

LE AUTHORITIES AL TEMPO DEL COVID-19. Riflessioni sul ruolo delle autorità indipendenti: modello in declino o consolidato?

di Claudia Sartoretti

Abstract: The authorities in the time of COVID-19. Reflections on the role of independent authorities: declining or consolidated model? - The essay begins by observing how, under the COVID-19 threat, the key actors seem to be once again the nation states, more precisely the national governments and their political leaders: in essence what we are witnessing is a sort of “revival of the political”, which inevitably leads the scholar to question the role of independent authorities, that is those subjects characterized precisely by a condition of detachment or separation from political power.

In this sense, the article intends to verify the position in UE of the independent authorities in the COVID-19 emergency by focusing on the complex and problematic relationship between technique and politics in order to analyze the response that the independent regulatory authorities have given to the pandemic crisis.

2133

Keywords: Independent agencies; Regulatory State; Politics and Technique; Big Government; Emergence COVID-19

1. Introduzione. La crisi da COVID -19 e la fine dello small State: alcuni interrogativi sulle authorities

In un articolo apparso a marzo dello scorso anno sul New York Times ed efficacemente intitolato “The era of small State is over”, l’Autore osservava come la pandemia di COVID-19 avesse indotto gli Stati e i governi locali a fermare la vita comune in numerosi suoi aspetti e come anche l’economia, di pari passo con la società, si fosse trovata a fronteggiare l’emergenza sanitaria in atto. In questo scenario catastrofico allora «anche le proposte più ambiziose appaiono non abbastanza potenti da impedire effettivamente al coronavirus di distruggere l’economia»; perchè una risposta adeguata e concreta alla crisi sanitaria in atto venga data occorre che «i policymakers vadano oltre gli stimoli o i salvataggi per settori selezionati. Devono assumersi la responsabilità della vita economica su una scala mai vista dai tempi del New Deal».

In buona sostanza, l'era dello "small government" sembra finita e così pure quella degli "small deficits"; ora, come dichiara, a guisa quasi di slogan, Sean McElwee, co-fondatore del gruppo *Data For Progress*, siamo tutti keynesiani.

La crisi epidemiologica ha (o sembra aver) cioè segnato il ritorno del *big government*¹. Le misure di *lockdown* adottate dai singoli Stati (dalla chiusura prolungata delle attività produttive, commerciali e turistiche al divieto di qualsiasi forma di aggregazione e alle limitazioni della libertà di circolazione, con tutto ciò che queste ultime hanno e continuano a comportare) hanno avuto e continuano ad avere un significativo impatto sul tessuto economico sociale in relazione al quale lo Stato è, ad oggi, chiamato a svolgere un impegnativo ruolo di sostegno. Si parla di uno Stato in riespansione²: da Berlino a Varsavia, da Madrid a Parigi, lo Stato nazione sembra, infatti, vivere in Europa (e non solo nel Vecchio continente) una rinascita straordinaria come si evince dalle decisioni assunte dai governi dei singoli paesi per garantire, ad esempio, l'aumento degli interventi statali nell'economia e la spesa pubblica o per dare nuova forza allo Stato come intermediario finanziario, senza contare poi il ruolo giocato dai singoli Stati nell'approvvigionamento dei vaccini³. Alla diminuzione del commercio mondiale e così pure del trasporto aereo corrisponde poi una ampia riflessione da parte degli Stati sulla catena produttiva e sulla riorganizzazione delle attività di approvvigionamento-produzione-distribuzione (*reshoring, backshoring, nearshoring*, ecc.), il cui fine consiste nell'avvicinare punti di rifornimento, di produzione e di consumo (ric conducendo sul territorio nazionale attività produttive prima delocalizzate, secondo un approccio *local to local*) per rendere l'organizzazione più adattabile al cambiamento.

Alcuni studiosi si spingono a parlare addirittura di un fallimento dello Stato regolatore (lo Stato con il ruolo di "arbitro imparziale" dei mercati, piuttosto che di attore o imprenditore) e sottolineano al contempo il bisogno di una urgente riflessione sui modelli neoliberali di politica economica e *governance* che sono prevalsi fino ad ora, basati su un'idea di Stato che, lungi

¹ Per l'economista Mariana Mazzucato (in un suo articolo pubblicato sul quotidiano *The Guardian* del 18 marzo 2020, intitolato *The Covid-19 crisis is a chance to do capitalism differently*) l'entità della crisi richiede ai governi di intervenire. E così è. Gli Stati iniettano stimoli nell'economia mentre cercano disperatamente di rallentare la diffusione della malattia, proteggere le popolazioni vulnerabili e contribuire a creare nuove terapie e vaccini. Le dimensioni e l'intensità di questi interventi – avverte l'economista – ricordano un conflitto militare: questa è una guerra contro la diffusione del virus e il collasso economico.

² S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2021, pp. 401 ss.; per F. Fracchia, *Diritto ed emergenza sanitaria*, in *Il diritto dell'economia*, n. 3, 2019, pp. 575-588, ma spec. p. 580, mai come ora si è percepito che il vero portatore della sovranità è lo Stato e non già l'Europa o il contesto globale o ultrastatale tecnico; nelle situazioni di crisi quel carattere non recede, ma si rafforza e si definisce.

³ I governi di Austria e Danimarca, ad esempio, convinti che l'Unione Europea non stia operando efficacemente sul fronte dell'approvvigionamento dei vaccini anti-Covid, hanno deciso di recente di rivolgersi a Israele, al suo "modello", per provare a incrementare il tasso di immunizzazione

dall'abbandonare a se stesse le dinamiche socio-economiche⁴, si fondi tuttavia prevalentemente su un modo di governare i processi sociali caratterizzato da un più ridotto coinvolgimento delle pubbliche autorità nell'economia⁵.

La pandemia COVID-19 ha messo in evidenza il fatto che gli Stati neoliberalisti possono essere altamente funzionali su larga scala, nel *internationally-oriented capital*, ma appaiono all'opposto disfunzionali nella soluzione di problemi sociali molto basilari.

Si noti d'altra parte, che quel passaggio dal *government* alla *governance* salutato con tanto entusiasmo negli anni Ottanta-Novanta del secolo scorso, all'epoca del neoliberalismo imperante, mostra da tempo tutte le sue criticità, criticità che la pandemia COVID-19 sembra aver accentuato ancor di più. A partire soprattutto dalla crisi finanziaria del 2008, si assiste ad un progressivo declino della fiducia nella capacità del mercato di autoregolarsi e al crescere della domanda di politiche pubbliche di intervento «non solo sul contesto, ma anche di diretto supporto all'economia di mercato e di contrasto o rimedio ai suoi fallimenti»⁶.

⁴ M. R. Ferrarese, *Gli Stati, i governi: poteri residuali*, in *Teoria politica*, n. 7, 2017, pp. 183 ss., evidenzia come lo stato regolatore si contraddistingua per non intraprendere più programmi relativi al soddisfacimento di tutti i possibili bisogni sociali, o di gestione globale dello sviluppo socio-economico, ma si arresta su una soglia che è quella del disegno delle regole del gioco generali. Lo Stato, pur continuando a detenere ancora notevoli poteri e capacità di determinare i comportamenti, soprattutto in alcune sfere della vita dei propri cittadini, è per lo più costretti a un ruolo di «facilitatori» dei percorsi e delle dinamiche dei poteri economici e finanziari collocati su scala globale

⁵ Per M. Mazzuccato, G. Quagliotto, *The big failure of small government*, in *The japan times* del 20 maggio 2020 i decenni di privatizzazioni, outsourcing e tagli di bilancio avvenuti in nome dell' "efficienza" hanno ostacolato in modo significativo le risposte di molti governi alla crisi del COVID-19. Allo stesso tempo, per gli Autori, le risposte positive di altri governi hanno dimostrato che gli investimenti nelle capacità fondamentali del settore pubblico fanno la differenza in tempi di emergenza. I paesi che hanno gestito bene la crisi sono quelli in cui lo Stato mantiene un rapporto produttivo con i creatori di valore nella società, investendo in capacità critiche e progettando contratti del settore privato per servire l'interesse pubblico. Dagli Stati Uniti e dal Regno Unito all'Europa, al Giappone e al Sud Africa, i governi stanno investendo miliardi e, in alcuni casi, trilioni di dollari per sostenere le economie nazionali.

Secondo il politologo Jan Zielonka, *Has the coronavirus brought back the nation-state?* 26 marzo 2020, consultabile all'indirizzo web <https://socialeurope.eu/has-the-coronavirus-brought-back-the-nation-state>, il coronavirus ha in sostanza messo a nudo quanto il settore pubblico sia stato trascurato, dopo un lungo periodo di follia neoliberale.

⁶ Così, G. Napolitano, nella sua *Introduzione* al volume a cura di F. Bassanini, G. Napolitano, L. Torchia, *Lo Stato promotore. Indagine sul mutamento degli strumenti di intervento pubblico nell'economia di fronte alle crisi e alle trasformazioni del XXI secolo*, in corso di pubblicazione presso il Mulino, Bologna, 2021, e consultabile all'indirizzo https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2021/01/intro.-lo-stato-promotore-gn-lt-fbdef_Astrid-rassegna-rev-PR-27-1.pdf, che evidenzia come anche i paesi anglosassoni, maggiori sostenitori dell'approccio liberista, non abbiano invero mancato di ricorrere all'intervento decisivo dello Stato di fronte ai fallimenti del mercato emersi nella crisi economico-finanziaria e di

Come è poi stato osservato⁷, negli ultimi anni immediatamente precedenti il 2020, le trasformazioni indotte dalla globalizzazione, dalla rivoluzione digitale e dai cambiamenti climatici hanno richiesto mutamenti ancor più radicali, oltre ad innescare nell'opinione pubblica dubbi e perplessità sull'idea che il ruolo dello Stato debba effettivamente limitarsi a quello del regolatore e del fornitore dei servizi pubblici essenziali. Secondo una parte della dottrina⁸, lo Stato regolatore, da tempo, appare "svuotato", sia politicamente, in termini di connessione con la cittadinanza, sia burocraticamente, in termini di capacità effettiva di gestire i problemi sociali. La crisi sanitaria odierna non avrebbe cioè fatto che acuire queste difficoltà, sottolineando l'importanza ad esempio che i servizi pubblici, come l'assistenza sanitaria, siano riprogettati intorno ai bisogni umani, e non alle logiche di mercato o a principi come l'"efficienza", che alla fine forniscono, al contrario, risultati altamente inefficienti e a un grande costo umano ed economico.

fronte alle sfide della competizione internazionale. Si veda ad esempio l'Obama *Recovery Plan* (approvato anche dalla maggioranza repubblicana del Congresso) e della temporanea nazionalizzazione delle banche britanniche; sul secondo le misure protezionistiche adottate, quasi sempre con ordinanza, dal Presidente Trump.

⁷ *Ibidem*, sottolinea come accanto allo Stato regolatore e allo Stato garante dei diritti e dei beni comuni, sono emerse (o riemerse) richieste di discesa in campo dello Stato "protettore", dello Stato "garante", dello Stato "promotore" della crescita e dell'innovazione, dello Stato "investitore" o "finanziatore", dello Stato "imprenditore" o "gestore", dello Stato "salvatore" rispetto al rischio di fallimento di imprese sistemiche, persino dello Stato "doganiere" rispetto a investimenti esteri 'predatori' in settori strategici.

⁸ L. Jones, S. Hameiri, *COVID-19 and the failure of the neoliberal regulatory State*, in *Review of international political economy*, online, 2021, individuano delle *key pathologies* dello Stato regolatore che sono alla base della sua incapacità di saper gestire sin da subito la pandemia. Gli autori, nella fattispecie, indicano come cause del fallimento dello Stato regolatore: «the deliberate reduction of popular expectations of public authority; the outsourcing of responsibility to technocratic, private and quasi-autonomous actors, weakening lines of control and accountability; and the hollowing-out of state capacities and authority to the benefit of frequently inept large-scale corporations». Si tratta – osservano ancora Jones e Hameiri – di "patologie" connesse alla voluta trasformazione dell'obiettivo sociale dello Stato «from protecting domestic business and mitigating social disparities to promoting international competitiveness» in funzione del quale «capital markets and trade barriers were deregulated, allowing business-owners to shift production to lower-wage economies, and evade national regulation, taxation, and trade union pressure, thereby restoring profitability». Cfr., sul punto, altresì P.G. Cerny, *Paradoxes of the competition state: The dynamics of political globalization in Government and Opposition*, Vol. 32, fasc. 2, 1997, pp. 251 – 274, il quale osserva: «both state and market actors are attempting to reinvent the state as a quasi-“enterprise association” in a wider world context, a process which involves three central paradoxes. The first paradox is that this process does not lead to a simple decline of the state but may be seen to necessitate the actual expansion of *de facto* state intervention and regulation in the name of competitiveness and marketization».

«It takes a State» afferma perentoriamente Fukuyama⁹, osservando come alcune democrazie abbiano operato bene, al contrario di altre, e lo stesso vale per le autocrazie. I fattori responsabili del successo delle risposte alla pandemia sono stati la capacità di intervento dello Stato, la fiducia sociale e la leadership. I paesi – osserva ancora il politologo – con apparati statali competenti e reattivi, con un governo che riceve la fiducia e che ascolta, e con leader efficaci, hanno ottenuto risultati impressionanti, limitando i danni. All’opposto, gli ordinamenti con apparati statali disfunzionali, società polarizzate o con una scarsa leadership hanno lavorato male, lasciando i propri cittadini e le proprie economie esposte e vulnerabili.

Il virus – come è stato sottolineato¹⁰ – se da una parte ha, infatti, confermato la presenza di inestricabili connessioni tra gli eventi in un mondo globalizzato, dall’altra ha mostrato come, nonostante vi siano organismi internazionali deputati a porre regole tecniche come l’Organizzazione mondiale della sanità, ciascuno ordinamento nazionale abbia invero adottato proprie disposizioni, rispondendo così al bisogno sempre più crescente di un controllo politico che governi la globalizzazione e permetta di invertire la tendenza a quel “disordine mondiale” orientato, in un’ottica neoliberista, a ridurre lo scenario politico ad un ruolo secondario.

Come è ormai chiaro, la pandemia non costituisce un fenomeno isolato e temporaneo, un evento raro che può essere risolto e superato con una procedura sanitaria straordinaria; essa, per le sue specifiche caratteristiche – prima fra tutte, la rapidità di diffusione del virus – ha creato un’emergenza sanitaria, acuita dall’assenza di programmazione di una risposta pandemica, che, a causa del suo impatto diretto e delle risposte fornite dagli Stati, ha generato problemi economici, sociali e istituzionali che tendono a scardinare gli assetti consolidati. In tal senso, la pandemia sembra aver avviato processi di trasformazione che non si profilano come transitori, ma impongono «agli ordinamenti statali di ridefinire le proprie agende politiche, i propri assetti istituzionali e gli stili di vita delle proprie collettività»¹¹. E, in quest’ottica, l’attuale emergenza sembra aver messo ben a fuoco la necessità di una più forte azione statale, il bisogno cioè di una ri-espansione della mano pubblica, poiché non sembra più verosimile continuare a sostenere, come fece Reagan nel 1981 nel suo discorso inaugurale

⁹ F. Fukuyama, *The pandemic and political order*, in *Foreign Affairs*, Vol. 99, fasc. 4, 2020, pp. 26–32.

¹⁰ F. Manganaro, *Società ed istituzioni dopo la pandemia: in dialogo con Edoardo Chiti*, in *laCostituzione.info*, 1° giugno 2020

¹¹ E. Chiti, “*Questi sono i nodi*”. *Pandemia e strumenti di regolazione: spunti per un dibattito*, in *laCostituzione.info*, 24 aprile 2020

(e, come lui, successivamente, anche Clinton e Trump)¹² che «government is not the solution to our problem, government *is* the problem».

E dunque, in un quadro in cui la pandemia ha innescato processi che riguardano non soltanto l'ambito sanitario, ma anche l'economia, la società e gli assetti istituzionali, (processi che paiono orientati al ricollocamento al centro della scena dello Stato nazione e del suo *big government*, e che, come è stato evidenziato, arriverebbero a coinvolgere «il sistema giuridico, inclusa la sua componente amministrativistica») sembrano quasi inevitabili alcuni interrogativi sul ruolo che giocano (o possono ancora giocare) in questo momento storico le *authorities*.

E' noto che, soprattutto in Europa, le autorità indipendenti costituiscono il frutto della svolta impressa dai pubblici poteri alla gestione dell'economia a partire dagli Ottanta-Novanta, svolta che condusse ad un generale ripensamento dei tradizionali modelli organizzativi e funzionali fino ad allora impiegati e alla ricerca di nuove forme di gestione più flessibili.

Le autorità indipendenti nascono, infatti, per assicurare il “keeping out of politics”, grazie ad un intervento pubblico “neutralizzato” che assicuri un processo decisionale fondato sull'esperienza tecnica e sulla neutralità. Il loro “erompere”¹³ nello Stato c.d. regolatore si accompagna, in altre parole, al cambiamento di ruolo dello Stato nei confronti dell'economia a cui segue una riconsiderazione della funzione della pubblica amministrazione e l'adozione di un nuovo modo di intendere lo Stato attraverso il cosiddetto policentrismo amministrativo. Lo Stato, ad un certo momento si alleggerisce di vari compiti e competenze e opta per la sostituzione di un regolatore, necessariamente pubblico, ad un gestore pubblico, ciò che rappresenta una sorta di surroga nella tutela di quegli interessi collettivi che prima venivano garantiti dalla *public ownership* delle imprese incaricate della gestione di servizi essenziali¹⁴.

Ora, se sotto la minaccia COVID-19, gli attori chiave tornano ad essere gli Stati nazione, più precisamente i governi nazionali e i loro leader politici, se – come è stato osservato¹⁵ – quello a cui stiamo assistendo è un «revival of the “political”», cosa ne è delle *authorities*, ossia di quei soggetti caratterizzati proprio da una condizione di distacco o di separazione dal potere politico?

¹²Negli anni '90, Bill Clinton asseriva: «the era of big government is over», e recentemente Donald Trump ha incolpato dei mali della nazione "the deep State".

¹³ Secondo la felice ed efficace espressione di A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997

¹⁴ L. Carbone, *Le Autorità indipendenti tra regolazione e giurisdizione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1-2, 2015, pp. 393-407.

¹⁵ H.-W. Micklitz, *The COVID-19 Threat: An Opportunity to Rethink the European Economic Constitution and European Private Law*, in *European Journal of Risk Regulation*, vol. 11, n. 2, 2020, p. 249 ss., ma spec., p. 250

Le autorità amministrative indipendenti, pur nella loro variegata tipologia che si può cogliere anche da un confronto fra i diversi ordinamenti in cui esse si collocano¹⁶, appaiono essere tutte accomunate dal fatto di essere state create allo scopo di rimettere interi settori, suscettibili di regolazione politica, all'autorità di "poteri tecnici". Le *authorities* nascono cioè come soggetti a cui è consentito di assumere decisioni avvalendosi di un sapere specialistico, squisitamente tecnico scientifico e tendenzialmente obiettivo e neutrale, a mezzo del quale ovviare alla eccessiva discrezionalità politico-amministrativa, sostituendola con una discrezionalità tecnica.

Se dunque il richiamo alla tecnica costituisce la ragion d'essere delle autorità indipendenti e al tempo stesso il mezzo attraverso il quale sottrarre questi soggetti al condizionamento politico, se la neutralizzazione dalla politica ha cioè rappresentato per lungo tempo la formula istituzionale più idonea a conformare le istituzioni statali alla dimensione Stato-mercato, quale è il ruolo oggi giocato (o che può ancora essere giocato) dalle autorità indipendenti, sia quelle di regolazione (l'antitrust, *in primis*) che quelle c.d. di garanzia (come ad esempio il Garante della privacy)? La crisi comporta effettivamente una riduzione dello spazio delle autorità amministrative indipendenti? Come si concilia il ritorno della "politica" e l'idea di uno Stato nazionale che riprende quota attraverso innumerevoli interventi straordinari adottati in ambito non soltanto sanitario, con una concezione della regolazione amministrativa che si fonda sulla necessità di un elevato grado di competenza e specializzazione, da affidare ad autorità a connotazione tecnico-scientifica, separate e protette dall'ingerenza della politica?

Per una parte della dottrina¹⁷ la risposta è netta: si parla infatti di «dequotazione» delle *authorities*; a chi scrive, invece, pare forse opportuno indagare se anche questa volta – come ad esempio anche per la precedente crisi del 2008 – non si possa piuttosto ipotizzare una nuova forma di gestione tecnico-politica della situazione emergenziale, che veda la compresenza di governi e autorità di vigilanza e di garanzia, alla luce della variabilità costante dei rapporti fra tecnica e politica.

¹⁶ Sul punto, cfr. *ex multis*, G. Grasso, *L'anomalia di un "modello": le autorità (amministrative) indipendenti nei Paesi membri dell'Unione europea. Prime ipotesi per un "inventario"*, in *Il Politico*, 2000, pp. 261-284, ma spec. p. 284 evidenzia come da un raffronto fra i diversi paesi in cui possono individuarsi autorità indipendenti non emerga invero un modello uniforme di *authorities*, ma piuttosto una «confusa sommatoria di tanti modelli differenti, eterogenei ed irregolari»; sull'argomento, e per un approccio comparatistico all'universo "authorities" sia anche consentito rinviare a C. Sartoretti, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto costituzionale comparato*, Bologna, 2018

¹⁷ Così, S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, loc.cit.

2. Stato regolatore e autorità indipendenti in tempo di crisi

Non è la prima volta che una crisi mondiale ci induce a riflettere sui ruoli dello Stato e del mercato, sulle regole e sulle modalità di intervento pubblico nell'economia, per poi successivamente e quasi inevitabilmente portarci a prestare attenzione al fenomeno delle autorità amministrative indipendenti.

Come già precisato, è cosa nota che le *authorities* siano enti strettamente connessi allo Stato c.d. regolatore. Esse sono state, infatti, istituite con l'intento di "neutralizzare" la gestione politica di alcuni settori economici e recuperare, in questo modo, un'azione imparziale e tecnicamente adeguata per la tutela dei diritti individuali e degli interessi collettivi. Lo Stato imprenditore ad un certo punto, infatti, si ritira dal mercato, lasciando però un arbitro, un regolatore appunto, che è chiamato a garantire il corretto funzionamento di mercati delicati (come ad esempio quello dell'elettricità, del gas, delle telecomunicazioni, delle poste, dei trasporti, ecc.), che vengono rimessi all'iniziativa privata. Questo arbitro è rappresentato dalle autorità indipendenti, nuovi organi, configurati come tecnici e per questo ritenuti «neutrali» rispetto agli interessi dei vari operatori economici a cui, nell'ambito di un cambiamento dell'intervento pubblico nell'economia, viene affidato il compito di stabilire e far rispettare le "regole del gioco".

A tentar di comparare l'esperienza statunitense ove le prime *independent regulatory commissions* risalgono già a fine Ottocento con quella europea (*rectius*, dei paesi membri dell'Unione) il punto di partenza delle *authorities* appare per certi versi diverso, ma ad essere condiviso è il punto di arrivo. Negli Stati Uniti, paese segnato da una millenaria e storica esperienza di "regolazione minima", questo nuovo modello di amministrazione si fonda sul presupposto che l'intervento pubblico nell'economia è indispensabile, ma debba essere sottratto agli arbitri della maggioranza e della politica in generale. Le *independent agencies* nascono infatti nel nord America per superare le distorsioni del tradizionale sistema del c.d. *spoils system* e approdare a un sistema burocratico basato su una maggior professionalità della pubblica amministrazione¹⁸. In Europa, invece,

¹⁸ La letteratura, non solo nordamericana, sull'argomento è sterminata, cfr. *ex multis*, P. M. Corrigan, R. L. Revesz, *The Genesis of Independent Agencies*, in *NYU L. Rev.*, vol. 92, n. 3, 2017, pp. 637 ss.; M.J. Breger, G.J. Edle, *Independent agencies in the United States*, Oxford, 2015; C. Decker, *Modern economic regulation*, Cambridge, 2015; L. Schultz Bressman, R. B. Thompson, *The Future of Agency Independence*, in *Vanderbilt University L. Rev.*, vol. 63, n. 3, 2010, pp. 599 ss.; M. Shapiro, *agenzie indipendenti: Stati Uniti ed Europa*, in *Diritto pubblico*, 1996, pp. 667 ss.; J.J. Laffont, *Regulation and Development*, Cambridge, 2005; D. Halberstam, *The promise of comparative administrative law: a constitutional perspective on Independent agencies*, in S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth (eds.), *Comparative administrative law*, Cheltenham-Northampton, 2010, pp. 185 ss.; G. d'Ignazio, *politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America. Lo Stato amministrativo fra costituzione, leggi, giudici e prassi*, Milano, 2004; J.L.

dove lo Stato fino agli anni Novanta si caratterizzava per essere interventista, keynesiano e sociale, l'avvento delle autorità indipendenti si accompagna ai processi di liberalizzazione dei servizi pubblici e di privatizzazione delle imprese pubbliche che vengono avviati perché ritenuti indispensabili a spezzare il monopolio pubblico e a proiettarsi verso mercati liberi e concorrenziali.

Sia in un caso (quello della necessità di passare da un mercato quasi “auto-regolato” ad uno “regolato”), che nell'altro (segnato all'inverso dal bisogno di traghettare da un'eccessiva regolamentazione amministrativa ad una meno incisa), il punto di arrivo comunque appare il medesimo: far sì che alcuni settori considerati sensibili o di alto contenuto tecnico (concorrenza, comunicazione, sistema finanziario, ecc.) siano gestiti da soggetti pubblici dotati di elevata *expertise* e caratterizzati da una peculiare indipendenza nei confronti del potere politico che garantisca loro una maggior imparzialità rispetto agli interesse coinvolti.

Sia nel contesto statunitense, come in quello europeo, non è la prima volta che lo Stato regolatore è “sotto processo” e che ci si interroghi, al contempo, sul ruolo delle autorità indipendenti.

Con la crisi finanziaria del 2008, le stesse *authorities* sono state messe sotto accuse: alle responsabilità della politica sono state infatti affiancate quelle delle autorità di settore per gravi errori ed omissioni nell'esercizio delle funzioni di regolazione e vigilanza. La bolla immobiliare – era stato in quell'occasione osservato¹⁹ – poteva essere fermata in tempo se la *Federal Reserve System* (FED) e la *Securities and Exchange Commission* (SEC) avessero utilizzato con decisione i loro vasti poteri di regolamentazione dell'intermediazione finanziaria²⁰.

Le autorità indipendenti che per lungo tempo avevano dominato, a livello internazionale, la regolazione economico-finanziaria dei paesi, dopo la crisi del 2008 si sono ritrovate così ad essere al centro di numerose critiche²¹. In Italia, la dottrina è arrivata, poi, a definire le autorità indipendenti come un modello

Mershaw, *I funzionari pubblici negli Stati Uniti*, in M. D'Alberti, (a cura di), *L'alta burocrazia*, Bologna, 1994, pp. 47 ss.;

¹⁹ R. A. Posner, *A failure of Capitalism*, Cambridge, 2009

²⁰ Vedi, sull'argomento, N. Longobardi, *Le autorità di regolazione dei mercati nel «tempo della crisi»*, in *amministrazioneincammino.it*, 21 maggio 2011; Vedi altresì G. Napolitano, A. Zoppini, *Le autorità al tempo della crisi. Per una riforma della regolazione e della vigilanza sui mercati*, Bologna, 2010

²¹ Cfr. S. Gadinis, *From Independence to Politics in Financial Regulation*, in *California L. Rev.*, n. 2, 2013, pp. 327 ss., osserva che: «The collapse of institutions in diverse areas of financial activity, including investment banks, insurance companies, and thrifts, created a sense that independent regulators as a class had failed»

avviato al tramonto²², un modello che dopo un decennio felice appare già nel 2010 soggetto a «erosione», un’esperienza – in altre parole – che si è aperta e, al tempo stesso, è destinata a chiudersi nell’arco temporale di vent’anni, visto l’indebolimento complessivo di queste entità²³.

E tuttavia, a fronte di chi annunciava il fallimento dei regolatori indipendenti, vi è stato però anche chi²⁴ ha osservato, al contrario, come dalla crisi globale si potessero invero trarre alcuni insegnamenti atti non solo a confermare la necessità di una regolazione pubblica indipendente, ma rivolti addirittura a sostenere il bisogno di rafforzarla per accrescerne la funzionalità secondo alcuni specifici criteri di adeguatezza²⁵.

Con particolare riguardo alla concorrenza, il diritto antitrust è stato sovente concepito come un “lusso” che gli Stati non si possono permettere in circostanze di crisi²⁶. Cionondimeno, malgrado la situazione di recessione e le inevitabili politiche di contrazione della concorrenza adottate in passato, le autorità antitrust europee, hanno poi sempre mostrato una buona tenuta e una discreta flessibilità, soprattutto nel coadiuvare i processi di riorganizzazione del settore bancario²⁷.

D’altra parte, come è stato osservato²⁸, se con la crisi economico-finanziaria del 2008 lo Stato regolatore ha inizialmente ceduto il passo allo Stato salvatore e alla sua «mano visibile»²⁹, in una seconda fase, esso è sembrato,

²² In questo senso, M. Cuniberti, *L’organizzazione del governo tra tecnica e politica*, in G. Grasso (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, Napoli 2016, p. 45 e ss.

²³ Così, S. Cassese, *L’autorità della concorrenza e del mercato nel “sistema” delle autorità indipendenti*, Schema della relazione al convegno organizzato dalla Fondazione Einaudi su “L’antitrust italiano: vent’anni di esperienza”, Roma, 26 novembre 2010, consultabile sul sito www.irpa.eu

²⁴ Vedi, N. Longobardi, *Le autorità di regolazione dei mercati nel «tempo della crisi*, cit.

²⁵ *Ibidem*, individua fra i criteri di adeguatezza, la capacità di seguire l’evoluzione dei mercati e l’innovazione che avviene in essi, in continuo dialogo/confronto con gli operatori economici, ciò che ovviamente implica che le autorità siano dotate di poteri e risorse sufficienti; capacità di inserirsi autorevolmente in una prospettiva regolatoria sovranazionale, così da attuare le potenzialità di *governance* globale già rivelate dalle autorità indipendenti.

²⁶ Secondo l’opinione comune colta criticamente da D. Crane, *Antitrust Enforcement During National Crises: An Unhappy History*, in *GCP – The Online Magazine for Competition Policy*, 2008, p.3.

²⁷ Così, A. Pezzoli, *La concorrenza ai tempi del virus e la rilegittimazione dell’intervento pubblico*, consultabile alla pagina web: www.eticaeconomia.it

²⁸ M. Clarich, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n. 1, 2018, pp. 1-22

²⁹ Cfr., Id., *La “mano visibile” dello Stato nella crisi economica e finanziaria*, in *Rivista della regolazione e dei mercati*, 2015 pp.1-6

invece, superare il momento più critico, riprendendo e potenziando il suo ruolo, attraverso soprattutto il rafforzamento della regolazione di matrice europea³⁰.

Non sono poi mancati altri momenti in cui il ruolo delle autorità di regolazione è stato oggetto di riflessione critica. In Europa, il periodo di recessione che è sopraggiunto a causa delle misure di austerità e delle riforme strutturali imposte agli Stati membri dopo la crisi del 2008 ha finito infatti per generare la percezione che la regolazione fosse imposta dall'alto, da un' *élite* tecnocratica poco sensibile alle esigenze soprattutto delle fasce della popolazione più colpite dalla crisi economica. Questa diffusa diffidenza verso i poteri neutrali ha poi finito per essere addirittura strumentalizzata dai vari movimenti populistici e sovranisti emersi in questi ultimi anni in Europa (ma anche fuori del Vecchio continente³¹), che, ergendosi a portavoce del popolo sovrano contro le *élite* tecnocratiche nazionali ed europee, hanno avviato una vera e propria campagna di delegittimazione di ogni forma di "contropotere" neutro, rivendicando non soltanto il bisogno di uno statalismo economico, ma, più ampiamente, di un governo forte, dotato di pieni poteri³².

Anche in questo caso, e a maggior ragione viste le derive populiste/sovraniste di alcuni paesi, non sono mancate voci che hanno sottolineato il ruolo importante svolto dalle autorità indipendenti, prima fra tutte quella del nostro Presidente della Repubblica che ha evidenziato l'importanza, nel nostro ordinamento, di un sistema di pesi e contrappesi che si articola nella divisione dei poteri e nella previsione di autorità indipendenti, autorità che non sono dipendenti dagli organi politici ma che, dovendo governare aspetti tecnici, li gestiscono prescindendo dalle scelte politiche, a garanzia di tutti.

Tornando alla situazione attuale, anche oggi stiamo vivendo una crisi globale, quantunque per molti aspetti diversa da quella precedente, vista la trasversalità dell'impatto che essa ha avuto sul mondo, economico e non solo. Siamo infatti al cospetto di una crisi non dovuta prettamente ad un fattore economico, ma causata da uno shock esogeno catastrofico³³, la diffusione di un virus, che conferisce alla crisi medesima alcune peculiarità, prima fra tutte

³⁰ Ancora, Id., *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, cit., p.9 osserva come vi sia stato un potenziamento di attribuzioni di regolazione e di intervento agli apparati europei e nella fattispecie alla Banca centrale europea

³¹ Si veda l'attacco "frontale" di Trump alle *authorities*. Sull'argomento sia consentito rinviare a C. Sartoretti, *The Trump administration and its strategy to seize control over independent agencies*, in *DPCE online*, n.1/2021, pp. 1047 ss.

³² Sull'argomento, si veda, M. Clarich, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, cit., *passim*, ma spec., p. 14 ss.

³³ Cfr. M Boyer, *Competition, open social democracy, and the Covid-19 pandemic*, in *Concurrences*, n°2, 2020, pp. 33 e ss.

l'impossibilità di prevedere quando essa terminerà poiché strettamente legata all'andamento della malattia.

Al di là dell'alto livello di incertezza che accompagna l'attuale crisi da COVID-19, anche qui le ripercussioni sul piano economico sono state numerose a cominciare da forti carenze nell'offerta in generale, dovuto all'interruzione delle catene di fornitura, e da un shock della domanda causato, al contempo, da un brusco calo della richiesta dei consumatori per alcuni prodotti e servizi e da un drastico aumento, all'opposto, della domanda per altri prodotti e servizi, soprattutto quelli sanitari. A ciò si aggiunga poi l'adozione nella maggior parte dei paesi di misure generali di reclusione (c.d. *lockdown*) considerate come l'unica possibilità per contenere la pandemia data la mancanza di disponibilità delle attrezzature o dei prodotti necessari per bloccare la diffusione della malattia.

Come abbiamo già sopra evidenziato, anche la crisi odierna, pur con tutte le sue peculiarità, ha visto la discesa in campo degli Stati e con loro della politica (delle politiche nazionali) per gestire l'emergenza. In quest'occasione, come nelle precedenti, sono state adottate politiche di sostegno economico che rispondono a una vecchia ricetta che vuole, nei momenti di crisi, più Stato nell'economia, che preferisce cioè uno Stato "interventista", responsabile di presidiare direttamente funzioni strategiche per le nazioni e di assicurare il soddisfacimento dei bisogni essenziali delle popolazioni, in luogo di uno Stato più "leggero" ridotto al minimo nelle funzioni, promotore della libera iniziativa e dei meccanismi di mercato.

L'interventismo pubblico è apparsa la risposta d'immediato impatto per far fronte alle incertezze del momento, risposta che si è tradotta in un maggior condizionamento del libero svolgersi degli scambi e nell'adozione di provvedimenti come, ad esempio, la proroga delle concessioni o il differimento, in Italia, della scadenza del mercato tutelato in campo energetico disposto con il decreto-legge c.d. "milleproroghe"³⁴, nel riconoscimento da parte del governo norvegese al settore dei trasporti esenzioni temporanee e nell'impegno che la Francia si è formalmente assunta di difendere le grandi imprese transalpine anche a costo di adottare provvedimenti di *nationalization* laddove occorresse³⁵.

Gli spazi della politica non appaiono più così angusti come in passato. Il coronavirus ha effettivamente mostrato la necessità che l'autorità pubblica si occupi dell'emergenza, e ciò porta inevitabilmente a domandarsi come e se una rivincita della politica debba necessariamente tradursi in una ritirata – o come è stato indicato in una «dequotazione»³⁶ – di organismi con funzione di *expertise*

³⁴ Decreto-legge 31 dicembre 2020, n. 183, convertito in legge del 26 febbraio 2021, n. 21

³⁵ Vedi l'articolo di A. Tonnelier, C. Gatinois, *De la « start-up nation » au grand retour de l'Etat*, pubblicato sul quotidiano *Le Monde* del 21 dicembre 2020

³⁶ Ancora, S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, loc.cit.

che, come è noto, sono stati originariamente creati per dare alla società una risposta tecnica ed indipendente (e dunque non politica)³⁷.

3. Le autorità amministrative indipendenti e il perenne conflitto fra tecnica e politica

La crisi che stiamo vivendo e il ritorno della politica, di una politica sorprendentemente decisiva, non solo per i vaccini, ma anche per la sanità e l'economia, paiono, a prima vista, mettere in un cono d'ombra quei soggetti che sappiamo essere sorti in un momento storico in cui si volle favorire un nuovo modello di organizzazione dei poteri pubblici la cui legittimazione fosse essenzialmente tecnica. Questo modello era, infatti, incentrato sulla rivalsa della tecnica, «intesa come razionalità-efficienza, rispetto all'arbitrarietà-inadeguatezza della politica, condannata a ritrarsi di fronte all'illimitata capacità espansiva della prima»³⁸.

La presenza di poteri pubblici indipendenti è stata sovente ritenuta difficilmente compatibile con il cosiddetto primato della politica e ciò per la ragione che la tecnica, che costituisce la loro ragion d'essere, è stata sempre interpretata come uno strumento di delimitazione del potere politico, come cioè uno spazio sottratto alla politica. Anche lo sviluppo notevole che le *authorities* hanno avuto nel Vecchio continente, a partire dagli anni Novanta, risponde d'altra parte ad una precipua necessità delle istituzioni europee che è stata proprio quella di depotenziare gli organi di indirizzo politico nazionale, privandoli di quelle funzioni di indirizzo politico loro proprie che avrebbero minato il primato, l'effettività e la necessaria applicazione del diritto comunitario (oggi europeo). Ridurre l'indirizzo politico a mera valutazione tecnica su fatti complessi è sembrata infatti essere, ad un certo momento, la condizione necessaria per rendere più difficile l'elusione/evasione di quel diritto europeo, originario e derivato, che era ed è «in primo luogo, un diritto uniforme degli scambi, preordinato alla tutela della libertà dei mercati, in vista degli imperative pressanti posti dai processi di globalizzazione»³⁹. Ed è per poter raggiungere siffatto obiettivo che l'Unione europea ha dunque favorito la regolazione indipendente, ricorrendo a vere e proprie tecnostrutture che consentissero di contrastare i governi e le politiche nazionali con i loro tentativi di resistere

³⁷ Secondo la definizione di A. Predieri, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 40

³⁸ M. Manetti, *Il primato della tecnica e la rivincita della politica nell'organizzazione del potere esecutivo*, in G. Grasso (a cura di), *Il Governo tra tecnica e politica*, cit., p. 101 ss.

³⁹ R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Rom-Bari, 2014, p. 108

all'instaurazione di un quadro normativo europeo comune e di un mercato globale⁴⁰.

Le autorità amministrative indipendenti nazionali diventano per l'esecutivo europeo (nella veste principalmente della Commissione europea) interlocutori privilegiati, grazie anche al loro inserimento in un sistema a rete (con un centro di riferimento a livello europeo) che ha conferito a questi organismi maggior forza, potendo i medesimi agire e ad accordarsi sulla base delle proprie responsabilità, piuttosto che in nome e per conto dello Stato di appartenenza⁴¹.

Ora, se l'ingresso della tecnica nel diritto e la gestione indipendente di alcuni settori ha rappresentato per molto tempo un tentativo di neutralizzazione degli apparati burocratici dalla politica e di depotenziamento degli indirizzi politici nazionali, è naturale allora chiedersi quale possa essere oggi, il ruolo giocato dagli apparati tecnico-burocratici, le *authorities* appunto, allorché i confini dell'influenza pubblica tornano a estendersi e la presenza pubblica torna ad essere piuttosto evidente in molti ambiti, a cominciare da quello economico.

Il rapporto tra politica e tecnica si configura da sempre come un rapporto altalenante. Come è stato osservato⁴², quando la politica si ritrae la tecnica avanza, cambiando notevolmente l'agenda pubblica, e viceversa. E tuttavia va osservato come anche nelle altre pregresse occasioni in cui i poteri indipendenti sono parsi ritrarsi perché soggetti a erosione di funzioni da parte della politica, si poteva cogliere un singolare fenomeno, ossia una loro proliferazione anche in contesti giuridici ed economici che non avevano fino ad allora sperimentato forme di regolamentazione amministrativa e indipendente del mercato⁴³. Segno forse che l'esperienza delle *authorities* non fosse globalmente terminata o destinata a concludersi, come molti presagivano, ma continuasse a esercitare «quel ruolo di efficace barriera rispetto alle prevaricazioni economiche che

⁴⁰J. Chevallier, *Autorités administratives indépendantes et État de droit*, in *Civitas Europa*, vol. 37, n. 2, 2016, pp. 143-154. il quale sottolinea come «La pression européenne a été sur ce plan déterminante, en assortissant le processus de libéralisation des marchés de l'exigence de séparation de l'opérateur et du régulateur», precisando come «Les AAI apparaissent ainsi comme la clef de voûte de la construction d'un ordre juridique de marché dominé par le principe de libre concurrence».

⁴¹ Vedi, sul punto, N. Longobardi, *Autorità amministrative indipendenti [dir. amm.]* in *Diritto on line*, 2014; A. Pierini, *Unione bancaria europea e mercato unico dei servizi finanziari dinamiche di integrazione e limiti del processo di federalizzazione delle funzioni in materia di vigilanza e risoluzione delle crisi bancarie*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2016

⁴²

⁴³ Vedi, N Gbeou-Kpayile, *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes dans les états d'Afrique noire francophone: Les cas du Bénin, du Niger et du Togo*, Thèse de doctorat en Droit, 2011

colpirebbero pesantemente i cittadini»⁴⁴. Con riguardo al caso specifico del nostro paese, va poi rammentato che all'indomani della crisi del 2008 viene addirittura istituita una nuova autorità amministrativa indipendente con il compito di regolare il settore del trasporto e di disciplinare l'accesso alle infrastrutture ed ai servizi *accessory*, mentre in Francia non meno di 5 anni fa Jean-Louis Autin⁴⁵ scriveva testualmente che: «Le temps n'est plus où l'on pouvait s'exclamer de manière lapidaire: "Les autorités administratives indépendantes n'intéressent que les professeurs de droit et les naïfs"». E che dire poi della decisione in Spagna di cambiare, nel 2017, l'attuale struttura della *Comisión de los Mercados y la Competencia* (CNMC), trasformando la *Dirección General de Seguros* in una *agencia independiente* e implementando così il novero delle AAI?

Un sistema istituzionale – è stato osservato⁴⁶ – funziona se vi è “leale collaborazione” tra governo e autorità indipendenti senza prevaricazioni o insofferenze, dovendosi piuttosto garantire il rispetto dei relativi “saperi”, poiché entrambi servono all'interesse del paese e della sua economia. In tal senso, ciò che andrebbe stabilita è «una sana convivenza tra politica dell'economia ed economia della politica. Un accento giusto da porre ora sulla “regolazione tecnica”, ora sugli “indirizzi politici”». Parole, queste, che appaiono condivisibili a chi scrive e che riportano al centro la complessa questione del rapporto tecnica/politica, un rapporto in cui la tecnica e la politica sono per tradizione concepiti in perenne conflitto fra loro (un conflitto sempre latente di cui la tragica pandemia da coronavirus – come è stato evidenziato – ha messo a fuoco in modo esemplare le ragioni, ora profonde ora occasionali e relative⁴⁷), ma su cui forse vale la pena riflettere, ricordando come la prima debba comunque essere sempre controllata e governata dal campo autonomo della politica, se si

⁴⁴ Così, testualmente, A. Travi, *Autorità indipendenti alla ricerca di un equilibrio*, in *Vita e pensiero*, 2017, p. 89

⁴⁵ J.-L. Autin, *Autorités administratives indépendantes, démocratie et État de droit, Droit et société*, 2016/2 (N° 93), p. 285-295

⁴⁶ Ancora l'ex commissario dell'AGCOM, A. Preto, *Regolazione e indirizzo politico, un equilibrio da rispettare sempre*, cit.

⁴⁷ Così, R. Ferrara, *Scienza e diritto nella società del rischio: il ruolo della scienza e della tecnica* in *Diritto e processo amministrativo*, 1/2021, p. 63 ss.; L. Castellani, *Tecnici e politici: relazioni pericolose*, osserva come il ritorno, in occasione della pandemia, dell'interventismo statale nell'economia, sia in funzione emergenziale-sanitaria che strategica, si caratterizzi anche per una espansione tecnocratica dove a divenire sempre più rilevante, in ambito economico e politico-burocratico – è il ruolo di manager, scienziati e *civil servants*. Come è stato osservato, se fino a qualche tempo fa si credeva che i tecnocrati fossero prevalentemente gli economisti e gli alti burocrati di ministeri, Commissione Europea, banche centrali, autorità di regolazione dei mercati e istituzioni internazionali, oggi l'attenzione si focalizza sui medici e sugli scienziati, organizzati in comitati e task forces per fronteggiare l'emergenza sanitaria.

vogliono frenare eventuali derive, provocate proprio da un'eccessiva tecnicizzazione.

Il rapporto tra tecnica e politica dovrebbe allora essere letto piuttosto come una specificazione del rapporto tra fini e mezzi di un sistema sociale: la tecnica andrebbe cioè concepita come mezzo (sapere specialistico) e non anche come fine; quest'ultimo compete infatti alla politica, trattandosi di elaborazione valoriale degli scopi da assegnare ad un sistema⁴⁸.

Come fa notare autorevole dottrina⁴⁹, l'indebolimento della politica (e pertanto anche della normatività giuridica, in cui le proposte politiche aspirano a tradursi) non annulla «la differenza logica tra la regola e il regolato: ossia, tra diritto (e dunque tra mondo della politica)⁵⁰, da un lato, e capitalismo e tecnica, dall'altro». Non sarà magari più il diritto della verità – si osserva ancora – ma è pur sempre un diritto della volontà che per quanto debole, conserva la capacità di orientare il capitalismo e la tecnica. D'altra parte la «volontà di raggiungere scopi attraverso le norme – ancorché svigorita dalla spazialità dell'economia e dall'omogeneità strutturale tra regime democratico e concorrenza di mercato – si pone sempre come principio ordinatore rispetto alla materia regolata».

Allo stesso tempo, i confini tra regolatori e governo non devono essere intesi come assoluti, ma, piuttosto, come permeabili⁵¹, ed il processo regolatorio non va ritenuto completamente disgiunto dal processo politico. In tal senso, la regolazione appare sempre più come un aggiustamento continuo fra il sistema

⁴⁸ D. Chirico, *Tecnica” e “politica” nelle dinamiche inter-ordinamentali*, in www.giurcost.org, evidenzia come «il momento tecnico potrebbe essere qualificato come criterio organizzativo efficiente, sotto il profilo della “gestione” dei mezzi in relazione ai fini dati». Diversamente, affermare il primato della tecnica rischia di condurre a una democrazia dei produttori scissa da una democrazia dei consumatori, non comunicanti tra loro - mentre progredisce la concentrazione del potere economico-finanziario - se non nei rispettivi luoghi astratti rappresentati dai singoli mercati, sulla fluidità dei quali vigilano tecnocratiche “authorities”, irresponsabili politicamente, se non - al limite - verso l'organo che le insedia (attraverso il sistema delle nomine); il sociologo Ferrarotti, *Il pensiero involontario nella società irretita*, Roma, 2019, pone l'accento sul valore strumentale della tecnica, che non può essere principio guida, non dice da dove veniamo, dove siamo e dove andiamo. Nata per servire, ti asservisce, rende inutile il ricordo, appiattisce, elimina la variabilità storica. La politica – sottolinea il sociologo – è invece acquisizione di quote di potere e soddisfacimento delle richieste emergenti, anche se oggi combatte solo battaglie disperate di retroguardia.

⁴⁹ Così, N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, pp. 14-15

⁵⁰ Cfr. R. Ferrara, *Scienza e diritto nella società del rischio: il ruolo della scienza e della tecnica*, cit.

⁵¹ F. Vibert, *Independent agencies. No Fixed boundaries*, in S. Eyre, E. Heims, C. Koop, M. Lodge, L. Stirton, F. Vibert (eds.) *Regulatory under challenge. Discussion Paper, published by the Centre for Analysis of Risk and Regulation at the London School of Economics and Political Science*, London, 2016, p. 1 ss.

politico e il sistema delle *independent agencies*⁵². Aggiustamento che deve avvenire privilegiando la cooperazione e la coordinazione⁵³ tra governo e *authorities*, poiché è il momento collaborativo a rappresentare la migliore garanzia per i privati alla sicurezza dei rapporti giuridici⁵⁴. Non va d'altra parte dimenticato che siamo al cospetto di due attori che di fatto giocano dalla stessa parte. Le autorità indipendenti, sono infatti anch'esse poteri pubblici (ancorché contraddistinti per operare con un discreto grado di indipendenza dal potere politico e soprattutto con una elevata competenza tecnica) demandati alla cura dell'interesse pubblico⁵⁵ rispetto al quale «rileva anche il connesso assetto dei

⁵² Anche con riguardo al concetto stesso di tecnica, M. Cuniberti, *Il governo e la tecnica*, in www.gruppodipisa.it, 20 novembre 2015, p. 4, osserva come con tutta l'ambiguità e l'indeterminatezza che contraddistingue l'espressione, infatti, la "tecnica" non appare più, oggi – se mai lo è stata realmente – come uno strumento di delimitazione del potere politico, come uno spazio sottratto alla politica (come sembrerebbe accadere con le autorità indipendenti, anche se sulla irrilevanza dello statuto delle autorità indipendenti rispetto alla politica vi sarebbero da avanzare molti dubbi) ma tende piuttosto ad essere utilizzata come uno strumento di rafforzamento e di implementazione delle stesse scelte politiche; strumento attraverso cui si veicolano scelte politiche che si pretende di escludere dalle sedi della democrazia rappresentativa e della responsabilità politica, ma che, veicolandosi di necessità attraverso l'organo governo, finiscono con l'operare anche come criterio e principio per una complessiva riallocazione dei poteri al suo interno. Si veda altresì, in senso critico, M. Manetti, *Autorità indipendenti e crisi della politica*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1-2, 2015, p. 351 ss., ma spec., p. 353, che con riferimento all'esperienza del nostro paese avverte come la politica, in verità, da tempo si sia spinta addirittura a strumentalizzare le autorità indipendenti, con il risultato di avere *authorities* «sempre più potenti ma sempre meno indipendenti».

⁵³ T. Prosser, *The regulatory enterprise: Government, Regulation and Legitimacy*, Oxford, 2015, *passim*, ma spec. p. 305 e ss., parla di "progetto collaborativo" nel quale siano coinvolti le *authorities* e l'esecutivo.

⁵⁴ Così, S. Lucattini, *Rivalità e coordinamento nel governo dei servizi pubblici*, in F. Merusi, S. Antoniazzi (a cura di), *Vent'anni di regolazione accentrata di servizi pubblici locali*, Torino, 2017, p. 57 e ss., ma spec., p. 69; *Id.*, *Un'autorità di regolazione per energia acqua e rifiuti? Appunti per uno studio*, in ilmerito.org, 12 dicembre 2016, per il quale, il momento collaborativo costituirebbe una garanzia per i privati che potrebbe tradursi nella pretesa (azionabile anche dinnanzi al giudice amministrativo e civile) ad un comportamento amministrativo razionale, sinergico e armonico.

⁵⁵ Cfr., sull'argomento, G. Morbidelli, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. Predieri (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, I, Firenze, 1997, p. 145 ss.; M. Manetti, *Poteri neutrali e costituzione*, Milano, 1994, p. 146 ss.; S. Niccolai, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996; M. Ramajoli, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, p. 508 ss.; M. Antonioli, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001, p. 193 ss.; M. Cuniberti, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2000, pp. 3 ss.

Vedi, altresì, M. Gjidara, *Le contrôle exercé par le juge administratif sur les autorités administratives indépendantes*, in *Zbornik Radova Pravnog Fakulteta u Splitu*, vol. 50, no. 2, June 2013, pp. 265-288, ma spec. p. 270-271. *HeinOnline*, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/splitu50&i=284> che rammenta come le AAI «représentent l'Etat, puisqu'à l'instar des administrations classiques elles disposent des mêmes prérogatives et interviennent parfois dans des domaines régaliens» e osserva

diritti e delle libertà degli individui e delle imprese»⁵⁶. Il ruolo principale delle autorità è infatti quello di tutelare gli interessi pubblici e della collettività in specifici settori economici e di rilevanza sociale, in presenza di numerose categorie di interessi ed operatori.

Ed è in questa chiave che ad avviso di chi scrive va allora letto l'odierno ruolo giocato dalle autorità amministrative indipendenti, tutt'altro che in ritirata, ma piuttosto in un momento di stasi dovuto al fatto che siamo in presenza di una «giuntura critica»⁵⁷, ossia di un periodo di tempo che si presume (o si auspica, vista l'imponderabile durata del virus) breve, in cui si realizzano modifiche di regole e procedure.

Gli spazi sempre meno angusti della politica non paiono dunque escludere il ruolo dei regolatori tecnici che anche in questa contingenza sono comunque chiamati a svolgere un ruolo rilevante nella tutela di certi *domaines sensibles*, in cui libertà, diritti e interessi di individui, di associazioni e di imprese possono venire compromessi da rilevanti poteri pubblici o privati.

Anzi, la situazione di emergenza può forse essere l'occasione per restituire alle *authorities* quel giusto ruolo di soggetti di garanzia e vigilanza indipendente dall'indirizzo politico, con compiti ben definiti e sottoposti a stringenti forme di controllo, che consenta una razionalizzazione del fenomeno in luogo della facilità con cui in passato si è invece ricorsi, in modo talvolta anche indiscriminato, alla funzione di autorità indipendenti⁵⁸.

ancora come «Les AAI sont apparues comme une formule permettant de protéger les citoyens du risque de politisation excessive»

⁵⁶ Così, A. Patron-Griffi, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri ed oggi*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 1-2, 2015, p. 1 ss., che sottolinea la necessità per una piena realizzazione dell'indipendenza delle *authorities* di raccordi col circuito politico, in una chiara e trasparente sistemazione.

⁵⁷ L'espressione è di G. Capoccia, R.D. Keleman, *The Study of Critical Junctures. Theory, Narrative and Counterfactuals in Historical Institutionalism*, in *World Politics*, Vol. 59, n.3, 2007, pp.341-369, ma spec., p. 348; cfr., altresì, L. Morlino, F. Raniolo, *Gli effetti della crisi economica*, in *Sinapsi*, n.3, 2019, pp.14-24

⁵⁸ Sull'argomento, vedi, G. Grasso, *Le autorità amministrative indipendenti*, in S. Sicardi, M. Cavino, L. Imarisio (a cura di), *Vent'anni di Costituzione (1993-2013)*, Bologna, 2015, p. 515 ss., ma spec. p. 54; M. Manetti, *Autorità indipendenti e crisi della politica*, loc. cit., evidenzia, con riferimento al caso italiano, l'abitudine a far ricorso alle *authorities* anche in settori che nulla hanno a che fare con la disciplina europea. L'Autrice denuncia alcune idee che hanno accompagnato in passato il fenomeno delle *authorities* nel nostro paese come «l'esaltazione senza remore dell'indipendenza, il favore per la delega di poteri generici e indeterminati, l'ostilità verso qualsiasi forma di controllo o di supervisione». Tutte idee che negli Stati Uniti erano state invece motivo di critica verso le *Independent agencies*.

M. T. P. Caputi Jambrenghi, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari, 2017, *passim*, ma spec., pp. 239 ss. evidenzia l'ampia discrezionalità di cui i regolatori godono nell'esercizio dei poteri "tecnici" a essi affidati, i quali sovente celano scelte di carattere squisitamente politico, o comunque sono tesi alla cura di un interesse pubblico specifico collegato al settore

4. Le authorities al tempo del COVID-19

L'emergenza COVID-19, pur riproponendo il "mito" del *big government*, non sembra dunque aver compromesso il c.d. paradigma regolatorio, non sembra cioè aver rinunciato all'idea di fondo per cui alcuni settori ritenuti sensibili debbano essere affidati alla garanzia di autorità di regolazione tecnica. Tutt'al più, come si è sopra evidenziato, la crisi sanitaria ha smorzato la forza che le *authorities* forse impropriamente avevano acquisito in Europa (e soprattutto in Italia) anche in virtù delle troppe competenze che sono venute negli anni a gravare su questi soggetti⁵⁹.

Anche la centralità del "pubblico" non può d'altra parte essere letta come una rievocazione del vecchio Stato dirigista, un'opzione, questa, chiaramente impraticabile nel mondo globale contemporaneo⁶⁰. Il ritorno, in Europa, dello Stato nell'economia risponde infatti alla necessità di riflettere, senza indugio e in una prospettiva di lungo termine, sulla politica industriale ed energetica che è opportuno in generale abbracciare (anche cioè quando la crisi sarà terminata) perché sia possibile un effettivo "sviluppo economico" ed una valorizzazione dei settori ritenuti strategici nel complesso gioco della concorrenza globale. A ciò si aggiunga poi che l'autorità pubblica tanto invocata in occasione di questa emergenza è un'autorità in parte a livello statale e in parte anche europea, il che rende appunto improponibile la possibilità di applicare categorie che oggi apparirebbero anacronistiche, come il richiamo appunto allo Stato interventista del secolo scorso, e tanto meno il ricorso a formule propagandistiche del tipo "più Stato, meno Europa" con cui si vogliono sostenere istanze sovraniste, protezioniste, antiglobaliste e così via⁶¹.

economico-sociale di riferimento, che, qualificando la particolare missione istituzionale che tali soggetti sono tenuti a compiere, ne pregiudica inevitabilmente la posizione di terzietà. Con riguardo all'esperienza francese, vedi il lavoro collettaneo *Le désordre des autorités administratives indépendantes: l'exemple du secteur économique et financier*, sotto la direzione di Nicole Decoopman e consultabile all'indirizzo www.ceprisca.fr, ove si osserva come: « Conséquences manifestes de la libéralisation des marchés et du recul des interventions directes de l'Etat, les autorités administratives indépendantes offrent au premier regard une impression de désordre tant par leur place sur l'échiquier institutionnel qu'en raison de leur fonctionnement, des attributions qui leur sont conférées ou de l'imbrication de leurs compétences ».

⁵⁹ G. Grasso, *Le autorità amministrative indipendenti*, loc. cit., con riferimento al caso del nostro paese, parla di banalizzazione" degli intenti della pretesa indipendenza, perchè se « tutto è autorità indipendente o se troppe competenze gravano sulle autorità, sfuma e si diluisce il senso proprio della contrapposizione con gli organi di indirizzo politico e con le amministrazioni serventi alla catena della responsabilità politico-parlamentare ».

⁶⁰ Per L. Micheli, *Economia di guerra e Covid 19*, in *Il Ponte*, online, 28 marzo 2020, « lo Stato può e deve scegliere, ed ha scelto nel corso della storia, molte forme di intervento economico e sociale per raggiungere i propri obiettivi ».

⁶¹ Si veda, per approfondimenti, A. Saravalle, C. Stagnaro, *Contro il sovranismo economico*, Milano, 2020

Oggi occorre fare i conti con un mondo globalizzato e soprattutto occorre ricordare che siamo parte di un sistema *multilevel* (articolato in senso verticale in almeno tre distinti livelli istituzionali, europeo, nazionale, e locale) che impone necessariamente una cooperazione di tutti i soggetti inevitabilmente coinvolti in questa emergenza. L'UE e i suoi Stati membri stanno infatti lavorando insieme per rafforzare i sistemi sanitari nazionali e contenere la diffusione del virus, e al tempo stesso stanno adottando misure per attenuare l'impatto socioeconomico della COVID-19 e sostenere la ripresa. Il *Recovery Fund*, strumento individuato dalla Commissione europea per rilanciare le economie dei paesi membri dopo la crisi causata dall'epidemia di coronavirus, ne è un esempio. Composto sia da prestiti sia da soldi a fondo perduto, l'erogazione dei fondi è vincolata alla presentazione da parte dei singoli Stati membri di un piano nazionale di spese e di riforma che affronti anche tematiche come la crisi ambientale e la transizione digitale, nella prospettiva vincolante di un potenziamento del mercato unico. *Green Transition* e *Digital Transformation* costituiscono due settori che dovrebbero permettere da un lato l'ammodernamento del sistema economico, dall'altro, come scrive la commissione «will help create jobs and growth and allow Europe to make the most of the first-mover advantage in the global race to recovery»⁶². E qui troviamo tutti quei principi di competitività globale che vogliono portare l'Unione ad avere un ruolo centrale e pulsante nello scenario della globalizzazione.

In questa cornice come si pongono allora le autorità indipendenti? Guardando ad esempio alle autorità garanti della concorrenza e del mercato (per certi aspetti l'autorità indipendente per antonomasia), si può osservare come l'emergenza COVID-19 ha imposto a Stati e imprese di adottare misure senza precedenti e, analogamente, le autorità antitrust europee hanno messo in atto una serie di iniziative volte a sostenere le imprese e tutelare i consumatori. Cambiando la normative in ambito emergenziale, le *authorities* operano controlli nel rispetto e in coerenza con le novità e gli allentamenti introdotti dall'Europa⁶³.

⁶² Paper della Commissione europea, *A roadmap for recovery towards a more resilient, sustainable and fair Europe*, 23 aprile 2020.

⁶³ A. de Moncuit, *How might the Covid-19 crisis change the dynamics of competition law?*, in *Concurrences*, n. 2, 2020, p. 58 ss., ma spec., p. 62, osserva: «this crisis poses the question of the role of competition authorities in this tense time. Should they act as proactive regulators or as mere “guardians of the temple” (i.e., watchdogs of entrenched competition rules)? Thirdly, what should be the priorities of competition authorities? We may assist to a rebalancing of their activities, from merger control and application of competition law in the digital sector to State aid and cooperation agreements. It may be necessary in a time of crisis to enter into a new era of competition policy, primarily protecting consumers and national champions».

La pandemia ha in particolare indotto le autorità competenti per la tutela della concorrenza ad adottare misure eccezionali per una durata strettamente limitata alla diffusione del contagio. A livello UE, la Commissione europea attraverso una serie di *public statement* ha delineato la propria posizione in merito a possibili aiuti di Stato che i paesi membri potranno concedere ai sensi dell'art. 107 co. 2 lett. b) del TFUE per i danni subiti a causa del COVID-19. Allo stesso tempo, la Commissione europea ha anche adottato un nuovo quadro temporaneo con cui sono state stabilite le condizioni di autorizzazione degli aiuti concessi alle imprese in difficoltà finanziaria a causa del COVID-19 ex art. 107 co. 3 lett. b), TFUE. 2.

A livello di singoli Stati membri, i governi nazionali hanno adottato una serie di misure di gestione del contagio che sappiamo aver portato, in primo luogo, alla limitazione della circolazione delle persone all'interno del territorio nazionale e, in secondo luogo, alla reintroduzione di controlli alle frontiere per gestire il flusso di circolazione delle merci e soprattutto delle persone in deroga al sistema Schengen come previsto dai trattati UE e dalla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia. Come conseguenza, molte autorità nazionali di concorrenza hanno deciso di sospendere temporaneamente i termini e le scadenze relativi ai procedimenti di valutazione delle concentrazioni ad esse notificate o quelli relativi ai procedimenti di *enforcement* pendenti dinanzi ad esse, oltre ad aver espressamente dichiarato l'intenzione di allentare le norme di concorrenza allo scopo di garantire un più efficiente funzionamento delle filiere produttive ritenute in questa fase essenziali per la tutela dei diritti delle persone/consumatori⁶⁴.

In una logica *multilevel*, va poi segnalato come il 23 marzo 2020 la rete europea delle autorità di concorrenza (ECN – *European Competition Network*), composta dalla Commissione europea e dalle autorità antitrust degli Stati membri, ha adottato una dichiarazione congiunta sull'applicazione delle regole di concorrenza da adottarsi durante la crisi legata all'emergenza sanitaria. A tale decisione è poi seguito un comunicato dai contenuti simili dello *Steering Group* della rete internazionale delle autorità antitrust (ICN – *International Competition Network*). In entrambe le dichiarazioni le autorità appartenenti all'ENC e all'ICN hanno condiviso l'idea che gli strumenti del diritto antitrust sono dotati della flessibilità necessaria per adeguarsi agli sviluppi economici e di mercato e

⁶⁴ F. Jenny, nella sua *Introduction* al monografico dedicato a *Competition law and health crisis*, pubblicato su *Concurrences*, n. 2020, p. 4 ss., rammenta come: «Competition authorities have responded to these extraordinarily brutal circumstances by adjusting their enforcement priorities, exempting certain forms of cooperation, relaxing their standards for efficiency defence, adopting emergency procedures, allowing state aids under certain conditions, accepting mergers because the target had all of a sudden become a failing firm etc.... while at the same time insisting that these changes did not mean a weakening or an alteration of the competition law principles that they previously followed».

hanno ribadito l'importanza di tutelare la concorrenza tra le imprese anche in situazioni di crisi per assicurare prezzi più contenuti, qualità e innovazione a vantaggio dei consumatori e dell'economia. Nel rispetto di questi punti saldi, le *authorities* facenti parti delle networks di cui sopra hanno pubblicato comunicati in linea con il quadro definito nelle dichiarazioni citate, assumendo iniziative che risultano coerenti con i punti saldi stabiliti a livello sovranazionale. In particolare le autorità hanno operato concordando su due principi fondamentali: il primo è quello di riconoscere la necessità per le imprese di cooperare per sopperire alle carenze nella fornitura di prodotti che scarseggiano e per garantirne una distribuzione equa, il che impone alle *authorities* di non intervenire di fronte a tali forme di cooperazione, fintantoché siano necessarie, temporanee e proporzionate all'obiettivo di evitare una carenza di approvvigionamento; il secondo è quello di condividere gli orientamenti informali con le imprese che nutrano dubbi circa la compatibilità della propria iniziativa con il diritto della concorrenza⁶⁵.

Complessivamente, le autorità indipendenti antitrust europee (ma anche quelle di altri paesi extra UE) hanno dovuto rivedere le proprie politiche e le proprie modalità di intervento per gestire al meglio l'attività istruttoria durante la fase di *lockdown*, oltre a dover individuare gli strumenti di *enforcement* necessari per assicurare la tutela della concorrenza in mercati entrati improvvisamente in crisi. Il perseguimento di questi scopi si è svolto con unità di intenti e condivisione degli obiettivi da parte delle *authorities* europee, le quali tutte hanno adottato misure per reagire agli effetti della pandemia sull'offerta e sulla domanda di prodotti e servizi essenziali, autorizzando varie forme di cooperazione imprenditoriale temporanee⁶⁶, senza però mai rinunciare a perseguire cartelli e abusi di posizione dominante.

In tema di controllo delle concentrazioni delle imprese (c.d. *failing firm defence*) si coglie invece una minor convergenza⁶⁷, frutto forse del fatto che le

⁶⁵ Vedi, per approfondimenti, l'attento studio di F. Ghezzi, L. Zoboli, *L'antitrust ai tempi del Coronavirus: riflessioni sulle esperienze internazionali e sulle iniziative italiane*, in *Riv. soc.*, n. 2/3, 2020, p. 625 ss.

⁶⁶ In Germania, ad esempio, è stata riconosciuta sin da subito da parte del *Bundeskartellamt* e del governo la possibilità di cooperazione tra produttori alimentari e rivenditori al dettaglio al fine di garantire l'approvvigionamento; in Norvegia, il governo ha concesso a due compagnie aeree di cooperare per un periodo di tre mesi coordinando gli slot, mentre in Spagna, la *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* ha dichiarato che verranno tollerate forme di cooperazione temporanea tra imprese in particolare, ma non solo, nei settori delle attrezzature sanitarie e dei servizi funebri. Cfr. per approfondimenti, il report dell'OECD *Co-operation between competitors in the time of COVID-19*, del 26 maggio 2020, consultabile all'indirizzo www.oecd.org

⁶⁷ E' stato tuttavia osservato (vedi le Note e Studi pubblicati da Assonime, n.1, 2021, su *L'applicazione delle regole antitrust durante l'emergenza Covid-19*) come nello scenario economico conseguente alla crisi sanitaria, in risposta agli appelli a favore di un allentamento del controllo delle concentrazioni e in particolare del rigore delle condizioni

stesse dichiarazioni adottate a livello europeo e internazionale non contengono, esse medesime, alcuna indicazione⁶⁸ in merito, anche se il tema sia piuttosto delicato e importante per il rischio di veder ridurre, causa della concentrazione, la concorrenza, consentendo alla nuova entità di aumentare i prezzi o praticare condizioni svantaggiose per le controparti.

Non va poi sottovaluta l'importanza anche dell'attività di *advocacy* delle *authorities* per poter uscire dalla crisi: in un periodo in cui i governi stanno tentando massicciamente di supportare le imprese di fronte a varie difficoltà derivanti dalla crisi sanitaria o dal periodo di reclusione, le autorità garanti della concorrenza hanno (o devono avere) il compito di offrire la proprio competenza affinché questi interventi normativi non producano ulteriori distorsioni o restrizioni della concorrenza e barriere all'entrata, come ad esempio per gli aiuti di Stato che devono essere garantiti senza che venga indebitamente ristretta la concorrenza sui mercati⁶⁹.

La crisi da COVID-19, con le sue conseguenze sul piano non soltanto sanitario ma anche economico, sembra in una qualche misura, aver posto le autorità antitrust europee davanti ad una sfida cruciale dettata da una linea di demarcazione che necessariamente si impone tra comportamenti adottati a tutela del consumatore e comportamenti abusivi e/o collusivi⁷⁰, nonché dalla necessità di una continua vigilanza nei confronti di questi ultimi, che deve tenere conto anche di eventuali difficoltà materiali nell'espletamento tempestivo delle funzioni. A ciò si aggiunga poi l'attenzione che le autorità di concorrenza devono prestare all'universo delle piattaforme digitali, sia con riguardo alle condotte illegittime che esse pongono direttamente sia in riferimento ai comportamenti illeciti realizzati per il tramite proprio delle piattaforme.

E proprio a quest'ultimo proposito, va ricordato come la questione dei *big data*, stante l'enorme impatto economico/sociale che deriva dalla raccolta e

di applicazione della *failing firm defence* sia la Commissione che varie autorità antitrust nazionali hanno comunque espressamente ribadito la necessità di mantenere un rigoroso controllo delle concentrazioni, in linea con l'approccio già adottato all'indomani della crisi finanziaria del 2008.

⁶⁸ Ancora, cfr., *Ibidem*

⁶⁹ Vedi, F. Jenny, *Introduction*, loc. cit.

⁷⁰ In Italia, ad esempio, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), in virtù della sua competenza in materia di tutela del consumatore, è intervenuta in numerosi casi, adottando provvedimenti d'urgenza volti a reprimere tempestivamente le condotte scorrette di alcune imprese consistenti. Si veda, ad esempio, il caso della promozione di medicinali e integratori attraverso *claim* che avrebbero indotto i consumatori a considerare tali prodotti, contrariamente al vero, idonei a combattere il COVID-19 (Provvedimenti n. PS11723 – Farmaco Coronavirus-Kaletra, Provvedimento n. 28173 del 17 marzo 2020; PS11722 – Carlita Shop-Integratori antivirali, Provvedimento n. 28178 del 22 marzo 2020; PS11735 – Farmacia generica.it-Kaletra, Provvedimento n. 28207 del 27 marzo 2020; PS11733 – Farmacia maschile.it-Kaletra, Provvedimento n. 28206 del 27 marzo 2020).

dall'analisi di una quantità crescente di informazioni, abbia, da tempo, addirittura evidenziato la necessità di potenziare il ruolo delle *authorities* in questo ambito. Non solo dell'antitrust ma anche di altre autorità garanti, inquadrando così il fenomeno secondo una triplice prospettiva della tutela della concorrenza, della tutela della privacy e della garanzia di pluralità delle fonti di informazioni.

A tal proposito, in Italia, nel 2019 Agcom e Antitrust hanno, ad esempio, fatto appello congiuntamente al Parlamento e al Governo per ottenere alcuni dei poteri forniti al Garante Privacy dal regolamento Gdpr (poteri di acquisizione delle informazioni al di fuori dei procedimenti istruttori) con la possibilità di irrogare sanzioni amministrative in caso di rifiuto o ritardo nel fornire le informazioni richieste o in presenza di informazioni ingannevoli od omissive. E questo sulla base dell'assunto che se l'uso di dati (personali e non) è il motore dell'economia digitale, di cui sono numerosi i messaggi, l'abuso (dal punto di vista della privacy o della concentrazione antitrust) costituisce invece un serio pericolo.

In occasione della crisi sanitaria, l'attenzione si è focalizzata sul fatto che l'utilizzo dei *big data* può prestarsi a innumerevoli applicazioni anche nel campo della salute. In riferimento alla pandemia si è discusso sul contributo offerto dai *big data* nella battaglia al contagio, soprattutto nella fase di controllo e tracciamento degli spostamenti⁷¹. La raccolta e l'utilizzo dei dati relativi alla salute sono apparsi strumenti indispensabili nell'azione di contrasto e contenimento della pandemia, tuttavia non bisogna sottostimare lo spettro del *data breach*, perché le violazioni di informazioni, soprattutto nei momenti difficili come quelli attuali, è ampiamente possibile, e ciò spiega il ruolo di rilievo che stanno giocando anche oggi le *authorities* per la privacy in Europa, impegnate ad assicurare il corretto bilanciamento tra gli interessi collettivi e le libertà fondamentali⁷².

Ma non è tutto.

⁷¹ Si pensi alle soluzioni c.d. *contact tracing* adottate in Asia e, segnatamente, in Corea del Sud, Taiwan, Hong Kong e Singapore

⁷² Il garante francese (CNIL) (cfr., *Coronavirus (COVID-19): les rappels de la CNIL sur la collecte de données personnelles par les employeurs*, 23 settembre 2020, in www.cnil.fr) e lussemburghese (CNPd) (cfr., *Coronavirus (covid-19): recommandations de la cnpd relatives à la collecte de données personnelles dans un contexte de crise sanitaire*, 11 febbraio 2021, in <https://cnpd.public.lu/>), come quello italiano (GPDP) (si veda, *Soggetti pubblici e privati devono attenersi alle indicazioni del Ministero della salute e delle istituzioni competenti*, 2 marzo 2020, in www.garanteprivacy.it), ad esempio, hanno assunto posizioni simili. Per queste autorità, la normativa sulla privacy imporrebbe forti limitazioni alla possibilità di raccogliere e trattare dati personali come misura di contenimento del contagio da parte di aziende ed enti privati. Secondo i Garanti, l'accertamento e la raccolta di informazioni relative ai sintomi tipici del coronavirus e alle informazioni sui recenti spostamenti di ogni individuo spetterebbero infatti esclusivamente alle autorità sanitarie.

Di recente, in Italia, si è di nuovo parlato di *authorities*, evidenziando la necessità di un'alleanza che raccolga diversi regolatori italiani ed europei (Agcom, Antitrust, Edpb e i diversi Garanti privacy) e investa anche le aziende tech allo scopo di assicurare lo sviluppo di una società ed economia digitali che deve concretizzarsi attraverso la costruzione della fiducia di cittadini e aziende nei nuovi strumenti e algoritmi che si nutrono dei dati⁷³. E la fiducia appena menzionata, che deve passare necessariamente dalla tutela della privacy, dal cyber security e così via, si costruisce pertanto anche grazie all'intervento delle *authorities*.

In buona sostanza si potrebbe sintetizzare evidenziando come la rievocazione oggi del *big government* preveda anche la necessaria collaborazione di tecnostrutture indipendenti, come le autorità antitrust e i garanti della privacy, il cui intervento e il cui impegno sono stati tutt'altro che marginali. Il *lockdown* con il blocco di intere filiere produttive ed effetti a cascata che coinvolgono i produttori di beni e i loro fornitori, gli intermediari commerciali e i rivenditori ha imposto tanto agli organismi di governo nazionali ed internazionali quanto alle autorità antitrust il compito fornire risposte alla crisi delle imprese, sia in funzione di tutela dell'economia e dei posti di lavoro, sia per garantire l'approvvigionamento di prodotti di cui è esponenzialmente cresciuta la domanda in questi mesi, come ad es. i dispositivi di protezione individuale, sia ancora per tutelare i consumatori contro le strumentalizzazioni della pandemia⁷⁴.

In una risoluzione dell'11 novembre 2020 è lo stesso Parlamento europeo⁷⁵ a invitare, ad esempio, gli Stati membri a rispettare il diritto alla privacy e alla protezione dei dati e a garantire che tutte le nuove misure di sorveglianza o di tracciamento siano adottate in piena consultazione con le autorità preposte alla protezione dei dati al fine di assicurare che esse siano strettamente necessarie e proporzionate, abbiano una solida base giuridica, siano limitate alle loro finalità e abbiano carattere temporaneo.

Come è stato affermato in occasione della stipula in Francia di un accordo tra *authorities*⁷⁶ per fronteggiare il cambiamento climatico – un'urgenza

⁷³ Cfr., F. Pizzetti (a cura di), *Protezione dei dati personali in Italia tra GDPR e codice novellato*, Torino, 2021

⁷⁴ Cfr., a questo proposito, e in chiave comparata, V. Iaia, *Gli sfruttamenti commerciali delle crisi: dagli editti di Diocleziano ai presidi dell'AGCM ai tempi del Covid-19*, 24 marzo 2020, in *Iusintinere.it*

⁷⁵ Risoluzione del Parlamento europeo del 13 novembre 2020 sull'impatto delle misure connesse alla COVID-19 sulla democrazia, sullo Stato di diritto e sui diritti fondamentali (2020/2790(RSP))

⁷⁶ *Accord de Paris et urgence climatique: enjeux de régulation*, *Autorité de la concurrence, AMF, Arcep, ART, CNIL, CRE, CSA, HADOPI, Mai 2020*, consultabile all'indirizzo web: <https://www.csa.fr/>

sollevata da tempo ma acuita ancor più con la pandemia – «toutes les énergies doivent aujourd'hui être mobilisées pour faire face à l'épidémie de COVID-19 et à ses conséquences humaines, économiques et sociales». In questa cornice anche il ruolo dei soggetti regolatori diventa allora indispensabile per poter far fronte a una crisi che se ha certamente rimesso in campo il ruolo fondamentale della politica e degli organi nazionali di indirizzo politico, non sembra tuttavia aver “dequotato” le *authorities* e la loro funzione di garanti per la tutela di settori c.d. sensibili o di alto contenuto tecnico, riguardanti interessi di particolare rilevanza costituzionale⁷⁷, anch'essi inevitabilmente coinvolti dalla pandemia in corso.

5. Conclusioni

Lo sviluppo che le *authorities* hanno avuto in Europa, a cominciare dal loro esordio felice attorno agli anni Novanta dettato dalla necessità di superare il modello di Stato dirigista fino alla crisi COVID-19 odierna non è apparso lineare, a causa della graduale riconquista di spazi da parte del potere politico ma anche – come è stato osservato⁷⁸ – per via delle crescenti resistenze del potere economico, dopo l'esaurimento della stagione delle regolazioni dirette a livellare i campi di gioco. Ad una dirompente proliferazione delle autorità indipendenti dovuta ad un complesso di fattori, giuridici, sociali ed economici sappiamo infatti essere seguiti momenti in cui il ruolo di questi organismi è stato messo in discussione dal fallimento dei mercati, fallimento che ha indotto sovente l'opinione pubblica a reputare inadeguato il sistema dei controlli e dei controllori.

Per queste ragioni, da tempo buona parte della dottrina ritiene che il modello delle autorità di regolazione e, più in generale, il modello delle autorità amministrative indipendenti stia attraversando una crisi, se non addirittura una parabola discendente, che ne starebbe segnando il declino definitivo. Già nel 2004 e poi in modo ancor più forte con la crisi finanziaria del 2008 si è parlato

⁷⁷ G. Grasso, *Spunti per uno studio sulle autorità amministrative indipendenti: il problema del fondamento costituzionale (Italia, Francia, Stati Uniti d'America)*, in *Quad. reg.*, 1993, pp. 1310 ss. e *Id.*, *L'anomalia di un "modello": le autorità (amministrative) indipendenti nei Paesi membri dell'Unione europea. Prime ipotesi per un "inventario"*, cit., p. 266, nota 21, individua nella categoria elaborate dalla dottrina francese dei *domaines sensibles*, tre grandi settori di intervento delle autorità amministrative indipendenti, concernenti rispettivamente la regolazione economico-finanziaria, la regolazione di buona amministrazione e del politico, e la categoria «residuale» della regolazione informatica, delle comunicazioni e delle attività tecnico-scientifiche.

⁷⁸ E. Cheli, *L'innesto costituzionale delle Autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, in *www.astrid-online*, 2006.

di riflusso⁷⁹ delle autorità indipendenti, ed oggi con la pandemia, si è tornati nuovamente a sostenere il primato della politica ed annunciare al contempo la dequotazione dei garanti.

Quest'idea ricorrente e comunemente condivisa secondo cui le *authorities* costituirebbero un'esperienza avviata al tramonto appare però per certi versi scontrarsi con una realtà fattuale in cui questi organismi non soltanto continuano ad operare, ma proliferano numericamente e anche quando la politica torna alla ribalta nelle emergenze, se ne invoca comunque l'intervento⁸⁰.

La realtà attuale sembra infatti offrirci uno scenario diverso in cui le autorità indipendenti in Europa non paiono invero godere di cattiva salute, ma – come è stato evidenziato⁸¹ – sembrano piuttosto ancora saldamente collocate al centro del sistema istituzionale europeo e nazionale.

È stato fatto notare da parte di una dottrina minoritaria⁸² come, focalizzando l'attenzione a livello sovranazionale, il modello delle autorità di regolazione, lungi dall'essere soggetto ad un inarrestabile sfiorire, si sia invece nel tempo rafforzato con l'istituzione di regolatori europei e, nello specifico ambito dei servizi nazionali di pubblica utilità, di consorzi o reti di regolatori nazionali. Ciò che lascerebbe intendere dunque un consolidamento del modello della regolazione tramite autorità indipendenti, piuttosto che un loro declino.

Lo sviluppo dell'esperienza delle autorità indipendenti nel quadro europeo, seppur condizionata spesso da vicende congiunturali (come è accaduto con la crisi economico-finanziaria del 2008 e oggi con la pandemia) scaturisce da un processo più profondo legato a trasformazioni di lunga durata, che hanno coinvolto le costituzioni economiche dei vari paesi sotto l'impulso degli sviluppi dei processi di integrazione. Alla luce del diritto europeo, la presenza di organismi indipendenti dagli esecutivi e dalle forze del mercato appare ormai essere un dato necessario e incontrovertibile e, come è già stato osservato in precedenza⁸³, anche oggi si può nuovamente ribadire che in un quadro di integrazione crescente, le vicende politiche dei singoli Stati membri possono certamente segnare battute di arresto, ma non causare veri e propri arretramenti

⁷⁹ Così M. Clarich, *Le autorità indipendenti nello "spazio regolatorio": l'ascesa e il declino del modello*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2004, pp. 1035-1074.

⁸⁰ «Les Autorités Administratives Indépendantes (AAI) sont quotidiennement évoquées dans les medias», fa notare *Nathalie Hantz* <https://www.village-justice.com/articles/les-autorites-administratives-independantes-pont-pour-accessibilite-droit,38586.html>.

⁸¹ F. Cintioli, *Il pensiero giuridico di Giuseppe Morbidelli e le autorità amministrative indipendenti, ieri e oggi*, in *Federalismi.it*, 19 giugno 2019

⁸² M. Ramajoli, nel suo editoriale, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, n.2, 2018, pp. 170 ss.

⁸³ Così, E. Cheli, *L'innesto costituzionale delle Autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, in www.astrid-online, 2006.

sulle linee di sviluppo ormai raggiunte, specialmente in presenza di risultati tangibili sul piano della difesa delle libertà individuali.

Nel tentare allora di fare un bilancio sulla efficacia e soprattutto effettività del ruolo giocato sino ad oggi dalle *authorities* appare opportuno muovere da una interpretazione del fenomeno complessiva, che non si basi cioè riduttivamente su determinati frangenti (come quello ad esempio che stiamo vivendo) per poter dichiarare il declino o addirittura il tramonto di una simile esperienza giuridica.

A chi scrive infatti il quadro che traspare da un'osservazione globale del modello europeo delle *authorities*, dalla sua massima espansione iniziale fino alle recenti vicende della crisi pandemica, appare piuttosto quello di un consolidamento di questi organismi, seppur con una presa di coscienza dei limiti che il fenomeno presenta, limiti dovuti forse a quello che è stato definito un «difetto di partenza»⁸⁴, una originaria sopravvalutazione di questi organismi.

Inizialmente, si è infatti assistito, soprattutto, in Italia ad una delega quasi integrale di poteri regolatori in determinati settori; una sorta di mandato «totalizzante», quasi «salvifico», in considerazione del «presupposto implicito che la sola presenza di una autorità di regolazione potesse essere sufficiente a condurre i servizi nazionali di pubblica utilità in un ambito di concorrenza ed efficienza». E' chiaro allora che quando in occasione di alcune circostanze particolari, come le crisi economiche o quella odierna partita in ambito sanitario, il ruolo delle autorità regolatrici appare inevitabilmente ridimensionato rispetto alla funzione che esse hanno progressivamente acquisito e alle (elevate) aspettative riposte in origine su di loro, la tentazione di decretarne il tramonto diventa forte. Muovere da quelle che sono state definite «letture congiunturali»⁸⁵ rischia però di offrirci una lettura parziale se non addirittura deformata del fenomeno. D'altra parte anche nel corso della crisi che stiamo attualmente vivendo, pur dinnanzi a un accentuato interventismo degli organi politici, le autorità indipendenti sono scese in campo a svolgere il loro ruolo originario di amministrazioni competenti a regolare (al posto dei tradizionali apparati burocratici ministeriali o delle amministrazioni territoriali e in piena autonomia rispetto al potere politico) ambiti della vita economica e sociale coinvolgenti la tutela di interessi di particolare rilevanza costituzionale, definibili come «settori sensibili», richiedenti l'intervento di soggetti con un alto grado di competenza tecnica. Basti vedere gli interventi delle autorità antitrust o quelle dei garanti per la privacy o ancora quello delle banche centrali⁸⁶.

⁸⁴ Ancora, M. Ramajoli, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, loc. cit.

⁸⁵ Ancora, E. Cheli, *L'innesto costituzionale delle Autorità indipendenti: problemi e conseguenze*, loc. cit.

⁸⁶ Vedi, ad esempio in tema di concorrenza, l'articolo di A. Grifone, *Antitrust, la pandemia riscrive le regole della concorrenza*, in *Italiaoggi*, 25 maggio 2020

In Francia, due deputati⁸⁷, hanno posto l'accento sul fatto che lo stato di emergenza introdotto per far fronte alla crisi sanitaria «n'est pas en soi une parenthèse antidémocratique, mais son caractère exorbitant du droit commun appelle une vigilance collective accrue»; una «vigilance collective constante concernant les limitations apportées aux libertés fondamentales» per garantire la quale appare quanto mai necessario l'intervento delle autorità indipendenti.

In conclusione, le modalità di sviluppo del fenomeno “*authorities*” non paiono a chi scrive, trasmettere l'idea di un modello in declino, ma piuttosto quella di un modello consolidato, o come è stato efficacemente detto, «metabolizzato»⁸⁸ attraverso un ragionevole ridimensionamento delle originarie alte aspettative nutrite nei loro riguardi. Ciò che sembra trovare conferma nel fatto che, anche nella crisi che stiamo vivendo, le autorità indipendenti sembrano continuare a svolgere il loro ruolo originario di amministrazioni pubbliche poste a presidio di tutti quei settori che sono socialmente ed economicamente “sensibili” alle pressioni della politica.

Claudia Sartoretti
Dipartimento di Management
Università degli Studi di Torino
claudia.sartoretti@unito.it

⁸⁷ Sacha Houlié (La République en marche) et Philippe Gosselin (Les Républicains). Cfr., Raphaël Marchal, *Covid-19: des propositions pour encadrer davantage l'état d'urgence sanitaire*, in LCP Assemblée Nationale, <https://lcp.fr>,

⁸⁸ Ancora, M. Ramajoli, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, loc.cit.

