risparmio ed erogare il credito ma svolge qualsiasi attività finanziaria non bancaria, la quale viene considerata come una delle cause dell'esplosione della crisi economica, insieme alla cartolarizzazione dei rischi di credito e dell'invenzione di soggetti finanziari paralleli come le c.d. “banche ombra”²⁰.

La spinta alla destatalizzazione dell'economia è partita proprio dalla volontà degli Stati di dare maggiore spazio alla libertà dei commerci assecondando, in realtà, le spinte propulsive provenienti dalla società economica, cioè dal mercato. Sono queste le logiche sottese alla istituzione di autorità di tipo tecnico con l'obiettivo della tutela dell'interesse al buon funzionamento del mercato. In definitiva, i mercati hanno contribuito a creare le loro autorità le quali mutuano dallo Stato i poteri coercitivi come, del resto, insegna la storia statunitense (la *Interstate Commerce Commission* del 1887, la *Federal Trade Commission* del 1914 e la *Securities Exchange Commission* del 1934). Così anche per le autorità *antitrust* in Europa, le quali, sostiene un'attenta dottrina, non sono chiamate a svolgere un'attività di ponderazione di diversi interessi in gioco, bensì un'attività di controllo neutrale ed eminentemente tecnica pressoché estranea agli interessi in gioco²¹.

Sotto questo angolo visuale, dunque, le autorità indipendenti possono essere inquadrare quale epifenomeno della trasformazione dell'ordine economico, da un'economia mista costituzionalmente sancita, con una significativa prevalenza del ruolo affidato al “pubblico”²², a un'«economia sociale di mercato fortemente competitiva» (così definita dall'art. 3 della versione consolidata del Trattato sull'Unione europea). A differenza del modello di economia proposto dalla Costituzione, quello europeo privilegia la tutela del mercato aperto e concorrenziale basato, essenzialmente, sul *laissez-faire*, nell'ambito del quale le autorità indipendenti svolgono un ruolo centrale nel quadro della disciplina pubblica del mercato. Il modello dell'economia sociale di mercato, in estrema sintesi, dovrebbe essere orientato verso un ordine socio-economico (che oggi viene attribuito alla amministrazione Obama²³), nel quale lo Stato non può essere relegato a mero spettatore delle dinamiche del mercato o considerato quale decisore delle sole regole di omogeneizzazione e nei limiti di quelle del mercato, ma soggetto attivo dell'economia nella prospettiva della promozione della concorrenza in funzione della socialità. Le linee “politiche” dell'economia sociale di mercato, dunque, non escludono l'intervento statale nell'economia (beninteso senza intromissioni

²⁰ F. MERUSI, *Introduzione*, in ID., *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, cit., p. 4; ID., *Per un divieto di cartolarizzazione del rischio di credito*, in ID., *op. ult. cit.*, p. 53 ss.

²¹ P. DE CARLI, *Società civile, società economica e Stato nel diritto dell'economia*, in M. PELLEGRINI (a cura di), *op. cit.*, p. 230, p. 231, p. 233, p. 234.

²² La funzione prescrittiva della norma che, ad esempio, pone dei limiti all'iniziativa economica privata (commi 2 e 3 dell'art. 41 Cost., quale diretta esplicazione del principio fondamentale dell'eguaglianza) definisce l'agire statale non neutrale rispetto all'economia sia in termini di *supply side economy* sia in termini di tutela della persona socialmente qualificata.

²³ D. VELO, *Social Market Economy and the Future of European Unification*, in J.-M. GIL ROBLES, F. DE QUADROS, D. VELO (ed.), *The European Union and Social Market Economy*, Cacucci, Bari, 2014, p. 6.

nell'autonomia privata), ritenuto necessario proprio per rafforzare il *sistema di welfare*, al fine di conseguire l'obiettivo della giustizia sociale. E, infatti, è proprio dietro impulso delle istituzioni comunitarie, in particolare della Commissione, che sono state istituite talune autorità indipendenti, soprattutto per traghettare le attività in regime di monopolio statale verso la privatizzazione e la libera concorrenza²⁴.

Insomma, tale processo segna il passaggio dal "*positive State*" al "*regulatory State*" finalizzato ad instaurare un modello di efficienza economica attraverso il mantenimento della concorrenza (quando lo Stato privatizza) – aprendo all'ingresso di nuovi soggetti economici nel mercato – e, al contempo, a migliorare le garanzie in favore dei consumatori, a proteggere l'ambiente, a tutelare la sicurezza dei prodotti e così via²⁵. Anche se, occorre porre in luce come la *vigilanza indipendente* sembra ora messa in discussione e forse sotto certi aspetti anche oggetto di ripensamento tanto che delle *authorities* o, almeno, delle funzioni spettanti a qualcuna di esse, si è persino parlato di declino²⁶, che si ritiene cominciato, almeno in Italia, a partire dai noti dissesti aziendali degli inizi dell'anno 2000²⁷ fino all'esplosione della crisi economica (proprio a causa della «debolezza del mercato in quanto non adeguatamente o insufficientemente regolato»²⁸), per giungere, infine, ai "fatti" più recenti coinvolgenti l'attività di vigilanza della Consob e della Banca d'Italia con riferimento al fallimento di quattro istituti di credito.

In realtà, la "politica" sembra abbia "concesso" troppo alle *authorities* di vigilanza dei mercati, le quali, spesso, svolgono un ruolo attivo nel governo dell'economia sia perché non è infrequente notare come siano le stesse autorità politiche nazionali a rinunciarvi dato che talune decisioni possono essere controproducenti dal punto di vista elettorale (così rinunciando «all'esercizio della responsabilità politica»²⁹) o perché è la politica nazionale ad essere incapace di "governare" le dinamiche dell'economia sia perché, a livello europeo, si è lasciato il campo, fra l'altro, alla cooperazione funzionale fra i regolatori e gli organi di governo comunitari, i quali determinano un'attività disciplinare, per dir così, a cascata, che può sostanziarsi nell'adozione di pareri e raccomandazioni ma anche di provvedimenti a contenuto obbligatorio rivolti alle autorità nazionali³⁰ (divenendo poi l'alibi del decisore politico nazionale).

²⁴ P. BILANCIA, *The Social Market Economy Model between the Italian Constitution and the European Treaties*, in J.-M. GIL ROBLES, F. DE QUADROS, D. VELO (ed.), *op. cit.*, p. 127.

²⁵ Cfr. R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia. Profili giuridici*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 120 ss.

²⁶ M. DE BENEDETTO, voce *Autorità indipendenti*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, la quale richiama la posizione espressa da M. Clarich, p. 595.

²⁷ F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno* (versione parziale e provvisoria), Relazione svolta al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Catania, 14-15 ottobre 2005, *paper*.

²⁸ M. GIACHETTI FANTINI, *Le autorità amministrative di regolazione e di vigilanza*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012, Jovene, Napoli, 2012, p. 491.

²⁹ D. SICLARI, *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, Cedam, Padova, 2007, p. 15.

³⁰ Come, ad esempio, nel caso dell'Agenzia per la cooperazione dei regolatori dell'energia (A.C.E.R.): cfr. L. CHIEFFI, *Sviluppi e prospettive della politica comune europea per l'energia. Lo specchio dei ritardi e delle contraddizioni del processo di integrazione*, in L. CHIEFFI, F. PINTO (a cura di), *Il governo dell'energia dopo Fukushima. Indirizzi europei ed evoluzione delle politiche nazionali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, p. xxxi-xxxii.

3. La debolezza del delegante e il potere del delegato

Con la delega di significative funzioni assegnate alle autorità indipendenti si affida a queste ultime il compito di «esercitare poteri normativi, amministrativi e decisionali con piena autonomia di giudizio e di valutazione»³¹ di specifici settori dell'ordinamento³². Resta da vedere fino a che punto questi poteri siano adeguati o efficienti rispetto all'obiettivo che la regolazione indipendente intende perseguire³³.

È noto, del resto, come quello dell'efficienza costituisca un vincolo sostanziale cui i pubblici poteri che intervengono nell'economia sono soggetti per evitare i rischi di destabilizzazione e di (successivo) declino del sistema economico³⁴ ma anche per migliorare la concorrenza e l'efficienza dei servizi e per tutelare gli interessi dei consumatori e degli utenti³⁵.

In tal senso, si potrebbe dire che il rapporto tra autorità indipendenti e costituzione economica assuma una caratterizzazione in termini di coesistenza critica, con ciò volendo significare come le prime, ormai inserite appieno nel circuito istituzionale, svolgano un ruolo "concorrente", per così dire, con gli obiettivi posti dalla seconda facendone emergere, per l'appunto, talune criticità derivanti, principalmente, dai mutamenti delle condizioni e dei vincoli *materiali* determinatisi per effetto delle trasformazioni avvenute nella sfera dei rapporti economici.

Il rapporto intercorrente tra delegante (il potere politico) e delegato (le autorità indipendenti) è posto in termini atipici e singolari, anche perché l'oggetto della delega sembra essere piuttosto ampio, dato che può comprendere non soltanto poteri di *rule-making* ma anche di *adjudication*³⁶, funzione, quest'ultima, valorizzata dal legislatore nazionale e dalle istituzioni comunitarie non tanto o non solo quale sede privilegiata della risoluzione delle controversie, cioè in termini di tutela delle situazioni giuridiche soggettive, ma anche nella prospettiva del buon funzionamento del mercato o, forse, sarebbe meglio dire, *nel* mercato³⁷. Tanto è vero che si rileva un indirizzo legislativo volto al recupero di taluni poteri governativi incidenti sulle autorità di regolazione quasi a voler ripristinare il (perduto) primato della politica sull'economia come, ad esempio, nel caso della determinazione delle tariffe energetiche giustificata come intervento necessario finalizzato al controllo dell'inflazione³⁸.

³¹ G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 234.

³² F. CAPRIGLIONE, *Ordine giuridico e processo economico nell'analisi di Law and Economics*, cit., p. 15.

³³ La *law and economics*, infatti, contribuisce ad individuare e a chiarire la direzione delle decisioni pubbliche per quanto concerne l'*adeguatezza* dei mezzi utilizzati dallo Stato e dalle sue articolazioni (ma anche dalle autorità comunitarie ed internazionali), per conseguire gli obiettivi normativamente definiti dalla Costituzione e dalle leggi privilegiando l'efficienza.

³⁴ Cfr. G. PEDRINI, A. RINALDI, *Il criterio di efficienza nel controllo delle concentrazioni bancarie tra tutela della concorrenza e attività di vigilanza*, in www.side-isle.it, 10 ottobre 2008, p. 7, *passim*.

³⁵ A. DE CHIARA, *Attività private, interesse pubblico e decisioni amministrative sulle liti*, cit., p. 167 ss.

³⁶ G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, cit., p. 235.

³⁷ S. LUCCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 2-4.

³⁸ C. IANNELLO, *L'indipendenza delle autorità di regolazione tra diritto interno e comunitario*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Il processo di integrazione europea tra crisi di identità e prospettive di ripresa*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 235 ss.

D'altro canto, è sufficiente volgere l'attenzione alle cosiddette *attività di indirizzo politico di settore* svolte dall'autorità di vigilanza bancaria per provare l'esistenza di poteri sostanzialmente, cioè «oggettivamente politici»³⁹. Con il che, però, si dilata l'ambito di azione delle autorità indipendenti e, correlativamente, si riduce quello della responsabilità politica. Va da sé, dunque, che, ad esempio, la funzione di vigilanza bancaria e quella *antitrust*, ispirandosi al criterio dell'efficienza, assumano quale obiettivo di fondo la riduzione dei costi dell'intervento pubblico in campo economico e la realizzazione di un "sistema" che contemperi tanto le ragioni della stabilità come quelle della tutela della concorrenza⁴⁰. Si consideri, ad esempio, il "peso" che riveste il potere di segnalazione/sollecitazione⁴¹ in ordine alle (eventualmente) rilevate necessità di por mano a riforme di carattere legislativo⁴². Di non secondaria importanza sono poi i "suggerimenti" in tema di politica economica come, ad esempio, quelli formulati dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in ordine alla «necessaria» valorizzazione del rapporto intercorrente tra concorrenza, crescita e consolidamento dei conti pubblici che «devono» essere riportati al «centro della politica economica nazionale»⁴³ per tentare di uscire dalle condizioni negative della crisi mondiale, la quale dovrebbe essere combattuta attraverso politiche espansive – in una fase peraltro ritenuta favorevole per effetto del deprezzamento dell'euro e del calo del prezzo del petrolio – "profittando" dell'impulso fornito dalla B.C.E. con il *quantitative easing*, ora alla sua fase 2, agganciando a quest'ultimo politiche di liberalizzazione e promovendo riforme strutturali⁴⁴.

4. Il governo dell'economia in frantumi e la politica economica del diritto

La politica economica e quella monetaria, insieme al Patto di stabilità, hanno privato i governi nazionali dei loro poteri di governo dell'economia e, pertanto, i fini perseguiti dalla c.d. costituzione economica sono divenuti pressoché inattuabili o, in ogni caso, fortemente indeboliti. Si tratta di opzioni riconducibili al catalogo concettuale della *politica economica del diritto* la quale si prefigge di "agire" sulla normativa con l'obiettivo di ridurre la spesa pubblica al minimo, se non allo zero⁴⁵, e

³⁹ D. SICLARI, *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, cit., p. 13. Alle richiamate attività si può fare riferimento allorché si invocò la difesa della *italianità* al manifestarsi di interessi di acquisizione della proprietà di talune banche nazionali da parte di acquirenti esteri: in quel caso, la Banca d'Italia, competente al rilascio dell'autorizzazione, non esercitò il suo potere in modo neutrale ma adottò un atto di indirizzo politico sostanziale (cfr., ID., *op. ult. cit.*, p. 4).

⁴⁰ G. PEDRINI, A. RINALDI, *Il criterio di efficienza nel controllo delle concentrazioni bancarie tra tutela della concorrenza e attività di vigilanza*, cit., p. 8.

⁴¹ A. ARGENTATI, *Concorrenza e liberalizzazioni: i nuovi poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, n. 1, 2012, www.rtde.luiss.it, p. 21 ss.

⁴² F. COCOZZA, «Costituzione economica» e sistema delle fonti, in ID., *Diritto pubblico applicato all'economia*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 183.

⁴³ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione annuale sull'attività svolta* – La politica di concorrenza nell'economia italiana. Profili evolutivi e linee di intervento, 31 marzo 2015, p. 8.

⁴⁴ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Relazione annuale sull'attività svolta*, cit., p. 8.

⁴⁵ L.A. FRANZONI, D. MARCHESI, *Economia e politica economica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 186.

sul presupposto del ritiro dello Stato dalle funzioni di regolazione dell'economia⁴⁶. Un obiettivo che si ritiene di poter conseguire per il tramite, tra l'altro, delle autorità indipendenti con le quali ci si propone di modificare/regolare la struttura di taluni mercati, ad esempio, quello della concorrenza nel settore industriale, dei servizi pubblici, finanziario, dell'energia e così via, sia con lo strumento legislativo, fra cui occupa un posto di rilievo quello delle privatizzazioni, delle liberalizzazioni, della semplificazione amministrativa e giudiziaria, sia quello della regolazione indipendente. L'autoregolazione incide profondamente sulle funzioni tipiche del diritto, il quale da strumento ordinatore di un *quadro* di regole, principi e istituti diffusi e consolidati nella società si trasforma in un sistema di disposizioni che favoriscono, o dovrebbero facilitare, la formazione di determinati comportamenti sui destinatari delle norme (in particolare imprese, soggetti pubblici) allo scopo di conseguire risultati economici prestabiliti dall'autorità che ha ricevuto titolo dall'ordinamento giuridico.

L'interazione o il rapporto fra diritto ed economia, dunque, dovrebbe svolgersi sul terreno comune delle *finalità* che un ordinamento dato si prefigge di raggiungere. La c.d. costituzione economica, quanto alla citata interazione, opera una precisa scelta di campo, "preferendo", di norma, la legge quale strumento di regolazione di un settore economico. Ragioni di efficienza e di rapidità nelle decisioni "giustificherebbero" un approccio sostanzialista quanto all'attività di produzione del diritto: secondo tale orientamento, il potere regolamentare delle autorità sarebbe strettamente connesso agli articoli 41 e 47 della Costituzione (soprattutto in ragione del mutato oggetto della tutela, in particolar modo quella del risparmio, determinato dallo «scenario del mondo finanziario»⁴⁷), ma con un pesante sacrificio delle funzioni tipiche di competenza degli organi costituzionali⁴⁸, confermandosi la tesi della «parabola discendente» dell'istituto della riserva di legge determinato proprio dall'«ampliamento dei poteri di organi estranei al circuito rappresentativo»⁴⁹.

Il tema è di grande importanza proprio con riferimento alla produzione di fonti secondarie del diritto pubblico dell'economia, soprattutto dei regolamenti esterni, potere peraltro espressamente previsto dalle leggi istitutive delle singole autorità (in particolare Banca d'Italia e Consob). Le regole giuridiche poste dalle autorità sono «ricavate dalle leggi del mercato» ed ormai, considerate le funzioni delle dette autorità, tale potere normativo rientrerebbe nel fenomeno della delegificazione⁵⁰, che può ascriversi, forse a buona ragione, ad una sorta di *regolazione dipendente dal mercato*. Si tratterebbe, in definitiva, di modalità di produzione del diritto unilaterali e funzionali alle esigenze del mantenimento dell'ordine artificiale del mercato attraverso un processo ascensionale di giuridificazione dal fatto al diritto.

Si pensi, ancora, all'integrazione "eteroindotta" della fonte gerarchicamente superiore del diritto pubblico dell'economia in tema di sistema dei pagamenti (Banca d'Italia) o di regole di comportamento delle imprese assicuratrici (I.S.V.A.P.). Si

⁴⁶ E. CASSETTA, S. FOÀ, *Pubblica amministrazione*, in *Digesto*, IV ed., Discipline Pubblicistiche, Aggiornamento, Utet, Torino, 2000, p. 455.

⁴⁷ S. AMOROSINO, *La "costituzione economica": note esplicative di una nozione controversa*, in *Riv. Trim. Dir. Econ.*, n. 4, 2014, www.rtde.luiss.it, p. 234.

⁴⁸ L. CUOCOLO, *Le autorità indipendenti*, cit., p. 523.

⁴⁹ M.P. IADICICCO, *La riserva di legge nelle dinamiche di trasformazione dell'ordinamento interno e comunitario*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 215-216.

⁵⁰ F. COCOZZA, «Costituzione economica» e sistema delle fonti, cit., p. 182-183.

consideri, inoltre, il crescente utilizzo degli strumenti finanziari non tradizionali che ha provocato, come nel caso dei derivati, consistenti perdite finanziarie sia nel settore privato sia negli enti territoriali⁵¹, un percorso che segna l'avvento di fenomeni come la «finanza di massa» e il «mercato finanziario autoreferenziale»⁵². Le autorità di vigilanza, in alcuni casi, si sono limitate a svolgere una funzione di “semplice” monitoraggio del “fenomeno derivati” al fine di valutare l'impatto sulla stabilità degli operatori finanziari e dei mercati⁵³. In altre circostanze, negli Stati Uniti come in Europa, la pratica di scambio di *hedge fund* adottata fra banche a prezzi di favore e con clausole di riacquisto al fine di stabilire fra le medesime un prezzo di mercato falsificato – magari investendo parte del fondo pensione dei propri dipendenti⁵⁴ – è sfuggita, probabilmente solo «apparentemente», dal controllo delle autorità *antitrust*: non certo un servizio efficace reso al buon funzionamento del mercato⁵⁵. È risaputo, peraltro, come siano le stesse banche centrali ad utilizzare i derivati per coprire i rischi di tassi di interesse e di cambio ai fini della gestione delle riserve così come i governi ricorrono agli *swap* per gestire il debito pubblico. Ciò a conferma del fatto che tale strumento finanziario non venga visto in un'ottica negativa dato che si ritiene che il problema non sia tanto, o non solo, quello della natura del suddetto strumento quanto la sua gestione e, conseguentemente, l'impatto che può provocare, tra l'altro, in termini reputazionali. Il ruolo dell'autorità di vigilanza, sotto questo profilo, è, quindi, rilevantissimo nella prospettiva della politica economica del diritto. Perseguire determinati obiettivi economici per il tramite della regolamentazione può consentire di addivenire a risultati che non soltanto abbiano quale punto di riferimento essenziale il buon funzionamento del mercato ma anche quello della tutela costituzionale del risparmio.

Non si ignora come la prospettiva della politica economica del diritto si fondi sull'assunto in base al quale l'autoregolazione possa svolgere un ruolo equivalente a quello della legislazione. Su questo terreno, in effetti, ben poche appaiono le possibilità di coordinare la regolazione indipendente e le disposizioni contenute nella c.d. costituzione economica, la quale, invece, “vuole” l'intervento del legislatore proprio a tutela delle situazioni sociali maggiormente bisognose di intervento e, comunque, in generale, a fini sociali. L'autoregolamentazione potrebbe anche non escludere del tutto la funzione attiva della legislazione e quindi del diritto. Nei Paesi di *common law* l'autoregolamentazione può conoscere svolgimenti maggiori perché colà vengono garantiti più ampi margini di autonomia al settore privato. Più complicato sembrerebbe presentare questo approccio nei Paesi di *civil law* dove si registra un certo accentramento dei poteri in capo allo Stato. La regolamentazione autoprodotta dal connubio autorità/mercati non può rimanere, per dir così, “un fatto

⁵¹ Corte cost. n. 50 del 2010 e n. 70 del 2012 su cui v. D. MORGANTE, *Il principio di copertura finanziaria nella recente giurisprudenza costituzionale*, in www.federalismi.it, aprile 2013; M. CARDINI, *La tutela degli “equilibri di bilancio” delle Regioni nella sentenza n. 70/2012 della Corte costituzionale alla luce dei nuovi articoli 81 e 119 della Costituzione (nota sentenza 28 marzo 2012, n. 70)*, in Amministrazioneincammino.it, 2012.

⁵² G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Cedam, Padova, 2011, p. 158.

⁵³ G. ARDIZZI, M. LANOTTE, *Lo sviluppo della finanza innovativa e i rischi collegati nell'analisi del fenomeno economico dei derivati*, in C. ROSSANO, D. SICLARI (a cura di), *Interesse pubblico e controllo della finanza innovativa*, Cedam, Padova, 2006, p. 7.

⁵⁴ F. MERUSI, *Per un divieto di cartolarizzazione del rischio di credito*, cit., p. 55.

⁵⁵ G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, cit., p. 246.

privato” ma dovrebbe restare nell’alveo del *rule of law* proprio per rispondere a quell’imperativo cui la Costituzione assoggetta il legislatore stesso, considerato che è proprio l’eccesso di deregolamentazione che contribuisce a far aumentare i rischi di instabilità sistemica⁵⁶.

La politica economica del diritto *antitrust*, ad esempio, giuoca un ruolo essenziale nel settore della concorrenza svolgendo quello che è stato definito come un «ruolo di regolazione attiva del mercato»⁵⁷. Il riferimento è all’attivazione di strumenti negoziali concernenti la procedura sanzionatoria al fine di evitare l’insorgere di pratiche anticoncorrenziali fra imprese in grado di obbligare i soggetti coinvolti ad assumere determinati comportamenti ritenuti illeciti da parte dell’amministrazione indipendente⁵⁸. L’Autorità *antitrust*, in tal modo, si pone in una posizione attiva nel mercato indirizzandone le dinamiche verso taluni obiettivi indipendentemente (o quasi) dalla commissione di illeciti da parte degli operatori⁵⁹. La sanzione ipotizzata, che l’autorità intende scongiurare, diviene, dunque, uno strumento molto potente attraverso il quale essa opera quale “custode” del buon funzionamento del mercato e quale “guida” delle dinamiche nel singolo mercato nel quale agiscono gli operatori economici sia prevenendo che si verifichino certe situazioni anticoncorrenziali sia favorendo l’adozione di determinati comportamenti che essa ritiene economicamente ma soprattutto politicamente necessari.

In conclusione, le autorità indipendenti sembra abbiano conquistato “sul campo”, per varie ragioni, il compito non solo di tutelare la concorrenza ma anche di creare norme (regolazione), realizzando, forse il sogno dei «programmatori» dell’economia e cioè «dare ordini ai privati e addirittura, in qualche caso, sostituirli nella produzione di negozi giuridici», ribaltando, in definitiva, il dettato dell’art. 41 Cost. assumendo che i programmi e i controlli «sono costituzionalmente legittimi solo se servono a tutelare l’iniziativa imprenditoriale privata che si realizza, in quanto libertà economica, in un mercato concorrenziale»⁶⁰.

⁵⁶ G. DI GASPARE, *Diritto dell’economia e dinamiche istituzionali*, II ed., Cedam, Padova, 2015, p. 207.

⁵⁷ R. MANFRELOTTI, *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato. Programmazione della concorrenza e modelli di tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 114.

⁵⁸ Art. 14-ter della legge n. 287 del 1990

⁵⁹ R. MANFRELOTTI, *Autorità indipendenti e funzione sociale del mercato*, cit., p. 113.

⁶⁰ F. MERUSI, *La disciplina pubblica delle attività economiche nei 150 anni dell’Unità d’Italia*, in ID., *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, cit., p. 96.