

UGO ROSSI MERIGHI

AUTORITÀ INDIPENDENTI
TRA CRISI ECONOMICHE E REGOLAZIONE

SOMMARIO. I. *Crisi economiche e autorità indipendenti* II. *Certezze e incertezze sul genus autorità indipendenti*. III. *Autorità indipendenti in funzione di garanzia*.

I. *Crisi economiche e autorità indipendenti*

PREMESSA

Nell'affrontare il tema delle autorità indipendenti non si può prescindere da un sia pur breve riferimento alla crisi economica che ha coinvolto il nostro, i paesi europei (la crisi greca è apparsa per ultima)¹ e le nazioni extraeuropee.

In realtà le crisi si sono succedute in due fasi distinte nel decennio.

Gli scandali negli ambiti del risparmio, del credito e dell'intermediazione finanziaria nei primi anni del secolo hanno messo a dura prova le considerazioni dei regolatori italiani.

Proprio all'indomani della attenuazione delle sanzioni penali per il falso in bilancio, vi sono state occasioni in cui i risparmiatori sono stati gravemente danneggiati: si ricordino i bonds argentini, le obbligazioni della Cirio e le vicende della Parmalat.

Mentre, all'interno la propensione al risparmio era aumentata (2003), nei paesi esteri si era avviato un mercato sovranazionale delle obbligazio-

¹ Nel dicembre 1009 le agenzie di rating declassarono la Grecia. Atene approvò per il 2010 due successivi piani di austerità. Le misure adottate provocarono scioperi e moti di piazza. Di fronte a nuovi declassamenti la Grecia firmò con 16 paesi dell'Unione europea un'intesa per 110 milioni di euro di aiuti, ma si rese infine necessaria la partecipazione del Fondo monetario internazionale con il varo di una "rete" da 750 miliardi per impedire che la crisi greca raggiungesse l'euro e per sostenere i mercati finanziari e eventuali altri paesi in difficoltà", nel proposito di avviare una "cultura della stabilità", ma è seguita la crisi irlandese.

ni societarie con la frequente emissione di titoli obbligazionari privi di garanzie per i risparmiatori.

Le obbligazioni venivano in parte acquistate da nuclei familiari presso le banche senza alcuna informativa circa i possibili rischi. Il tracollo della Cirio coinvolse circa 30.000 risparmiatori: i titoli emessi in Lussemburgo erano collocati nell'euromercato e acquistati dai piccoli risparmiatori, sui quali si riversava parte dei notevoli debiti del gruppo. Peraltro sin dalla fine degli anni novanta le maggiori imprese industriali in Italia avevano mutato la composizione dei loro debiti finanziari, preferendo ricorrere alle emissioni obbligazionarie piuttosto che accrescere l'esposizione verso le banche.

La Parmalat subì la sua crisi per l'aumento dell'indebitamento a fronte dell'acquisizione di altre società, con scarsi margini di profitto, operazioni in parte proposte come "favore da alcuni banchieri".

I titoli (azioni e poi obbligazioni) per 7 miliardi di euro coinvolsero oltre 80.000 risparmiatori. Si aggirò sui 14 miliardi il debito dell'azienda.

La tutela del risparmio era in notevole sofferenza, tanto che ad un dato momento in sede governativa si espresse l'esigenza di promuovere la creazione di un'autorità a tutela del risparmio.

Sotto il profilo della responsabilità il governo (Tremonti) sosteneva che l'operato della Consob "oggettivamente" inefficiente si era poi intensificato. Il governatore della Banca d'Italia sostenne che nelle sue competenze non rientravano i bilanci delle imprese, nè le obbligazioni quotate, essendo sotto la vigilanza della Consob². Seguì la legge 262/2005 sulla tutela del risparmio che ha incrementato i poteri della Consob, rivisto struttura e funzioni della Banca d'Italia, dettando norme sui reati societari³.

L'ulteriore fase della crisi economica data dal finire dell'anno 2008. E nuovamente i problemi hanno riguardato il risparmio e in particolare l'accensione di mutui.

Sulle esposizioni bancarie ha influito l'accensione di mutui a tasso va-

² Le due Camere promossero un'indagine conoscitiva sulla tutela del risparmio, svolta dalle commissioni finanze e industria del Senato, congiuntamente alle commissioni finanze e attività produttive della Camera (XIV legislatura, 2003-2004).

³ V. F. CAPRIGLIONE (a cura di), *La nuova legge sul risparmio*. Padova, 2006; MILANI, *La riforma del risparmio: aspetti penalistici*, in www.dircomni.it febbraio 2006.

riabile⁴; come è noto, i mutui a tasso variabile hanno sortito nel tempo effetti deleteri per il risparmiatore in quanto l'incremento costante dei tassi d'interesse ha condotto i bilanci familiari ad una situazione costantemente "in rosso"; ed è a questo punto che la normativa bancaria (e sostanzialmente l'aspetto del diritto) ha posto in minoranza la componente economica⁵.

Si è trattato di un fattore inatteso, in quanto i dati ufficiali offerti dalla Banca d'Italia nella relazione al Parlamento per il 2007, ma relativi al periodo 2006, contemplavano dati ottimistici anche sotto l'aspetto della produzione di risparmio nell'ambito dei bilanci delle famiglie italiane.

Si ridusse, pertanto, la quota del reddito e del risparmio destinata al consumo. Conseguenziale è stata la riduzione dell'offerta di beni e servizi, stante la contrazione della domanda.

Le statistiche hanno rilevato che nel periodo delle festività 2008/2009 si è verificata una riduzione dei consumi del 25%. Più pesante la congiuntura per l'impresa.

È tuttavia convinzione concreta che vi siano fattori trainanti esterni all'economia nazionale. Negli USA la congiuntura economica negli ultimi mesi della Presidenza Bush è stata pesantissima. Alcune banche fallirono, altre riuscirono a superare la congiuntura in virtù di interventi della mano pubblica.

Le maggiori industrie automobilistiche furono in situazioni fallimentare. La Chrysler ebbe l'ausilio del gruppo Fiat⁶.

In Germania gravissima la situazione della Opel, che aveva investito per estendere la produzione a fronte di un calo della domanda. Il cancel-

⁴ Nei mutui a tasso variabile è stato determinante in negativo il tasso *euribor* (acronimo di euro Int Bank of Rate), un tasso di riferimento, che si calcola giornalmente e che indica il tasso d'interesse medio delle transazioni finanziarie in euro tra le principali banche europee; attualmente il tasso *euribor* viene fissato dalla ERG (European Banking Federation) come media dei tassi di deposito interbancario tra un insieme di banche; ed è usato come tasso base per calcolare interessi variabili; come quello dei mutui, nei quali al valore *euribor*, si aggiunge lo *spread*; è evidente che la fissazione della misura dell'*euribor* è soggetta a fluttuazione che determinano una rilevante variazione dei tassi.

⁵ Quando gli esiti dei conflitti sfociano in contenuti di norme si parla di "pangiuridicismo"; vedi IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Diritto ed Economia*, Padova, 1999, 296, ss. Vedi anche CAPOGROSSI, *Pensieri vari su economia e diritto*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940.

⁶ Si deve distinguere la "New Chrysler" e la "old Chrysler". Quest'ultima aveva ricevuto dall'amministrazione Bush crediti-tampone e da Obama, anch'egli per la linea interventista, prestiti "ricambiati" da azioni.

liere Merkel intervenne preoccupata delle conseguenze sull'occupazione e dei temuti fenomeni di recessione.

In Italia la Fiat, di fatto detentore del monopolio nella produzione dell'auto, mise in cassa integrazione ben 50.000 dipendenti.

Gli auspicati (Confindustria) interventi dello Stato seppure opportuni, se reali conducono ad un allontanamento dei valori del libero mercato, che dovrebbe essere oggetto di tutela (authority) ed all'affermarsi di un marcato interventismo di Stato.

“La crisi economica mondiale ha indebolito la fiducia nella concorrenza, quale fattore indispensabile per favorire la crescita della produttività, dell'occupazione [...]”.

La recessione ha, infatti, aumentato la richiesta di intervento pubblico per sostenere le imprese in crisi, per fronteggiare la disoccupazione. Le politiche di tutela e sostegno alla concorrenza, destinate a produrre i loro effetti migliori nel medio e lungo periodo, non sono affrontate nelle fasi di recessione, in cui vengono invocate politiche pubbliche che producono effetti rapidi sul sistema economico⁷.”

Nell'export le notevoli riduzioni hanno mortificato le attese delle industrie, specie del Nord. A gennaio 2009 l'importazione verso i Paesi fuori dell'area euro scesero del 29,9 per cento rispetto all'anno precedente⁸.

In una situazione di crisi così articolata fu evocata la grande depressione del 1929⁹. Oggi alla richiesta dell'industria di un patto a tre: governo, banche, imprese, si alterna l'esigenza che le banche mantengano le operazioni creditizie, con un fondo di garanzia contro i rischi.

II. *Certezze e incertezze sul genus autorità indipendenti*

L'espressione “autorità indipendenti” non ha un significato preciso. Singole leggi nel tempo hanno istituito strutture dotate di varia denomi-

⁷ Il vircolato riprende la relazione 2009 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, XVI legislatura Camera dei Deputati, doc. XLV, n. 3, 12 ss.

⁸ È vero però che dal marzo 2010 il commercio estero italiano ha segnato un rilancio. L'export è aumentato del 17,19. L'incremento è più forte verso i Paesi dell'unione europea (+20,5%); mentre per i Paesi esterni è più 12,5%.

⁹ In quella congiuntura negli Stati Uniti, dopo le esitazioni del Presidente Hoover, il Presidente Roosevelt con l'autorevole ausilio tecnico di John Maynard Keynes, avviò una coraggiosa politica della “spesa pubblica”.

nazione (autorità, garante, commissioni, istituto) e di difficile concretizzazione a giudicare dalla titolazione¹⁰.

La caratteristica comune è la nomina a diverso titolo e con distinte procedure di “esperti” (o saggi) di indiscussa indipendenza e dotati di riconosciuta professionalità. Pur se questi scarsi elementi inducano già a ritenere le autorità di diversa natura rispetto ad altre organizzazioni (dicasteri, enti pubblici), pur tuttavia le rilevate incertezze hanno indotto a ritenere la vicenda delle autorità di sapore “pirandelliano”, discutendosi sul come sono nate, sui compiti di ognuna¹¹, sui rapporti fra loro, con il Parlamento. Si aggiungono nuovi temi di discussione mutuati dalla Unione Europea¹².

È stato il sopravvenire degli scandali finanziari dell'Occidente sviluppato a richiedere un chiarimento sui motivi di fondo dell'istituzione di nuovi modelli (quali le autorità indipendenti). Si è presa in esame la natura giuridica delle autorità indipendenti, individuando *authoritys* di vigilanza e di garanzia¹³.

A ben vedere se si esamina l'espressione “autorità indipendenti”¹⁴ si argomenta che “autorità” designa un potere, una fonte imperativa, eteronoma. Autorità sembra indissociabile da statalità, solo che lo Stato, ri-

¹⁰ Sulle autorità indipendenti, sviluppatasi in Italia negli anni novanta la bibliografia è vasta. Vedasi TIMSIT (a cura di) *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, 1988; BASSI-NERUSI, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993; AMATO, *La cultura della concorrenza in Italia dagli anni '80 al 2000*, in *Concorrenza e Autorità Antitrust*. Un bilancio a dieci anni dalla legge in 'Atti del convegno, Presidenza Consiglio', Roma 2000; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari 1998; ALPA (a cura di), *I diritti dei consumatori e degli utenti*, Milano 2005; TESAURO, D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2005; ROSSI MERIGHI, *Diritto pubblico dell'economia*, lezioni universitarie, Pavia, 2009; numerose anche le indagini conoscitive promosse dalle due Camere (che verranno citate *ultra*).

¹¹ Il Predieri (nel corso dell'indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti) definì il tema “complesso, difficile”, manifestatosi, con una straordinarietà di forme e di tipologie”, v. I Commissione della Camera, XIII legislatura, seduta del 12 maggio 1999, 14 ss.

¹² La Commissione europea ha predisposto proposte di regolamento concernenti l'istituzione di nuove *autorità di vigilanza “europee”* per i rischi in materia finanziaria, V. l'audizione del Presidente della Consob Cardia, nell'ambito dell'esame della comunicazione di quella commissione (COM (2009) 252). V. Commissione Finanze della Camera dei Deputati XVI legislatura, seduta del 16 settembre 2009.

¹³ AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997, 658 ss.

¹⁴ Osserva N. IRTI che la formula “suscita curiosità e sospetto già nella combinazione linguistica” (*L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998).

traendosi dalla titolarità di proprietà ed aziende, non può tornare sotto la specie di autorità. L'altro termine "indipendente" designerebbe il "non dipendere" dall'autorità, nè dai privati, nè dal potere esecutivo. Non dai privati, cosicché i "vincoli" statuiti dall'Autorità e dal Garante sono *regole* (e non hanno carattere negoziale); non dal potere esecutivo, per cui la cd. autorità non sarebbe organo dell'amministrazione, ma un'istituzione¹⁵ chiamata ad attuare la legge, in un ambito specifico dell'economia¹⁶.

Quali i modi per individuare i titolari dell'autorità? Si è prescelto il sistema della nomina (governativa o parlamentare) che comporta una responsabilità "indiretta", neppure verso i soggetti votanti, poiché la fiducia politica "si esaurirebbe" con la nomina iniziale. Le autorità sarebbero provviste di "indipendenza irresponsabile" giustificata dalla "neutralità".

Il significato politico della neutralità sarebbe riconosciuto in spregio dello Stato pluralistico dei partiti¹⁷.

Nè si sottovaluti che l'autonomia delle autorità consente loro di farsi diretta espressione della tutela dell'imprenditore, del risparmiatore, dell'investitore, del contraente debole nel settore assicurativo, del consumatore.

Circa la natura giuridica delle *authoritys* prevale la tesi della natura amministrativa; ma vi si contrappone la teorica che riconduce le amministrazioni indipendenti alla giurisdizione, avendo "tratti" della loro azione.¹⁸

Suggestiva è la configurazione delle autorità indipendenti come un "tentativo per affrontare il problema dell'efficienza nella pubblica amministrazione"¹⁹.

¹⁵ Sulle "istituzioni" fondamentale il contributo di SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945. Ed ancora BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1955.

¹⁶ L'indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti affrontò il tema dei rapporti delle autorità con gli altri soggetti istituzionali, escludendo la totale 'franchigia' dall'indirizzo politico governativo. In taluni casi la legge prevede l'osservanza di indirizzi governativi di politica generale. Il Parlamento rivendica un potere di controllo sulle Autorità, peraltro tenute alla presentazione alle Camere di una relazione annuale sull'attività svolta, cit., 209 ss.

¹⁷ B. SCHMITT, *Il custode della Costituzione* (1931), trad. it., Milano, 1981, p. 175.

¹⁸ Tuttavia, non essendo i poteri quelli del giudice, si parla di natura quasi-giurisdizionale.

¹⁹ PERRUCCI-SCHIATTARELLA, *Le autorità indipendenti*, in *Istituzioni tra mercato e Stato*, a cura di N. Acocella, Roma 1999. 79, nonchè E. GRAZIANI, *Il mercato tra diritto, economia e politica*, Torino, 2005, 116 s.

Quali in concreto i poteri delle autorità?

I poteri normativi rivestono i caratteri della normazione secondaria quindi subordinata alla normazione primaria, poteri esercitati con larghezza²⁰.

Talora gli atti disciplinari sono adottati con decreti del Capo dello Stato²¹; ma avviene che i regolamenti delle autorità intervengano in materia non disciplinata dalla legge: in queste ipotesi al criterio della gerarchia si sovrappone il diverso principio della “competenza”²².

L'istituzione delle autorità è materia di legge ordinaria: quindi vi è soggezione delle istituzioni di tale natura alla legge, come forse in virtù di una riserva di legge che non è fissata in Costituzione, ma ne è desumibile.

Il problema non adeguatamente sviluppato riguarda il fondamento costituzionale.

Se è vero che “le libertà costituzionali necessitano di garanzie” non esaurite dai vincoli imposti alla legge dalle norme della Costituzione che le prevedono ed evocano “istituzioni della libertà”, proprio su questa traccia sembrano collocarsi le autorità indipendenti, cosicché la loro ragione legittimamente deve essere reperita nella Costituzione²³.

Le autorità indipendenti sono manifestazione di un'esigenza ricorrente, che consiste nella gestione pubblica di determinati settori, ma svolta a una certa distanza dal potere politico.

Tra i settori considerati molto conflittuali e che la dottrina francese definisce settori sensibili rientra la concorrenza, tanto rilevante nell'ambiente comunitario, e la protezione dei dati personali.

Inoltre nel nostro ordinamento è considerata sensibile la materia dei

²⁰ La CONSOB ha emanato regolamenti sul funzionamento (1994); sui documenti sottratti all'accesso (1995); sui procedimenti interni (2000).

²¹ Così il Regolamento recante “norme sulle procedure istruttorie dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di pubblicità ingannevole”: DPR 10 ottobre 1996, n. 627.

²² La distinzione fu elaborata, come è noto, da CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1960. V. ora CARDI-VALENTINO, *L'istituzione Consob, Funzioni e struttura*, Milano 1993, p. 51 ss.: “Al di sotto della linea di demarcazione orizzontale fra fonti primarie e fonti secondarie, la relazione di gerarchia viene meno come carattere indefettibile. Nella ripartizione per competenza le serie normative si pongono come subsistemi di norme in parallelo”.

²³ V. il commento di Barbera all'art. 2 della Costituzione, in *Commentario alla Costituzione* a cura di Branca, Bologna 1975; AMATO, *Autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997, 658 ss.

rapporti tra datori di lavoro e lavoratori nell'esercizio dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, ove facilmente l'intervento pubblico potrebbe essere accusato di favorire l'una o l'altra parte. Così il settore radiotelevisivo, sempre oggetto di tensioni che si vorrebbero appianare con l'intervento dell'autorità di garanzia.

Anche le ragioni dell'operare delle autorità sono talora oggetto di dibattito.

Secondo alcuni la disciplina "antitrust" è solo intesa a tutelare la libertà economica delle imprese, per altri è un modo per dare adeguato riconoscimento alle esigenze di consumatori.

Per fare un po' di storia, le autorità sono nate negli Stati Uniti un secolo fa con il nome di "Independent Regulatory Commissions". La prima (1887) fu la Interstate commerce commission sorta a causa delle proteste degli agricoltori fortemente danneggiati dai prezzi fissati dalle imprese ferroviarie per il trasporto dei prodotti. La Commissione fu incaricata di calmierare le tariffe e di assicurare lo svolgimento del servizio anche nelle tratte "economicamente" poco convenienti.

Garanzie furono poi fissate (1946) con l'Administrative Procedure Act: i provvedimenti dell'autorità dovevano essere emanati nel rispetto di criteri del processo giurisdizionale (istruttoria assegnata ad uffici distinti da quelli preposti alla decisione; contraddittorio con le parti private, ricorso al giudice contro gli atti della Commissione). Quindi le Commissioni americane hanno caratteri simili agli organi giurisdizionali.

Avvengono negoziazioni informali tra le Commissioni e gli organi parlamentari, ma non è ammessa alcuna forma di annullamento delle delibere da parte del Congresso.

Nel nostro ordinamento le disposizioni legislative sono vaghe, ma prevedono che gli atti delle autorità debbano sottostare alla sindacabilità del giudice e dispongono l'obbligo delle autorità di riferire al Parlamento e al governo.

Legislazione e giurisprudenza hanno tracciato a un tempo le linee delle autorità indipendenti.

La Cassazione, con sentenza 7341/2002, 1 Sezione, ha ritenuto che le autorità indipendenti devono qualificarsi come autorità amministrative e non giurisdizionali. Alle autorità allora deve applicarsi lo statuto della pubblica amministrazione (Morbidelli).

Ed il Consiglio di Stato (parere 25 maggio 1998) ha ritenuto che il ricorso straordinario al Capo dello Stato sia esperibile anche avverso gli atti delle autorità indipendenti.

La Corte Costituzionale ha affermato che le autorità non si collocano

al livello dei poteri dello Stato, non essendo “contemplate dalla Costituzione” (ord. 226/1995).

Non essendo poteri dello Stato non possono tutelare le proprie attribuzioni presso la Corte Costituzionale. L'interpretazione appare abnorme e riduttiva.

Altro principio riconosciuto dall'ordinamento è quello della partecipazione dei cittadini all'organizzazione economica e sociale del Paese, fissato dalla Costituzione (art. 3) e ritenuto valido dalla Corte Costituzionale per le autorità indipendenti, precisando a proposito della commissione sul diritto di sciopero, che il coinvolgimento dei soggetti interessati e la loro partecipazione sono fasi ineludibili del procedimento (C. Cost. 59/1995).

La Corte di Cassazione (SU. 2207/2005) inoltre ha riconosciuto la legittimazione dei consumatori a far valere la nullità dei contratti predisposti sulla base di “intese restrittive della concorrenza” dichiarate illegittime dall'Autorità antitrust. Con ciò ha precisato che la legge sulla tutela della concorrenza non è solo legge degli imprenditori, ma è invece legge dei soggetti del mercato, mentre precedentemente la Cassazione ammetteva a!l'azione di nullità solo gli imprenditori lesi da intese illecite.

Per tracciare un consuntivo ad oggi si deve riconoscere che alcune autorità hanno operato positivamente con (indipendenza e) acuta sensibilità nelle questioni di loro competenza. In particolare, l'autorità garante della concorrenza e del mercato e l'autorità per l'energia elettrica.

Quanto alla autoregolamentazione le autorità indipendenti sono titolari di autonomia organizzativa quanto ad articolazione della pianta organica e modi di funzionamento, avendo il potere di emanare atti normativi di natura regolamentare. Godono di autonomia contabile e disciplinano la gestione del bilancio con regole proprie.

L'autonomia finanziaria, cioè la disponibilità di proprie entrate è assicurata oltretutto dai contributi, dalle sanzioni irrogate dalle autorità.

III. *Autorità indipendenti in funzione di garanzia*

L'autorità garante della concorrenza e del mercato adempie tre funzioni: 1) la tutela della concorrenza in tutti i mercati, compreso quello creditizio, non più di competenza della Banca d'Italia; 2) la difesa contro la pubblicità ingannevole; 3) la valutazione del “conflitto d'interesse”.

Quanto alla tutela della concorrenza, le regole impediscono le intese restrittive (della concorrenza), analogamente a quanto prescrivono le nor-

me dei trattati comunitari (accordi tra imprese assicurative per mantenere alte senza giustificazione le tariffe in tema di responsabilità civile auto). Inoltre le norme dell'autorità combattono l'abuso di posizione dominante (quando cioè si giunga a profittare della preferenza acquisita presso gli acquirenti per imporre prezzi troppo alti o comunque prestazioni che le altre imprese offrono a condizioni meno onerose)²⁴.

Le intese restrittive della libertà di concorrenza vietate (quando sono dirette a restringere il gioco della concorrenza: ripartire i mercati, fissare i prezzi, limitare la produzione) sono nulle.

L'autorità può irrogare o sospendere temporaneamente l'attività d'impresa, salvo autorizzazioni in deroga²⁵.

Gli "sconti fidelizzanti" sono comportamenti tali da impedire l'accesso al mercato di altri concorrenti per vincolare l'acquirente ad un unico fornitore.

Altra figura classica è quella della "concentrazione" che produce una modifica duratura nella struttura delle imprese, con la "fusione" di due o più imprese o la costituzione di una "struttura comune" da parte di due o più imprese, con la conseguenza di acquisire un rilevante potere di mercato che si rivolge all'aumento dei prezzi con un calo delle condizioni di concorrenza.

Le concentrazioni restrittive della libertà di concorrenza devono essere preventivamente comunicate all'Autorità (le concentrazioni riguardanti banche devono essere autorizzate anche dalla Banca d'Italia), che se ravvisa le condizioni ostative (rafforzamento di una "posizione dominan-

²⁴ L'autorità ha aperto un'istruttoria (maggio 2010) su una singolare vicenda: Fastweb ha denunciato la "Telecom" per presunto abuso di posizione dominante. La Consip, incaricata di gestire gare per enti a natura pubblicistica, aveva pubblicato un bando per gestire servizi di telefonia per uffici pubblici (1,3 miliardi). Entro il mese di maggio le compagnie telefoniche avrebbero dovuto presentare le offerte. Fastweb ha eccepito che Telecom non avrebbe fornito informazioni tecnico-economiche necessarie per presentare offerte concorrenti si da concretare un'asimmetria informativa" tra gli altri concorrenti e Telecom, anch'essa in gara, che beneficerebbe di dati privilegiati. BROGLI, *Consip, una novità nella Pubblica Amministrazione*, Milano 2006, e C. ESCOLI, *Profili economico giuridici degli appalti nella Pubblica Amministrazione e relative responsabilità*, tesi di laurea (non ancora pubblicata) sostenuta all'Università di Pavia, relatore lo scrivente.

²⁵ Ciò se il Garante accerti che l'intesa determini un sostanziale miglioramento del prezzo dei beni a vantaggio dei consumatori; o un miglioramento qualitativo della produzione; non elimina la concorrenza in una considerevole quota di mercato (L. 287/1990, art. 4).

La norma potrebbe consentire intese se volte a migliorare l'acquisto di beni essenziali in periodi di crisi.

te” sul mercato nazionale, costituzione di “barriere” all’ingresso sul mercato di imprese concorrenti), vieta la concentrazione²⁶.

Ulteriori attribuzioni dell’Autorità riguardano i “poteri di segnalazione”²⁷ e consultivi (su iniziative legislative e regolamentari rilevanti) e d’indagine. Le “indagini conoscitive” sempre dirette a settori dove si presumono esistenti ostacoli alla concorrenza, spaziano in una pluralità di direzioni²⁸.

Tutti i provvedimenti dell’antitrust sono soggetti al sindacato del giudice amministrativo (elemento questo che gioca in favore della natura amministrativa dell’Autorità); nonché del giudice ordinario (Corte d’appello) per il risarcimento del danno e per ottenere provvedimenti d’urgenza (così tesi sulla natura amministrativa decadono).

Le funzioni dell’antitrust sono state ampliate al settore pubblicitario in attuazione della direttiva comunitaria sulla “pubblicità ingannevole”; l’Autorità è anche stata chiamata a giudicare delle controversie in materia di “pubblicità comparativa”, essendo vietato il ricorso a messaggi promozionali che possono indurre in errore il pubblico o ledere la concorrenza²⁹; “la pubblicità comparativa non deve dare discredito ai prodotti offerti dai concorrenti o trarre in inganno il consumatore con offerte assai vaghe.

Sussiste il potere di inibitoria; l’Autorità dispone che sia data pubblicità alla dichiarazione rettificativa del messaggio.

L’Autorità infine svolge funzioni di vigilanza e controllo sulle situazioni di incompatibilità e “conflitto di interessi” in cui dovessero trovarsi titolari di incarichi di governo nello svolgimento delle funzioni³⁰ ed ha ora, invece, il potere d’infliggere sanzioni a componenti e rappresentanti

²⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 8/4/2000 n. 2036, Autorità garante della concorrenza e del mercato/c STET.

²⁷ L’Autorità segnala al Parlamento, al Governo e alle Amministrazioni i fenomeni che introducono restrizioni alla concorrenza.

²⁸ L’Autorità ha svolto un’indagine sull’editoria quotidiana e periodica sia ai fini della tutela del pluralismo dell’informazione che della possibile distorsione della concorrenza conseguente ai sussidi pubblici (provvedimento IC 35/2007).

Altre indagini hanno avuto ad oggetto gli ordini professionali, il trasporto pubblico locale ed infine la *corporate governance* di banche e assicurazioni, a tutela della concorrenza, tenuto conto di note precedenti operazioni di concentrazione (IC 36/2007).

²⁹ I messaggi pubblicitari possono essere a mezzo stampa, con servizio postale, la televisione o attraverso Internet.

³⁰ Legge 215/2004 “Norme in materia di risoluzione di conflitti di interesse” e successive modificazioni.

del governo, stabilendo se atti o partecipazioni a deliberazioni collegiali sino state compiute in situazioni di incompatibilità³¹. Molti hanno segnalato il pericolo o il rischio di “politicizzazione” dell’Autorità garante della concorrenza.

Pare che l’attribuzione ad un’authority di funzioni di giustizia politica rappresenti, in sostanza, una garanzia. La novità potrebbe allora avere “effetti negativi” sulla percezione dell’essere e dell’opera dell’Autorità per attribuirle un carattere politico che non ha³².

A parte ogni altra considerazione attribuire all’Autorità garante della concorrenza e del mercato, dopo oltre un decennio dall’istituzione, compiti sostanzialmente estranei alla sua figura istituzionale, per motivi contingenti, appare singolare.

Questo quanto alla competenza a giudicare; parte delle norme in materia di conflitto di interessi, introducono per la prima volta nell’ordinamento giuridico l’istituto delle incompatibilità per esponenti del Governo.

Uno sguardo rivolto al passato conferma che le incompatibilità in sede politica erano previste solo per i parlamentari. Ed allora la legge 215/2004 contiene norme “sostanziali” relative alla individuazione di attività che l’uomo di governo non può porre in essere. Tali il Presidente del Consiglio, i singoli ministri, i sottosegretari di Stato e i commissari straordinari del governo, figura cui in passato si era fatto ricorso senza eccessi³³.

L’authority giudica anche del comportamento dei Sottosegretari di

³¹ Trattasi di funzioni che sarebbero proprie del giudice quanto a posizioni di terzità ed a poteri di indagine, per evitare fenomeni di controllore/controlato (l’Autorità antitrust è di nomina parlamentare e quindi politica).

³² Così si esprime il Presidente dell’Autorità Tesauro: *Il conflitto di interessi. Un rischio per l’Antitrust*, “La Stampa”, 6 marzo 2005.

³³ Per i commissari straordinari di Governo è dettata una disciplina “contenitore”; nominati dal Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio e delibera del Consiglio dei Ministri, non hanno una competenza prestabilita per materia, ma volta a volta svolgono i compiti loro assegnati dal decreto presidenziale che li ha nominati (legge 400/1988, art. II); dice la norma con espressione molto generica che hanno il fine di realizzare “specifici obiettivi” deliberati in sede governativa o parlamentare o per esigenze di coordinamento tra amministrazioni statali.

La straordinarietà comporta la temporaneità dell’incarico e presuppone la straordinarietà dei motivi della nomina del Commissario (es. eventi sismici). Oggi la figura del commissario di governo, preposto alla Protezione civile, sottosegretario all’emergenza dei rifiuti in Campania, Guido Bertolaso, ha assunto un rilievo ed un potere ampio, in quanto con il ricorso all’“emergenza” si sono accantonati controlli sugli appalti e procedure consentite per predisporre convegni internazionali di notevole peso (G8 all’Aquila).

Stato, che non fanno parte del governo. Tanto che nella prassi e nei dibattiti parlamentari sono indicati come rappresentanti del Governo.

Una valutazione globale delle authority non può non considerarle nei loro rapporti.

Dall'esame delle relazioni, tema meno valutato, ci si accorge che argomenti in via di principio prima di competenza "specificata" riguardano tematiche di interesse plurimo.

Emerge dalla relazione AGCOM 2010 che nel settore televisivo nel nostro Paese vi è maggior resistenza a reagire alla crisi economica.

Altri temi si sono diversificati come oggetto di esame (la protezione del diritto d'autore che oggi è differenziata nel tempo fra Paese e Paese).

Negli interventi si segnalano varietà di provvedimenti (la pubblicità, la comunicazione, il catasto delle frequenze radio – televisive).

Temi di primario rilievo sono le indagini conoscitive e la tutela giurisdizionale.

Sarebbe auspicabile che nell'esaminare un argomento dopo l'altro si potesse avviare qualche tema ad una miglioria.