

Le Agenzie dell'Unione Europea

Profili istituzionali
e tendenze evolutive

a cura di
Vincenzo Salvatore





Polo Interregionale di Eccellenza Jean Monnet - Pavia
Jean Monnet Interregional Centre of Excellence - Pavia

Le Agenzie dell'Unione Europea

Profili istituzionali e tendenze evolutive

**a cura di
Vincenzo Salvatore**

giugno 2011

This project has been funded with support from the
European Commission.

This publication reflects the views only of the authors, and the Commission
cannot be held responsible for any use which may be made of the information
contained therein.

© Polo Interregionale di Eccellenza Jean Monnet
Università degli Studi di Pavia
Via San Felice, 5 – 27100 PAVIA - ITALY

Sito Internet: www.jeanmonnet-pv.it
Contatti: info@jeanmonnet-pv.it

Le Agenzie dell'Unione Europea. Profili istituzionali e tendenze evolutive. A cura
di Vincenzo Salvatore

ISBN: 978-88-96890-02 -8

Editore:
Jean Monnet Centre of Pavia
Università degli Studi di Pavia
Anno 2011 - Pavia - IT

Stampato nel mese di Giugno 2011
presso Studio Pixart srl - Quarto d'Altino VE – IT

Immagine di copertina:
Bernardino Lanzani (1522), *Veduta di Pavia*. Elaborazione su particolare.
Affresco. Basilica di S. Teodoro, Pavia

This publication may only be reproduced stored or transmitted in any form or by any
means, with the prior permission in writing of the publisher. Enquires concerning re-
production outside these terms should be sent to the Jean Monnet Centre of Pavia.

Index

Foreword	p. 5
Summaries	p. 9
Le Agenzie tra Unione Europea e Stati membri. Oltre la sussidiarietà	
Vincenzo Salvatore	p. 17
La partecipazione delle Agenzie al procedimento decisionale	
Lucia Musselli	p. 37
Le Agenzie per l'ambiente tra diritto comunitario e diritti interni	
Lorenzo Cuocolo	p. 67
Il ruolo delle Agenzie nella regolazione del settore energetico	
Laura Ammannati	p. 99
Consulenza scientifica istituzionale e indipendenza: è possibile la quadratura del cerchio?	
Simone Gabbi	p. 129

Agenzie Web 2.0: le Agenzie europee e le nuove forme di comunicazione elettronica	
Alessandro Spina	p. 161
L'Autorità bancaria europea. Prime riflessioni intorno ad un modello "europeo" di vigilanza	
Davide Diverio	p. 175
Economia sociale di mercato e nuovi rapporti di partenariato pubblico-privato: l'esperienza dell'iniziativa per le medicine innovative (IMI) ed il coinvolgimento dell'Agenzia Europea dei Medicinali	
Enrica Pavione	p. 193
Oltre il dibattito attuale: appunti per un'agenda di ricerca sul processo di <i>agencification</i> nell'Unione Europea	
Edoardo Chiti	p. 213
Note sugli Autori	p. 225

Foreword

Agencies are an innovative tool of governance whose diffusion as an institutional model in Europe has been remarkable over recent years. The increasing number of established agencies has gone in parallel with a gradual shift in their role: even their own legal nature is going to be re-considered.

Agencies, in their current features, have typically been developed within federal States, US *in primis*.

However, the fertile adaptation in Europe is evident, especially taking into account their fast recent expansion.

The establishment of agencies by the European Union has a specific *raison d'être* which can be related to the characteristic of the European constitutional process. At the time of their foundation, the United States had a constitution, a government, a currency and an army; agencies played a complementary role to the government since they were established because they were assigned with specific tasks to be performed with a certain degree of autonomy. The European experience is significantly different from the American one; the old continent has identified the Constitution as its goal after a long process and it has gradually built its governmental structure on top of this experience. This process is still ongoing. This has had a lot of implications both of constitutional and of social and economic nature. The establishment of agencies has not necessarily complemented the governance of the system but, in many cases, it has represented the only tool to govern specific areas.

This specific nature of the agencies corresponds to the way in which the integration process has experienced transfer of powers from national to European level.

In the lack of a formal constitution and of a traditional government, in the course of the integration process we have witnessed the transfer of responsibilities from national level to the integration process itself, and not to the remit of a pre-existing European institution.

The transfer of powers, when it has been relevant, has represented a part of the future constitution which therefore has characterised itself as a sequence of partial achievements. You can consider the European Monetary Union as the best example of this process. The European Central Bank can be seen as a *sui generis* European agency of new generation.

This has made it clear one of the specific difficulties that the integration process had to face.

The integration process aimed at creating, gradually, a consistent constitution, not yet defined in its building process. The single constitutional elements have relied, in search of consistency, upon the specific features of the integration process, following their shaping and fine tuning without being based on the certainty from which the US legislator has benefited as he could make reference to a consolidated constitutional text.

The same reasoning may be used to illustrate the relevance that in the European experience is assigned to the living constitution vis-à-vis the formal constitution.

The integration process has identified its long term perspective relying upon some fundamental values: freedom, solidarity and subsidiarity. These same values have driven the specific choice to forge the agencies. These values identify a “wide mesh” network which provides on a case by case basis relative big room to the projects that have to be implemented.

This relative vagueness can be seen as a point of weakness or of strength of the integration process, in relation to the different notion of State you can have. This wide mesh represents a point of weakness for those who rely on the traditional model of State, being it strong and

centralised, which Europe should mirror. On the other hand, the same wide mesh represents a point of strength for those who look at the integration process as if they were looking at a laboratory in which you can experiment a new model of State, closer to people and far from power ambition. A new kind of State based on establishment of a new social and economic model, the market social economy and a new humanism open to the world.

For those who share this innovative vision of the European State model, the European Union poses the historic challenge in order to affirm the rule of law to a greater and larger extent than ever before. A model which might be duplicated in other continents and which might inspire the features of a new institutional world order.

The innovative role that agencies have played in the European Union represents an important milestone of this process. This explains the timeliness and the relevance of the workshop organized by the *Università dell'Insubria* in Varese in November 2010, whose contributions are hereby collected, under the accurate coordination and expert supervision of Prof. Vincenzo Salvatore.

* * *

The reflections contained in these contributions would like hopefully to contribute to regenerate the debate on the role and nature of this institutional model.

Historically, agencies have attracted attention from legal scholars who have examined the peculiar functions and features of EU agencies through the lens of their expertise and scholarly background. Hence, EU agencies have been looked and analysed as if they were similar to established legal institutions such as public administrations established under national law, executive bodies of international organizations, regulatory bodies of foreign legal systems, representatives of a process of transnational convergence of Member States' institutions and the like.

The resulting analysis are certainly of great value and of great scientific interest but they are also somewhat incomplete.

The original idea of the workshop was to bring around the table legal and economic scholars and experts of EU institutions and let them present, with a substantial degree of freedom, problems and future challenges related to the activities of EU agencies from their own perspective. The “space to think” that the initiative wanted to create was able to stimulate among the participants a “polyphonic” platform to discuss and served as a fertile ground for future research, and we do hope that this book fully reflects if not the form at least the spirit of the engaging open atmosphere of Villa Toeplitz and offers to its readers a valuable and original set of reflections dealing with the crucial legal aspects of EU Agencies and the possible regeneration and future challenges of this institutional model.

Pavia, 10th June 2011

Dario Velo

Summaries

Le Agenzie tra Unione Europea e Stati membri. Oltre la sussidiarietà

Vincenzo Salvatore

Role and responsibilities of the European agencies have significantly evolved since the first ones were established more than thirty years ago. In this article, the Author analyzes the features of European Agencies and underlines how their core mission resembles that of bridging entities in a multilevel governance legal environment. Member States are increasingly inclined to consider the European agencies as a vehicle to jointly pursue the implementation of the EU policies. This approach allows them to go far beyond the subsidiarity principle in the exercise of shared responsibilities relying upon the Agencies networking. Despite being still far from a single model, some agencies' common characteristics may be usefully identified, in an attempt to provide a horizontal and critical analysis of, inter alia, aspects related to corporate governance, funding, internal and external control mechanisms, locus standi and judicial remedies, transparency obligations, relationship with Member States and participation of stakeholders.

La partecipazione delle Agenzie al procedimento decisionale

Lucia Musselli

The creation of European Agencies represents one of the most relevant developments in the administrative structure of the EU. The setting up of European Agencies in different "waves", from the 1970s, raises indeed problematic legal issues, regarding, in particular, the del-

agation of powers and the lack of homogeneity of the model. The actual framework, where the agencies are entrusted with powers, mainly instrumental and not discretionary, can be seen as a result of the restrictive interpretation of the Meroni doctrine. Despite Regulation terms, the distinction between instrumental functions and decisional ones is not so clear in practice, as we can see from different fields of their activity.

In this context a focus on the role of agencies in the decision-making can be stressed in three main directions.

Firstly, the participation in the decision-making can be found on procedural rules with particular regard to the advisory function.

Secondly, a rule-making role lays down in soft-law acts (like recommendations, non-binding framework guidelines, guidelines ...) which agencies can issue.

Thirdly, European agencies can exert great influences on European Institutions gathering information on an EU-wide basis. This aspect is strictly linked with the so called "regulation by information".

In conclusion, the growing trends to decentralize administrative functions to specialized agencies emphasizes the difficulties in distinguishing law-making and implementation, with particular regard to the area of the risk-regulation. In this perspective, seems interesting the reading of European agencies, as recently proposed, not in the light of the (non) delegation-principle but in that of "political administration".

Le Agenzie per l'ambiente tra diritto comunitario e diritti interni

Lorenzo Cuocolo

Along with many others, the environmental field is concerned by the proliferation of executive agencies. However, unlike other sectors, the environment is characterized by the presence of a unique system of agencies, both at the European and at the national level, which largely differs from other European networks. This essay aims at studying the

different characters between different environment protection agencies – the European one and the national ones – as well as comparing them. A special importance will be attached to the European environment network, the so-called EIONET: the conclusion will be that it is not a real network, but rather a complex system led by the European Environment Agency (EEA). The essay will finally concentrate on the relevance of gathering and managing information for the environmental protection system, discussing whether it would be possible to consider information as a “neutral issue”, or it should be taken as a political issue, thus needing more appropriate management and control tools.

Il ruolo delle Agenzie nella regolazione del settore energetico

Laura Ammannati

In this article, the Author highlights the main goals of the process of EU energy liberalization resulted in the ‘third energy package’: strengthening regulatory convergence and harmonizing practices among member states; enhancing cross-border cooperation. In this light the creation of ACER (Agency for the Cooperation of Energy Regulators) aims at improving regulation at European level through a new cooperation pattern among national regulators. Therefore, on one side, ACER represents a ‘developed form’ of ‘cooperative’ regulation based on the evolution of the European ‘networks’. However, from the point of view of the changes of the ‘agency’ model, ACER shows some original features. Its construction as ‘network agency’ and its position within the system of energy governance qualified by an unquestionable independence from the national governments and the Commission are the most remarkable differences.

Moreover in the paper the author aims at analyzing whether the current re-framing of the energy governance will achieve the main goals of the ‘third package’. The formalization of the network ERGEG within ACER is a result of the need of the Commission to gather technical ex-

expertise. Hence, ACER could function as the principal player in the system. Nonetheless, at the same time, ACER represents a linkage between the Commission and national regulators, that could be brought within the sphere of influence of the Commission. Some scholars have suggested that the final result could be a complete 'europeanisation' of energy policy. In the conclusions, the A. brings forward some arguments that dispute this claim.

**Consulenza scientifica istituzionale e indipendenza:
è possibile la quadratura del cerchio?**

Simone Gabbi

This article highlights the importance of unbiased scientific advice in the European Union legal system. It then analyses and compares the policies in force throughout the European Food Safety Authority, European Medicines Agency and European Commission's Scientific Committees with that implemented by the US Food and Drugs Administration. The Author argues that, currently, the framework adopted and implemented by the European Food Safety Authority seems to be the most complete and stringent among those taken into account in the article and he advances some proposals aimed at further improving the policies regulating conflicts of interests.

**Agenzie Web 2.0: le Agenzie europee e le nuove forme
di comunicazione elettronica**

Alessandro Spina

Diffusion of new data-processing technologies enabling interactive and collective use of Internet Web 2.0 applications – social networks or wiki-based platforms – sees the emergence of the power of information. In this note, the Author discusses how "information" can be harnessed by European agencies in order to perform their activities. By drawing from the example of the "Open Government" of the Obama

Administration, agencies may consider to leverage their unique network-based nature and the amount of EU-wide data they process, in order to promote innovative forms of communication and to engage the public in collaborative projects. The Web 2.0 offers an opportunity for these administrative bodies to decline under a new dynamic framework the principle of an “open, efficient and independent European administration” of Article 298 of the TFUE.

**L'Autorità bancaria europea.
Prime riflessioni intorno ad un modello “europeo” di vigilanza**

Davide Diverio

In this note the Author aims to illustrate a first analysis of the legislation regulating the new European Banking Authority established by the Regulation (EU) n. 1093/2010. In particular, he aims to draw attention to the tasks and powers of the Authority (and its Board of Supervisors) and explains that when it adopts an individual decision addressed to a financial institution, in the case of breach of the EU law and especially in emergency situations, it shall act without the Commission control. Finally the A. expresses some doubts about the effectiveness and the nature of the Authority as a real European institution.

**Economia sociale di mercato e nuovi rapporti di partenariato
pubblico-privato: l'esperienza dell'iniziativa per le medicine innovative
(IMI) ed il coinvolgimento dell'Agenzia Europea dei Medicinali**

Enrica Pavione

The economic and financial crisis that has affected all developed countries have introduced elements of a strong break with the more recent past, questioning the fundamentals of the process of globalization. The globalization marked a break point in the relations between state and market, leading to the superiority of market mechanisms for public institutions. This led to a marginalization of the state in managing the economy, giving a role of supplementing the economic actors with

greater market power, typically large enterprises. These phenomena have accelerated the debate around the theme of globalization and the need for redefining the public-private relationships.

Europe is now building a new model of public-private relationships, founded on the principle of subsidiarity. The Lisbon Treaty aims to achieve a new stage of European unification, the economic union, through a constitutional order based on subsidiarity and the explicit reference to the social market economy. In this sense, the lessons derived from the historical model of social market economy can be generalized to understand the importance of institutions in establishing a new socio-economic model and a new global order.

This paper aims at contributing to the debate on the future prospects of the European socio-economic model. Starting from the theme of social market economy in a historical perspective, in order to understand the relevance today, the study aims at highlighting the examples of concrete achievements which are currently affecting the core Europe. The reference is, in particular, to innovative cluster, innovative business models, which are emerging original public-private relations, in which the public actor plays a central role in strategic planning. In this light, the paper examines the experience of the Initiative for Innovative Medicine (IMI) and the role played by the European Medicines Agency. In this sense, it is interesting to understand whether these phenomena can be given a contribution to the construction of a new social market economy and therefore to serve as interpretive key to understanding the changes taking place.

**Oltre il dibattito attuale: appunti per un'agenda di ricerca
sul processo di *agencification* nell'Unione Europea**

Edoardo Chiti

In this contribution, the Author briefly sketches a research agenda on the agencification process in the EU legal order. Taking the achievements of legal and political science as a starting point, it suggests that

three main aspects of the agencification process should be further investigated. Firstly, a systematic inquiry of the empirical dimension of the European agencies' system would allow a more accurate and less formal understanding of the agencification process. Secondly, a reconstruction of the instruments of control to which the various agencies are subject could shed light on their normative foundations and capacity to develop good administrative practices. Thirdly, scientific reflection should focus on the current remarkable transformations of the consolidated model, giving account of the constant evolution of legal and institutional reality.

Le Agenzie tra Unione Europea e Stati membri. Oltre la sussidiarietà

Vincenzo Salvatore *

Summary. Role and responsibilities of the European agencies have significantly evolved since the first ones were established more than thirty years ago. In this article, the Author analyzes the features of European Agencies and underlines how their core mission resembles that of bridging entities in a multilevel governance legal environment. Member States are increasingly inclined to consider the European agencies as a vehicle to jointly pursue the implementation of the EU policies. This approach allows them to go far beyond the subsidiarity principle in the exercise of shared responsibilities relying upon the Agencies networking. Despite being still far from a single model, some agencies' common characteristics may be usefully identified, in an attempt to provide a horizontal and critical analysis of, *inter alia*, aspects related to corporate governance, funding, internal and external control mechanisms, *locus standi* and judicial remedies, transparency obligations, relationship with Member States and participation of stakeholders.

* Università degli Studi dell'Insubria, Varese. L'autore è capo del servizio giuridico dell'Agenzia europea per i medicinali. Le opinioni espresse in questo articolo sono tuttavia strettamente personali e non riconducibili in alcun modo all'Agenzia europea per i medicinali

1. Evoluzione e trasformazione delle Agenzie europee

Negli oltre trentacinque anni che ci separano dall'istituzione delle prime Agenzie in ambito comunitario, abbiamo assistito ad una loro continua proliferazione ed alla loro progressiva differenziazione per tipologia, dimensioni, struttura e competenze¹.

Alle prime Agenzie preposte fundamentalmente alla raccolta ed all'elaborazione di informazioni, ovvero a svolgere una funzione meramente consultiva nei confronti della Commissione, sono seguite Agenzie di regolazione dotate di poteri assai più incisivi per quanto attiene alla formulazione di valutazioni tecnico-scientifiche ed all'esercizio di attività di coordinamento e vigilanza nei rispettivi settori di competenza, a cui si sono affiancate, nell'ultimo decennio, una serie di Agenzie esecutive, deputate al coordinamento ed all'attuazione di specifici programmi di iniziativa comunitaria.

Ancora, si è operata in passato una distinzione fra le Agenzie riconducibili al primo, secondo e terzo pilastro, ovvero direttamente al Consiglio, ancorché l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, abbia recentemente operato una sorta di *reductio ad unum*, non solo per il superamento dell'architettura istituzionale fondata sui tre pilastri originariamente introdotta dal Trattato di Maastricht (che differenziava le competenze dell'allora Comunità europea rispetto a quelle riservate agli ambiti della cooperazione intergovernativa), ma soprattutto attraverso il riconoscimento esplicito e formale delle Agenzie – che sono state in

¹ Per un'analisi del fenomeno dell' "agenzificazione" nell'ambito dell'Unione Europea, cfr, fra le pubblicazioni più recenti, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici, E. CHITI, "Le trasformazioni delle Agenzie europee", in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, p. 57 ss.; M. GROENLER, *The Autonomy of European Union Agencies. A comparative Study of Institutional Development*, Delft, 2009; V. SALVATORE, "Le agenzie europee. Un nuovo strumento di governance per l'Unione", in AA.VV. *L'Unione Europea e la società europea. Contributo del Polo Interregionale di Eccellenza Jean Monnet di Pavia al Rapporto González*, Pavia, 2010, pp. 45-56.

tal modo per così dire “costituzionalizzate” – quale strumento di *governance* dell’Unione.

Ancorché si sia ancora lontani dall’individuazione di un modello unico di Agenzia – nonostante i numerosi tentativi operati in passato e l’esercizio di armonizzazione tuttora in corso, avviato dalla Commissione con la Comunicazione del 2008² – è agevole oggi l’individuazione alcuni aspetti che accomunano la maggior parte delle Agenzie esistenti, per trarne elementi di riflessione, utili non solo ai fini di un’eventuale categorizzazione ma soprattutto nell’intento di mettere in luce gli elementi di positività nonché i profili di criticità che caratterizzano il “sistema Agenzie” nei rapporti tra Unione europea e Stati membri.

Non vi è dubbio, infatti, che le Agenzie rappresentino oggi un elemento di raccordo virtuoso tra l’Unione e gli Stati che la compongono, definendo un ambito di *governance* intermedio nella ripartizione di competenze tra l’una e gli altri.

Detta osservazione, se fa da un lato ritenere superato il principio di sussidiarietà, impone dall’altro una riconsiderazione sistematica di un modello che si fonda su soluzioni ibride ed in parte anomale, ancorché sicuramente innovative. Gli Stati membri perseguono, infatti, in tal modo una modalità di gestione condivisa di politiche riconducibili all’ambito delle competenze concorrenti, attraverso la costituzione di un sistema a rete, reso possibile dalle forme di collaborazione che esso promuove fra le autorità nazionali, incentrato su un *hub* – l’Agenzia europea – di origine comunitaria³.

Si vuol dire che laddove il principio di sussidiarietà originariamente presupponeva che gli Stati potessero legittimamente esercitare i propri poteri nell’attuazione delle politiche relative ai settori attribuiti alla competenza concorrente solo qualora riuscissero a dimostrare di poter

² *Il futuro delle Agenzie europee*, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio dell’11 marzo 2008, COM(2008) 135 definitivo

³ Cfr. J. SAURER, “Supranational Governance and Networked Accountability Structures: Member State Oversight of EU Agencies”, in *European Journal of Risk Regulation*, 2011, pp. 51-60.

meglio perseguire le finalità previste dal Trattato rispetto all'iniziativa normativa delle istituzioni comunitarie, oggi, attraverso il coinvolgimento e la partecipazione diretta degli Stati membri negli organi di governo delle Agenzie europee, gli Stati si avvalgono strumentalmente di tali enti per coordinare la propria attività a livello sovranazionale ed orientare l'intervento dell'Unione, realizzando forme di gestione congiunta e condivisa che superano, rendendolo obsoleto, il principio di sussidiarietà inteso come criterio di riparto di competenze.

Ecco che le Agenzie, ontologicamente legate all'Unione Europea dalla quale geneticamente derivano, diventano uno strumento di cui gli Stati membri si avvalgono per riappropriarsi di competenze che, sia pur esercitate in ambito sovraordinato rispetto all'ordinamento giuridico nazionale, finiscono per essere coordinate a livello intermedio da enti caratterizzati da una progressiva emancipazione rispetto all'Unione ed assoggettati alla sempre maggiore influenza da parte degli Stati.

È sufficiente osservare il caso dell'Agenzia europea per i medicinali – alla quale verrà in prosieguo fatto più volte fatto riferimento per la maggior conoscenza che del suo funzionamento ne ha l'autore – per osservare come gli Stati membri non si limitino ad indirizzarne l'attività, attraverso i propri rappresentanti che siedono nel consiglio di amministrazione, ma si rivelino indispensabili nel garantire perseguimento delle finalità istituzionali, reso possibile esclusivamente attraverso i servizi di consulenza scientifica erogati dai propri rappresentanti e dagli esperti designati nei vari comitati scientifici, in virtù di contratti di collaborazione, peraltro lautamente remunerati attraverso la rimessa agli Stati di circa il 50% del gettito derivante dalle imposte versate dalle imprese a corrispettivo dei costi di valutazione.

Sempre con riferimento all'Agenzia europea per i medicinali, è interessante osservare come le autorità nazionali competenti (Agenzie nazionali del farmaco ovvero altre amministrazioni statali preposte alla valutazione dei farmaci) abbiano spontaneamente ed informalmente dato vita ad un organo sovranazionale di vertice, i capi delle Agenzie dei

farmaci (*"Heads of Medicines Agencies"*), che si riunisce almeno quattro volte all'anno, in occasione di riunioni convocate dallo Stato membro che esercita la presidenza di turno dell'Unione, che presenta una straordinaria somiglianza, sia pur nei limiti che lo caratterizzano *ratione materiae*, con il Consiglio europeo. Compete, infatti, al capo dell'Agenzia dello Stato membro che detiene la presidenza di turno riferire al Consiglio di Amministrazione dell'Agenzia europea per i medicinali l'esito delle discussioni e la natura delle determinazioni adottate nell'ambito delle riunioni degli *Heads of Medicines Agencies*, affinché l'Agenzia europea per i medicinali ne tenga adeguatamente conto nella definizione delle linee di indirizzo cui informare la propria attività.

Per meglio comprendere la natura ibrida che le Agenzie assumono nel rapporto tra Unione europea e Stati membri si potrebbe paragonarle alla figura mitologica del Minotauro, dove il "corpo" è costituito dall'insieme di disposizioni nei regolamenti comunitari che le istituiscono definendone gli obiettivi e le competenze mentre la "testa", la cabina di regia, il potere di indirizzo rimane di pertinenza degli Stati membri.

Dette considerazioni consentono di meglio apprezzare alcune delle ragioni che hanno indotto la Commissione ad avviare una riflessione sul ruolo delle Agenzie con la finalità, non da ultimo, di arginarne l'evoluzione autarchica ed incontrollata che, attraverso un processo che potrebbe definirsi di mutazione genetica, porti a snaturarne il ruolo e le funzioni originariamente definiti in occasione della loro istituzione.

In attesa che la Commissione renda noto il proprio orientamento sul futuro delle Agenzie, ad esito del processo di valutazione in corso che si prevede possa protrarsi per un lasso di tempo ancora non breve, mette conto anticipare qualche considerazione su alcuni aspetti che accomunano la maggior parte delle Agenzie e che possono offrire validi spunti di riflessione qualora si intenda riconsiderarne la fisionomia e definirne le caratteristiche attraverso la proposizione di un modello comune.

2. I meccanismi di controllo

La circostanza che le Agenzie siano dotate di una propria soggettività, sancita dall'attribuzione della personalità giuridica di diritto interno (ancorché il potere di concludere accordi di sede con gli Stati ospitanti potrebbe erroneamente e frettolosamente indurre a concludere che godano di una soggettività internazionale), dall'autonomia di bilancio e dai poteri di autorganizzazione funzionale, impone una riflessione sui sistemi di controllo posti in essere per assicurare che le Agenzie, nell'esercizio delle competenze loro attribuite, perseguano le finalità stabilite nei regolamenti istitutivi.

In quanto enti dell'Unione europea di diritto derivato, le Agenzie si sottraggono, infatti, ai meccanismi di *check and balance* che assicurano l'equilibrio nei rapporti tra le istituzioni comunitarie, nonché tra queste ultime e gli Stati membri, vigilando sul rispetto dei principi enunciati dal Trattato, attraverso strumenti di controllo politico, finanziario e giurisdizionale.

Non si applicano segnatamente alle Agenzie le disposizioni che prevedono la responsabilità della Commissione nei confronti del Parlamento, che ne può sindacare l'operato e determinare addirittura le dimissioni di singoli componenti o dell'intero collegio attraverso l'adozione della mozione di censura, né la possibilità per il Parlamento di rivolgere interrogazioni ai rappresentanti delle Agenzie. Se si esclude il passaggio in commissione parlamentare del Direttore esecutivo designato prima di assumere le funzioni, l'unico momento d'interlocuzione istituzionale periodica tra il Parlamento e le Agenzie si realizza in occasione della procedura di (di)scarico in relazione all'esecuzione del bilancio ("*discharge*"). Ciò porta sovente il Parlamento a "forzare" i limiti della procedura ed approfittare di questa occasione per sottoporre le Agenzie ad una serie di censure che esulano dalle mere valutazioni di bilancio, introdu-

cendo profili di sindacato che si appuntano in misura più ampia e generale sulle modalità di gestione dell'Agenzia sottoposta ad esame⁴.

Nonostante il sempre più incisivo potere decisionale attribuito alle Agenzie non solo nelle materie di competenza settoriale, ma in tema di bilancio, di appalti pubblici, di personale, di trasparenza amministrativa, di tutela dei dati personali, non esistono strumenti di controllo politico diretto rispetto all'operato delle Agenzie, il che le espone a censure per carenza di legittimazione democratica, se si escludono le modalità di controllo mediato ed indiretto che vengono esercitate nei confronti della Commissione. Per contro, a fronte di un'ormai riconosciuta responsabilità giuridica, amministrativa e finanziaria, la non imputabilità alle Agenzie di profili di responsabilità politica – circostanza anacronistica e non più giustificabile in tutte le ipotesi in cui alle Agenzie vengono conferiti poteri decisionali – fa sì che la Commissione consideri le Agenzie assoggettate alla propria tutela.

Ciò fa sì che la Direzione Generale della Commissione che si avvale del supporto tecnico scientifico delle Agenzie venga impropriamente individuata come direzione generale “di tutela”, il che determina sovente forme di ingerenza e di straripamento dei poteri di indirizzo e di controllo che peraltro legittimamente competono all'autorità delegante rispetto all'autorità delegata, finendo per comprimere l'autonomia che alle Agenzie viene formalmente conferita al momento della loro istituzione⁵.

⁴ È il caso, ad esempio, della risoluzione del 10 maggio 2010 allegata alla decisione 2010/2173 (DEC), con la quale il Parlamento Europeo ha rinviato il discharge per l'esecuzione del bilancio dell'Agenzia europea per i medicinali, non per aver ravvisato irregolarità relative al bilancio dell'Agenzia per l'esercizio 2009, che costituiva oggetto di valutazione ma, piuttosto, in quanto l'Agenzia non avrebbe posto in essere un adeguato sistema di garanzie sull'indipendenza degli esperti assunti per effettuare le valutazioni scientifiche su medicinali per uso umano. La medesima risoluzione contiene inoltre critiche relative alla gestione delle procedure d'appalto dell'Agenzia e censura la mancanza di criteri obiettivi per l'assunzione del personale.

⁵ Il controllo di legittimità sugli atti espressamente attribuito dai regolamenti istitutivi di alcune Agenzie alla Commissione appare ormai del tutto ingiustificato e lesivo dell'autonomia gestionale, se solo si consideri che gli atti delle Agen-

Se le Agenzie rappresentano, come rappresentano, organismi decentrati dell'Unione Europea, che partecipano a procedimenti amministrativi a complessità articolata (stante il ruolo che nell'ambito delle Agenzie svolgono gli Stati membri) ed ineguale (stante la supremazia attribuita alla Commissione), si renderebbe opportuno prevedere forme più incisive di interlocuzione istituzionale e diretta – quelle esistenti sono oggi “mediate” dalla Commissione – tra le Agenzie e il Consiglio da un lato, per quanto attiene al rapporto politico con gli Stati membri, nonché tra le Agenzie ed il Parlamento Europeo, per quanto attiene al rapporto con i cittadini.

Per contro, l'attività delle Agenzie risulta già oggi assoggettata ad una serie di controlli di natura contabile e finanziaria che, se giustificati dalla circostanza che le Agenzie ricevono generalmente contributi a carico del bilancio dell'Unione Europea per garantirne il funzionamento ed il perseguimento delle finalità istituzionali, non giustificano, per altro verso, la pleora e l'insufficiente coordinamento che si registra per quanto attiene all'individuazione delle attività e delle procedure da sottoporre a controllo da parte dei diversi soggetti preposti (Corte dei Conti, servizio di revisione della Commissione, revisori interni, ecc.).

Ulteriori forme di controllo vengono poi esercitate, anche nei confronti delle Agenzie, da parte degli organismi di garanzia preposti a vigilare sul rispetto di diritti fondamentali ovvero dei principi di buona amministrazione. Al riguardo, particolarmente incisivo si è rivelato negli anni l'intervento del Garante europeo della protezione dei dati, attraverso l'adozione di una serie di pareri espressamente rivolti alle Agenzie per sollecitare l'adozione di misure idonee a rendere effettiva la tutela dei

zie aventi efficacia vincolante siano ormai assoggettati a collaudati meccanismi di controllo e di revisione interni all'organizzazione delle Agenzie stesse e comunque al controllo giurisdizionale da parte della Corte di giustizia, mentre gli atti adottati dalle Agenzie non aventi efficacia vincolante, comunque assoggettati a procedure di riesame interne, siano inidonei a ledere le posizioni soggettive dei destinatari. Per una più approfondita disamina dei profili di responsabilità delle Agenzie cfr. P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, 2006, p. 164 ss.

dati personali, conformemente ai principi sanciti dal Regolamento 45/2001⁶, ovvero del Mediatore europeo, che ha rivolto un'attenzione crescente all'operato delle Agenzie, intervenendo ripetutamente a tutela dei cittadini dell'Unione per promuovere l'attuazione dei principi di trasparenza, imparzialità e non discriminazione, ad esito dei numerosi reclami ricevuti che ne lamentavano la violazione⁷.

Articolate procedure di riesame nell'ambito delle Agenzie sono poi previste in relazione al controllo sulla legittimità degli atti inerenti ai rapporti di impiego, ricomprendendo in esse le procedure di reclutamento⁸, ovvero degli atti adottati nell'ambito delle procedure attraverso le quali le Agenzie esercitano le competenze *ratione materiae* loro attribuite dai regolamenti istitutivi, che prevedono sovente la possibilità per le parti del procedimento di presentare ricorso ad organi di ricorso interno che presentano struttura e caratteristiche quasi giurisdizionali⁹, ovvero a promuovere il riesame da parte dello stesso organo/comitato

⁶ Regolamento (CE) n. 45/2001 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2000, concernente la tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni e degli organismi comunitari, nonché la libera circolazione di tali dati, in *G.U.C.E.* del 12 gennaio 2001, L 8, p. 1 ss.

I pareri e le raccomandazioni emesse dal Garante nei confronti delle Agenzie sono pubblicate sul sito www.edps.europa.eu.

⁷ I pareri e le raccomandazioni rivolte alle Agenzie dal Mediatore europeo sono pubblicate nel sito www.ombudsman.europa.eu.

⁸ L'articolo 90 del Regolamento del personale, che si applica per analogia alle Agenzie in forza dell'art. 117 del regime applicabile agli altri agenti della Comunità Economica Europea e della Comunità Europea dell'Energia Atomica, introduce dettagliate procedure di ricorso gerarchico avverso decisioni che vengano ritenute lesive dei diritti del dipendente (o del candidato a una procedura di selezione), nonché consente di richiedere all'Agenzia di adottare una decisione che lo riguardi in caso di omessa adozione di un atto di amministrazione attiva.

⁹ E' il caso ad esempio dell'Ufficio per l'armonizzazione del mercato interno di Alicante (UAMI), il cui regolamento istitutivo contempla la costituzione di Commissioni di ricorso, ovvero dell'Agenzia europea per le sostanze chimiche di Helsinki (ECHA), dove analogamente è stata istituita una Commissione di ricorso interna o, ancora dell'Ufficio comunitario delle varietà (CPVO) di Angers, dove pure opera una Commissione di ricorso.

che ha adottato il parere o esercitato la competenza regolatoria, la cui legittimità viene in tal modo censurata.

La presenza o meno di organi di ricorso interno e l'eterogeneità delle procedure di riesame rendono auspicabile una riflessione sull'opportunità di prevedere la costituzione, nell'ambito dell'organizzazione interna delle Agenzie, di organi di controllo che garantiscano, nella loro composizione, indipendenza ed imparzialità e che assicurino nel rispetto dei diritti di difesa la composizione di eventuali controversie, attraverso procedimenti di carattere amministrativo celeri e trasparenti, che potrebbero arginare la necessità di promuovere ricorso in sede giurisdizionale, in considerazione delle motivazioni adottate dagli organi di riesame.

3. La tutela giurisdizionale

Uno degli aspetti più controversi sin dall'istituzione delle prime Agenzie è stato quello relativo alla possibilità di sottoporre gli atti delle Agenzie a sindacato di legittimità da parte della Corte di Giustizia.

Come è noto, infatti, fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il ricorso in annullamento era disciplinato dall'art. 230 del Trattato istitutivo della Comunità europea, come modificato dal Trattato di Maastricht, che stabiliva che i giudici comunitari potessero esercitare un controllo di legittimità [solo] sugli atti adottati congiuntamente dal Parlamento Europeo e dal Consiglio, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea, nonché sugli atti del Parlamento Europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Le Agenzie comunitarie non rientravano dunque – il che non sorprende, non essendo le Agenzie espressamente contemplate dal Trattato – tra gli autori di atti che potevano formare oggetto di un ricorso di annullamento dinanzi al giudice comunitario.

Tale esclusione dal novero dei soggetti dotati di legittimazione processuale passiva trovava parziale giustificazione nella circostanza che gli atti adottati dalle Agenzie avessero endoprocedimentale ed efficacia

non vincolante, assumendo prevalentemente la forma dei pareri, formulati nell'esercizio della funzione tecnico-consultiva nei confronti della Commissione, soggetto dotato della competenza decisionale e responsabile dell'intero procedimento¹⁰.

L'anacronismo di detto orientamento interpretativo venne ben presto evidenziato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che non tardò ad estendere gli effetti della pronuncia *Les Verts/Parlamento*¹¹ anche agli atti vincolanti adottati dalle Agenzie, riconoscendo la necessità di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, al di là dei vincoli derivanti da un'interpretazione letterale delle disposizioni del Trattato allora vigenti, nei confronti di qualsiasi atto, adottato da qualsiasi istituzione od organo della Comunità europea, avente carattere definitivo e dotato di efficacia vincolante nei confronti dei destinatari.

Numerose le sentenze della Corte di giustizia che, in via di interpretazione giurisprudenziale, hanno riconosciuto un autonomo *locus standi* alle Agenzie europee, tanto con riferimento ad atti adottati nell'ambito di procedure connesse agli specifici settori di competenza loro attribuita¹², sia ad atti inerenti a procedure non legate all'ambito di competenza settoriale specifica dell'Agenzia ma, più in generale, ai poteri di amministrazione attiva connessi all'attribuzione di soggettività. Rilevante al riguardo la questione affrontata dall'allora Tribunale di primo grado nella causa *Sogelma/AER*¹³, che aveva ad oggetto una domanda di annullamento di decisioni dell'Agenzia europea per la ricostruzione (in prosieguo: l'«AER») in materia di appalti pubblici, adottate in applicazione di un programma d'azione comunitario. Il Tribunale, con orientamento am-

¹⁰ Per tale motivazione cfr., fra le più recenti, l'ordinanza del Tribunale 5 dicembre 2007, causa T-133/03, non pubblicata in *Raccolta*.

¹¹ Sentenza 23 aprile 1986, Causa 294/83, in *Raccolta*, 1986, 1339.

¹² Al riguardo si rivelano di estremo interesse le considerazioni svolte dalla Corte nell'ambito della motivazione della pronuncia *Spagna/Eurojust*, sentenza 15 marzo 2005, causa C-160/03, in *Raccolta*, 2005, I-2077.

¹³ Sentenza 8 ottobre 2008, causa T-411/06, in *Raccolta*, 2008, II-2771. Fra i numerosi commenti si segnala J. GUNDEL, "Der Rechtsschutz gegen Handlungen der EG-Agenturen - endlich geklärt?", in *Europarecht*, 2009 pp. 383-392.

piamente corroborato da un'articolata ed accurata motivazione, ritenne che il fatto che l'AER non fosse ricompresa tra le istituzioni comunitarie elencate all'articolo 230 del Trattato che il regolamento che istituiva tale Agenzia non prevedesse che il giudice comunitario fosse competente a decidere sui ricorsi di annullamento avverso decisioni diverse da quelle relative a domande di accesso ai documenti non potesse ostare a che il Tribunale potesse esercitare, ai sensi della disposizione citata, il controllo di legittimità sugli atti di tale Agenzia.

Veniva così autorevolmente consacrato in sede giurisprudenziale il principio in forza del quale la circostanza che la Commissione deleghi talune competenze decisionali alle Agenzie, non può far perdere la qualità di atto impugnabile alle decisioni adottate a tale titolo, pena la creazione di una lacuna giuridica.

Tale principio, originariamente affermato quale portato dell'elaborazione giurisprudenziale, rappresenta oggi un punto di non ritorno nell'architettura del sistema di tutela giurisdizionale approntato dall'Unione europea, essendo ormai le Agenzie espressamente annoverate tra i soggetti avverso i cui atti può essere proposto ricorso di legittimità ai sensi dell'articolo 263 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, come introdotto dal Trattato di Lisbona.

Il Trattato di Lisbona, peraltro, va ben oltre l'affermazione della legittimazione processuale delle Agenzie nei ricorsi per annullamento, prevedendo la possibilità di promuovere, anche nei confronti delle Agenzie, ricorsi cosiddetti in carenza, o per omissione, ai sensi dell'art. 265 TFUE, al pari di quanto avviene per le istituzioni dell'Unione.

Ancora gli atti vincolanti delle Agenzie possono essere fatti oggetto di rinvio per interpretazione pregiudiziale da parte dei giudici nazionali ai sensi dell'art. 267 TFUE, e, alla luce delle recenti modifiche apportate allo Statuto della Corte ed ai regolamenti di procedura, alle Agenzie è altresì riconosciuta possibilità di intervenire, tanto *ad adjuvandum* quanto *ad opponendum*, in controversie pendenti tra terzi, laddove dimostrino di avervi interesse.

Se si esclude la legittimazione attiva ad impugnare gli atti delle altre istituzioni, a meno che l'Agenzia che intenda presentare ricorso non dimostri di avere un interesse qualificato all'annullamento dell'atto impugnato per l'essere quest'ultimo asseritamente lesivo delle competenze o delle prerogative assegnate alla ricorrente, può ritenersi che, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'evoluzione del sistema di tutela giurisdizionale nei confronti delle Agenzie si sia definitivamente compiuto, essendo ormai le Agenzie pressoché del tutto assimilate, quanto meno sotto il profilo processuale, alle altre istituzioni dell'Unione europea ed agli Stati membri.

Non bisogna da ultimo dimenticare le disposizioni introdotte da numerosi regolamenti istitutivi delle Agenzie che prevedono la possibilità, mediante clausola compromissoria, ovvero l'obbligo di deferire alla Corte di Giustizia le controversie inerenti alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle Agenzie, nonché quelle relative all'applicazione dello Statuto dei funzionari e delle disposizioni applicabili agli altri dipendenti dell'Unione Europea, che assegnano competenza esclusiva a dirimere le cause di personale al Tribunale della funzione pubblica dell'Unione Europea.

4. La trasparenza

Il denunciato *deficit* di democrazia che affligge le Agenzie nella loro più evoluta fisionomia e nelle dinamiche inter-istituzionali ed il sistema di sostanziale autoreferenzialità sulle quali le Agenzie stesse si sono consolidate, attribuisce alla trasparenza amministrativa una rilevanza che se possibile assume valenza anche superiore a quella che lo stesso principio, peraltro considerato principio cardine di tutto l'ordinamento europeo, riveste per le istituzioni dell'Unione.

La divulgazione di informazioni sulla modalità attraverso le quali le Agenzie esercitano le competenze loro attribuite, l'attuazione di un effettivo ed efficace regime di accesso agli atti e la trasparenza dei procedimenti decisionali, ivi incluse le informazioni inerenti ai soggetti che vi

partecipano, rappresentano strumenti irrinunciabili di controllo democratico e di legittimazione del ruolo e dell'operato delle Agenzie.

Se è vero che alle Agenzie si applica il regolamento 1049/2001 sull'accesso agli atti delle istituzioni¹⁴ – e ciò in forza di espresso rinvio operato dalle disposizioni contenute nei regolamenti istitutivi delle singole Agenzie ovvero, per i regolamenti che non contemplano tale disposizione, in virtù di atti interni che ne recepiscono i principi –, è altrettanto vero che detto regolamento, originariamente concepito per facilitare l'accesso agli atti delle istituzioni, meno si attaglia alla tipologia degli atti adottati dalle Agenzie per la specificità e complessità tecnica del loro contenuto, che rende non di certo agevole l'applicazione del sistema delle eccezioni previste dal regolamento quale limite di accesso agli atti in tutti i casi in cui si renda necessario operare un bilanciamento fra interessi contrapposti.

Così, ad esempio, si rivela estremamente complesso, soprattutto per le Agenzie regolatorie, definire il momento in cui consentire l'accesso agli atti di procedimenti di valutazione, tenendo conto dell'esigenza di non pregiudicare da un lato l'integrità del processo decisionale e, dall'altro, di non proteggere informazioni aventi natura confidenziale, sia sotto il profilo commerciale, sia sotto il profilo del diritto alla tutela dei dati personali. È evidente, infatti, come un mancato coordinamento delle politiche di trasparenza fra Agenzie regolatorie e autorità competenti a livello nazionale, in un contesto di asimmetria informativa, rischia di alimentare un pericoloso fenomeno di *information shopping* per cui i soggetti interessati saranno più propensi ad acquisire informazioni da parte degli enti operanti a livello nazionale ovvero delle Agenzie europee più inclini a garantirne l'accesso, vanificando così lo sforzo di quanti, autorità

¹⁴ Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento Europeo, del Consiglio e della Commissione, in *G.U.C.E.* del 31 maggio 2001, L 45, p. 43 ss.

nazionali o Agenzie europee, adottino una politica di trasparenza più restrittiva e minando in tal modo nel complesso l'affidabilità del sistema. Esiste inoltre un ulteriore paradosso informativo che vede alcune Agenzie nella necessità di acquisire informazioni di natura commercialmente riservata al fine dell'esercizio delle competenze regolatorie loro conferite. Si pensi ad esempio alla sensibilità delle informazioni relative alle specifiche produttive di un aeromobile, di una sostanza alimentare o di un prodotto farmaceutico. Il rischio è quello che, qualora dette informazioni non vengano adeguatamente protette – a scapito della trasparenza – le imprese che ne sono titolari possano non fornirle alle Agenzie deputate alla valutazione del prodotto, con conseguenze che si ripercuoterebbero inevitabilmente sulla valutazione stessa, che finirebbe per rivelarsi parziale e viziata.

Indipendentemente dai ricordati profili di complessità, occorre tuttavia rilevare come la trasparenza amministrativa e le modalità attraverso le quali essa venga garantita giochi un ruolo fondamentale e rappresenti un valore irrinunciabile nel processo di legittimazione democratica delle Agenzie europee.

Sarebbe ad esempio auspicabile che la prassi seguita da numerose Agenzie di divulgare, attraverso forme di pubblicazione cartacea od elettronica, atti relativi alla propria attività presente, passata o futura (resoconti annuali, programmi di lavoro annuali e pluriennali, *road maps*, linee guida programmatiche, ecc.), trovasse riferimento in una norma di riferimento che costituisse fonte di obbligo comune per tutte le Agenzie, promuovendo un'uniformità informativa, quanto meno attraverso l'individuazione delle fonti di informazione minime necessarie che tutte le Agenzie devono mettere a disposizione del pubblico.

Un'altra annosa questione che meriterebbe di trovare soluzione da parte del legislatore attiene alle ambiguità del regime linguistico. Ritengo, infatti, che siano ormai maturi i tempi per riconsiderare, in maniera sistematica, il problema del regime linguistico applicabile alle Agenzie, fugando le incertezze interpretative ed una certa indifferenza istituzionale

legate alla sottoposizione o meno delle Agenzie al rispetto degli obblighi previsti dal Regolamento n. 1/1958, che impone alle istituzioni europee di pubblicare gli atti aventi rilevanza esterna in tutte le lingue ufficiali¹⁵. L'atteggiamento assunto al riguardo dalle varie Agenzie europee si presenta, infatti, estremamente diversificato e disomogeneo: alcune Agenzie, quali l'Ufficio per l'armonizzazione del mercato interno, hanno da tempo adottato una decisione che individua le lingue ufficiali (nel caso dell'Agenzia di Alicante queste sono l'inglese, il francese, il tedesco, l'italiano e lo spagnolo), numerose Agenzie non hanno adottato decisioni in ordine al regime linguistico ma operano in un'unica lingua di lavoro, anche in virtù di un tacito accordo con gli *stakeholders*, molte Agenzie limitano la pubblicazione in tutte le lingue ufficiali ai soli documenti che, discrezionalmente, ritengono di carattere generale.

Va riconosciuto tuttavia lo sforzo operato dalle Agenzie, soprattutto negli ultimi anni, di sperimentare ed adeguarsi a nuove forme di comunicazione (*Facebook*, *Twitter*, ecc.), nell'intento di mettere a disposizione del pubblico nuovi e più snelli veicoli informativi.

E' certo in ogni caso che, almeno nell'immediato futuro, la credibilità e l'affidabilità del "sistema Agenzie" dipenderà prevalentemente dal loro tasso di trasparenza, che assurge a supremo principio di buona amministrazione nell'assicurare la conformità dell'operato delle Agenzie ai propri obiettivi istituzionali e l'indipendenza ed imparzialità tanto dei dipendenti, quanto degli esperti che vi operano, rispetto agli interessi del settore oggetto di regolamentazione.

Fondamentale al riguardo la funzione di pungolo che sapranno esercitare non solo gli *stakeholders* dei singoli settori di intervento regolatorio demandato alle Agenzie, ma l'opinione pubblica nel suo complesso, senza disconoscere il ruolo fin qui giocato nel determinare l'accelerazione e l'affinamento dei processi di trasparenza nell'ambito delle Agenzie, da

¹⁵ In G.U.C.E. del 6 ottobre 1958, L 17, p. 385 ss. - Il regolamento è stato negli anni più volte modificato al fine di consentire l'inclusione di ulteriori lingue ufficiali a seguito dell'adesione di nuovi Stati membri.

parte del mediatore europeo, la cui funzione di stimolo e controllo si auspica possa proseguire con la medesima determinazione ed incisività nel prossimo futuro.

5. Appunti per una riforma

Quanto sinora osservato evidenzia come, se già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona fosse emersa l'esigenza di porre mano al processo di revisione istituzionale delle Agenzie, l'esplicito riconoscimento delle Agenzie nei Trattati, renda oggi indispensabile imprimere un'accelerazione sui tempi della riforma, che consenta di portare a compimento il processo iniziato dalla Commissione con la comunicazione del 2008.

E' improcrastinabile la fissazione di criteri che pongano da un lato requisiti minimi comuni che tanto le Agenzie di nuova istituzione, quanto quelle già esistenti, siano tenute ad osservare per quanto attiene, *inter alia*, alla struttura ed alla composizione degli organi di governo, alla partecipazione degli *stakeholders*, alla trasparenza amministrativa, alle modalità di finanziamento, al regime linguistico, ai meccanismi di tutela amministrativa e giurisdizionale, allo *status*, al regime di reclutamento ed alle procedure di mobilità del personale.

Tali principi potranno trovare espressione nell'ambito di un regolamento quadro, come avvenuto per le Agenzie esecutive, ovvero, almeno in un primo tempo in un *corpus* di norme comuni che potrà essere recepito nei regolamenti istitutivi delle singole Agenzie, attraverso altrettanti atti di riforma.

Meriterebbe poi di essere affrontato, con la determinazione e la forza politica necessaria a rintuzzare prevedibili resistenze, il tema della razionalizzazione e della semplificazione del contesto istituzionale. Da ciò dovrebbe scaturire una consistente riduzione del numero delle Agenzie, attraverso procedure di accorpamento *ratione materiae* di alcune di esse che già presentano contiguità se non sovrapposizioni di competenze e di una riconsiderazione critica di quelle strutture, Agenzie o isti-

tuti che, nel corso degli anni, hanno rivelato criticità funzionali, rendendo necessaria una loro riconsiderazione istituzionale.

Fra le aree di competenza che meglio parrebbero prestarsi a proficui interventi di razionalizzazione possono sicuramente annoverarsi quelle relative alla formazione professionale, oggi ripartite tra ETF, CEDEFOP ed EUROFOUND; quelle nel settore della tutela ambientale e della promozione di energie alternative, oggi parcellizzate tra EEA, F4E, Agenzia europea dei regolatori di energia di Lubiana e, non ultimo, gli istituti afferenti al Centro Comune di Ricerca di Ispra; quelle in materia di sicurezza dei farmaci e degli alimenti e più in generale di tutela della salute pubblica, in cui l'Unione Europea ha scelto di percorrere una strada diversa rispetto a quella seguita oltreoceano in cui le varie competenze sono state concentrate in un'unica Agenzia federale (FDA) suddividendo le competenze principalmente fra EMA ed EFSA, ma riconoscendo un ruolo complementare, almeno in parte, anche a ECDC, EMCDDA e Agenzia esecutiva per la salute pubblica; quelle relative al controllo sugli strumenti finanziari, recentemente attribuite alle tre neoistituite autorità di vigilanza europea sui mercati finanziari e, da ultimo, pur tenendo conto delle complessità inerenti ai singoli mezzi di trasporto, quelle della sicurezza nel settore dei trasporti, attualmente suddivise tra EASA, ERA ed EMSA.

Ancora, varrebbe forse la pena considerare l'opportunità di centralizzare alcuni servizi comuni a tutte le Agenzie attraverso la costituzione di una sorta di segretariato generale, che potrebbe essere anche assumere carattere virtuale, cui potrebbero far riferimento singole unità di personale afferenti alle singole Agenzie, partecipanti ad un sistema a rete per la gestione ed il coordinamento di servizi comuni.

Senza intaccare la personalità e l'autonomia delle singole Agenzie ciò consentirebbe di sperimentare forme di "economia di scala", che tra l'altro garantirebbero uniformità di indirizzo e ottimizzazione delle risorse.

Si potrebbe così ipotizzare la creazione di strutture amministrative a rete per quanto attiene al reclutamento, alla formazione ed alla gestione del personale, ai servizi informatici, alle procedure di aggiudicazione degli appalti, al servizio giuridico, alla tutela dei dati personali ed altro ancora, istituzionalizzando i network informali oggi già in essere ed attualmente assoggettati al mero coordinamento delle periodiche informali riunioni dei vertici delle Agenzie europee (*"Heads of European Agencies"*). Imprescindibile corollario di tale approccio dovrebbe essere l'affermazione del principio della mobilità di personale, quanto meno nei rapporti inter Agenzie, risultando irragionevole e discriminatorio, rispetto alle previsioni che lo Statuto del personale rende applicabile ai funzionari, non consentire la continuità di carriera agli agenti temporanei, soprattutto a quanti siano titolari di un contratto a tempo indeterminato, che intendano accettare un rapporto di impiego in un'altra Agenzia. Da ultimo, almeno per quanto riguarda le Agenzie che erogano servizi alle imprese, andrebbero riconsiderate le modalità di cofinanziamento, collegando il contributo a carico del bilancio dell'Unione alla realizzazione di obiettivi mirati, con vincolo di spesa, e facendo affidamento sul gettito derivante dalle imposte versate dalle imprese per quanto concerne la copertura delle spese correnti, connesse agli oneri di funzionamento e gestione, e degli investimenti in conto capitale, legati agli investimenti infrastrutturali.

Sono questi solo alcuni dei temi che dovranno essere compiutamente affrontati in una prospettiva di riforma, che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona rende ormai non più procrastinabile e che dovrà vedere impegnati gli Stati membri, le istituzioni dell'Unione e le Agenzie stesse in un esercizio di modernizzazione del "sistema Agenzie" che consenta all'Unione di dotarsi di un'amministrazione più efficiente e vicina ai cittadini.

La partecipazione delle Agenzie al procedimento decisionale

Lucia Musselli^{*}

Summary. The creation of European Agencies represents one of the most relevant developments in the administrative structure of the EU. The setting up of European Agencies in different “waves”, from the 1970s, raises indeed problematic legal issues, regarding, in particular, the delegation of powers and the lack of homogeneity of the model. The actual framework, where the agencies are entrusted with powers, mainly instrumental and not discretionary, can be seen as a result of the restrictive interpretation of the Meroni doctrine. Despite Regulation terms, the distinction between instrumental functions and decisional ones is not so clear in practice, as we can see from different fields of their activity.

In this context a focus on the role of agencies in the decision-making can be stressed in three main directions.

Firstly, the participation in the decision-making can be found on procedural rules with particular regard to the advisory function.

Secondly, a rule-making role lays down in soft-law acts (like recommendations, non-binding framework guidelines, guidelines ...) which agencies can issue.

Thirdly, European agencies can exert great influences on European Institutions gathering information on an EU-wide basis. This aspect is strictly linked with the so called “regulation by information”.

^{*} Università degli Studi di Milano

In conclusion, the growing trends to decentralize administrative functions to specialized agencies emphasizes the difficulties in distinguishing law-making and implementation, with particular regard to the area of the risk-regulation. In this perspective, seems interesting the reading of European agencies, as recently proposed, not in the light of the (non) delegation- principle but in that of “political administration”.

1. L'integrazione amministrativa europea ed il modello delle Agenzie

La definizione delle modalità di svolgimento dei “compiti”¹ dell'amministrazione europea è andata incontro, nel corso del tempo, ad importanti modificazioni, le ultime delle quali sono rappresentate dal riconoscimento, dopo Lisbona, tra le politiche dell'Unione di un'inedita funzione di “cooperazione amministrativa” (art. 197 TFUE)². Tali modifiche, che non hanno peraltro sconfessato il presupposto di partenza e cioè quello secondo cui l'applicazione concreta delle misure comunitarie debba essere posta in essere dagli Stati membri³, hanno condotto ad un progressivo arricchimento delle figure di “shared” o “mixed administration”⁴.

Nell'ambito, infatti, del più generale percorso di aumento delle competenze dell'Unione europea, lo schema concettuale dell'amministrazione

¹ Per tale espressione vd. J. ZILLER, “L'amministrazione europea: ancora così snella?” in B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione comunitaria - Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, Cedam, Padova, 2009, p. 10 ss.

² Per una prima analisi di tale funzione vd. E. CHITI, “La cooperazione amministrativa”, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, p. 221 ss.

³ Di «fédéralisme d'exécution décentralisé» parla J. P. JACQUÉ, “Introduction: Pouvoir législatif et pouvoir exécutif dans l'Union Européenne”, in J.B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Droit Administratif Européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 48

⁴ Sul punto vd. P. CRAIG, *Shared Administration and Networks: Global and EU Perspectives*, Legal Reaserch Paper Series, paper n. 6/2009, University of Oxford, February 2009, p. 28. Per una ricostruzione dell'evoluzione delle figure di integrazione amministrativa europea vd. E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 51 ss.

indiretta imperniato sull'idea che la Commissione non "fait", ma "fait faire" agli Stati - direttamente ispirato all'approccio funzionalistico di Jean Monnet⁵, non risulta più sufficiente ad inquadrare in modo esaustivo la complessa trama di relazioni e raccordi di tipo procedimentale ed informativo che si pongono in ottica "verticale" tra privati, amministrazioni, regolatori nazionali ed istituzioni europee. Ciò determina la progressiva affermazione di modelli organizzativi più articolati di tipo sostanzialmente cooperativo, distinguendosi i casi di esercizi di funzioni amministrative *per conto* di istituzioni comunitarie, da quelli nei quali si ravvisa una *contitolarietà* di competenze tra autorità nazionali e comunitarie⁶. Si allude, con riferimento a tale ultima figura, alla c.d. "coamministrazione", sviluppata in dottrina nel nostro paese a partire dalla metà degli anni Ottanta e destinata ad assumere una importante valenza esplicativa di fenomeni che si manifestano anche in settori ulteriori rispetto a quello della politica agricola nel quale originariamente si era sviluppata⁷. Secondo altra dottrina, invece, per rinvenire modelli organizzativi, dotati

⁵ Tale aspetto è ben sottolineato da C. FRANCHINI, "Le notions d'administration indirecte et de coadministration", in *Droit Administratif Européen*, cit. p. 245 ss. che ricorda come i modelli di amministrazione comunitaria riflettono i diversi orientamenti europeistici i principali dei quali sono rappresentati dall'idea funzionalistica di Jean Monnet, che prevedeva l'istituzione di organizzazioni sovranazionali di tipo settoriale, quale ad esempio fu in origine la CECA, e da quella federalistica di cui Altiero Spinelli fu uno dei rappresentanti più illustri che ipotizzava, invece, la realizzazione di un'Unione di tipo politico, che portasse alla costituzione di uno Stato federale.

⁶ Per la ricostruzione della questione vd. E. CHITI, *Le Agenzie europee- Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Cedam, Padova, 2002, p. 22 ss. e, in ottica più ampia, valorizzando il principio di cooperazione vd. O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo- La cooperazione pluridirezionale*, Zanichelli, Bologna, 2008, p. 33 ss. Per una chiara analisi delle diverse forme di amministrazione diretta ed indiretta e della c.d. coamministrazione vd. J. ZILLER, "Introduction: le concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de co-administration et le fondaments du droit administratif Européen" in *Droit Administratif Européen*, cit. p. 236 ss.

⁷ Come ad esempio nell'ambito delle politiche di coesione economia e sociale (vd. la disciplina dei fondi strutturali). Sul punto cfr. C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Cedam, Padova, 1993, p. 178 ss.

di maggiore concretezza, perché ancorati al diritto positivo, occorre rifarsi alle figure previste nel regolamento finanziario del 2002 (reg. 1605/2002) che suddivide i modi di svolgimento dei compiti dell'amministrazione europea entro i due schemi base della *direct/centralized management* e del *shared management*⁹.

A partire dagli anni Novanta⁹ si è registrato poi un progressivo sviluppo di nuove forme di integrazione amministrativa in determinati ambiti settoriali, sulla base di atti di diritto derivato che danno luogo al fenomeno della c.d. *Agencification*¹⁰. In tali ipotesi l'esecuzione amministrativa del diritto comunitario viene demandata a diversi attori: autorità nazionali e sovranazionali che fanno capo, nell'ambito dei rispettivi settori, ad appositi organismi, le Agenzie, talora operanti in *networks*¹¹ secondo un modello di tipo "hub and spoke"¹².

⁹ Sul punto vd J. Ziller, "L'amministrazione europea", cit. 14 che richiama la bipartizione effettuata da P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2006, p. 31 ss. In particolare, nell'ambito dei modelli di *direct administration*, sarebbero ricomprese le modalità di gestione ed implementazione delle politiche comunitarie direttamente da parte della Commissione od indirettamente per mezzo delle Agenzie esecutive, i network di agenzie nazionali o le figure di *contracting out*, mentre nell'ambito delle forme di *shared administration* andrebbero ricondotte le Agenzie di regolazione.

⁹ Anche se il fenomeno conta un paio di esempi riferibili agli anni Settanta; sono questi i casi del Centro europeo per lo sviluppo della formazione professionale (Cedefop) e della Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita sul lavoro (EUROFOUND)

¹⁰ Per un'analisi del fenomeno delle Agenzie e per l'utilizzo del modello organizzativo di riferimento vd. E. CHITI, *Le agenzie europee*, cit., in part. p. 27 ss. e, in questo stesso Volume, V. SALVATORE, "Le Agenzie Europee. Tra l'Unione e gli Stati membri, oltre la sussidiarietà". Molto utili, per un inquadramento dei vari profili delle Agenzie, con particolare attenzione all'aspetto regolatorio, risultano inoltre i saggi contenuti in D. GERADIN, R. MUNÓZ, N. PETIT, *Regulation through Agencies in the EU- A New Paradigm of European Governance*, Edward Elgar, Cheltenham - Northampton, 2005.

¹¹ Sul punto vd. R. DEHOUSSE ("Regulation by networks in the European Community: the role of European Agencies", in *Journal of European Public Policy*, 1997, p.1350 ss.) che legge la *regulation by networks*, all'interno della quale le Agenzie svolgerebbero un ruolo centrale di coordinamento delle attività delle diverse amministrazioni nazionali in un determinato settore, come l'opzione "transnazionale" più convincente per garantire l'uniformità del diritto, necessa-

Le Agenzie europee sono soggetti dotati di personalità giuridica; sotto un profilo funzionale esse svolgono attività che per motivi politici o per ragioni tecniche non possono essere svolte direttamente dalla amministrazione centrale¹³. La scelta della Commissione di esternalizzare certe funzioni, sia a favore di soggetti pubblici (*public bodies*) e quindi anche alle Agenzie, che di privati (*outsourcing*), va collocata nell'ambito di un più generale percorso di riforme promosso a partire dalla fine degli anni Novanta dalla Presidenza Prodi, per restituire legittimazione e credibilità alla Commissione, travolta, da un lato, dalla crisi della "mucca pazza" e, dall'altro, dagli scandali conseguenti al verificarsi di frodi ed irregolarità nella gestione di alcuni programmi comunitari¹⁴.

ria in un mercato unico. Sulla stessa linea, per un inquadramento del fenomeno delle reti, nell'ambito dell'attuale tendenza di frammentazione del quadro istituzionale di *governance*, vd. L. AMMANNATI, "Governance e regolazione attraverso reti", in L. AMMANNATI, P. BILANCIA (a cura di), *Governance multilivello, regolazione e reti*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2008, p. 181 ss. Per un'analisi dei principali settori di utilizzo del modello della rete vd. l'attento studio di A. CANEPA, *Reti europee in cammino-Regolazione dell'economia, informazione e tutela dei privati*, Jovene, Napoli, 2010.

¹² In tal senso le Agenzie europee funzionerebbero da "hub" di network regolatori ove le autorità nazionali fungerebbero da ragni; per l'utilizzo di tale metafora vd. R.D. KELEMEN, "The politics of Eurocracy: Building a New European State?", in N. JABKO, C. PARSONS (eds.), *The State of the European Union*, 2005, nt. 47, p. 181.

¹³ In tal senso vd. E. CHITI, in E. CHITI, C. FRANCHINI (a cura di), *L'integrazione amministrativa* cit. p. 98. Come sottolinea Franchini ("Administration indirecte et coadministration", cit. p. 249) il successo del fenomeno delle Agenzie può essere letto come il risultato di una fase di maturazione dell'integrazione europea che rende impraticabile la gestione puramente nazionale di certe attività amministrative, ma che non permette ancora il trasferimento di funzioni ad una vera amministrazione sopranazionale.

¹⁴ Per una ricostruzione di tali vicende vd. E. VOS, "Reforming the European Commission: What role to play for EU Agencies?", in *Common Market Law Review*, 2000, p.114 ss. In particolare la dottrina anglosassone sottolinea il collegamento tra le riforme amministrative dei primi anni del 2000, che comportano anche il consolidarsi del modello delle Agenzie, con gli episodi di malcostume, evidenziati dal *Committee of Independent Experts*, che determinarono le dimissioni della Commissione Santer. Sul punto, per tutti vd. P. CRAIG, *EU Administrative Law*, cit. p. 3 ss.

Sotto un profilo organizzativo le Agenzie si articolano al loro interno, con modalità sempre più complesse, in uno o normalmente più organi (due o tre) in cui siedono: rappresentanti delle istituzioni comunitarie, rappresentanti delle amministrazioni nazionali o dei regolatori nazionali (come nel caso di ACER) e, talora, soggetti portatori di interessi collettivi o di categoria.

Al riguardo può essere notato come l'esigenza di tenere in considerazione gli interessi nazionali, unitamente alla volontà da parte del Consiglio di limitare i poteri "delegati" alla Commissione, sia un elemento che accomuna, seppure in un contesto istituzionale differente, l'esperienza delle Agenzie alla precedente esperienza della Comitologia¹⁵. In tal senso i Comitati, composti da vari gruppi di esperti nazionali e di funzionari, avrebbero costituito una prima risposta, secondo uno schema di tipo flessibile e partecipativo, alla necessità di conciliare le esigenze dell'uniformità con il modello del "federalismo d'esecuzione"¹⁶.

¹⁵ Così P. CRAIG, *Shared Administration and Networks*, cit. 5-6 e M. EVERSON, "Good Governance and European Agencies: The Balance", in *Regulation through Agencies*, cit. p. 155. Come afferma in modo chiaro Jacqu e ("Introduction", cit. p. 39) il ruolo degli Stati membri rappresentati nei Comitati sembra rispondere a due finalit . Da un lato essi svolgerebbero un'attivit  di consulenza e supporto, in ragione della loro maggiore conoscenza delle problematiche amministrative nazionali e per evitare difficolt  concrete nella applicazione delle misure comunitarie e dall'altro sarebbero associati all'esercizio di un potere che gli appartiene normalmente, ma che viene esercitato a livello comunitario. Per un'analisi pi  generale dei Comitati vd. M. SAVINO, *I Comitati dell'Unione europea. La collegialit  amministrativa negli ordinamenti composti*, Giuffr , Milano, 2005.

¹⁶ L'idea di fondo   espressa da R. DEHOUSSE, "Regulation by networks", cit., p. 254. Per la considerazione della Comitologia come *forum* di "deliberative politics", nel quale tutti i partecipanti perseguono l'interesse comune vd. il contributo di C. JOERGES e J. NEYER, "Comitology: Little Procedures with Big Implications", in *West European Politics*, 1997, 31. Sul rilievo della figura dei Comitati che "da strumento di controllo della Commissione sono divenuti essenziale occasione per "comunitarizzare" le burocrazie nazionali e i vari processi decisionali" cfr. M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffr , Milano, 2008, p. 366.

Nella più generale ottica delle politiche di regolazione le ragioni che spingono le istituzioni di ogni livello a delegare poteri a soggetti esterni ("non-majoritarian institutions") sono diverse ed attentamente studiate in dottrina¹⁷.

Tra queste il modello teorico, definito Principal-Agent¹⁸, formulato in origine negli Stati Uniti per analizzare la delega di funzioni esecutive dal Congresso alle Agenzie federali, ne identifica almeno quattro: 1) la volontà di ridurre il problema del *credible commitment*; b) la ricerca di *policy expertise* non eccessivamente onerosa, anche al fine di alleggerire il lavoro della Commissione; 3) la volontà di fare acquisire maggiore efficienza al processo decisionale; 4) la possibilità di collocare all'esterno il peso di eventuali scelte impopolari (il c.d. *shift blame*)¹⁹.

¹⁷ Sul punto vd. M. EVERSON, G. MAJONE, L. METCALFE, A. SCHOUT, *The role of specialised Agencies in Decentralising EU Governance*, (1999), Report presentato alla Commissione, p. 9. Tali studiosi sostengono che il ricorso a soggetti estranei al circuito politico aumenterebbe la credibilità del *policy process*.

¹⁸ Tale teoria si ispira ad un approccio di tipo razionalistico, successivamente rielaborato in dottrina per adattarlo all'assetto istituzionale europeo che appare caratterizzato da alcune peculiarità, riconducibili a particolari problemi di "collective action" non presenti in ambito USA. In particolare, infatti, in tale contesto ci troviamo di fronte ad un sistema di tipo *Multi-principal* ove i *Principals* sono rappresentati, a seconda delle diverse impostazioni, dal Consiglio, dal Parlamento, dalla Commissione o dagli Stati membri. Sul punto vd. R. DEHOUSSE, "Delegation of Powers in the European Union: The Need for a Multi-principals Model", in *West European Politics*, 2008, p. 789 ss. e P. MAGNETTE, "The Politics of Regulation in the European Union", in *Regulation through Agency*, p. 7 ss. In senso più generale, sulle differenze, soprattutto di contesto, tra l'esperienza delle *Independent Agencies* americane e le Agenzie europee, con particolare riferimento alla *non-delegation doctrine* vd. G. MAJONE, "Delegation of Regulatory Powers in a Mixed Polity", in *European Law Journal*, 2002, 319 ss. e M. SHAPIRO, "European Independent Agencies in the light of United States experience", in *L'amministrazione comunitaria*, cit. 45 ss. Sul problema specifico del *judicial review* vd. B. MARCHETTI, *Pubblica amministrazione e Corti negli Stati Uniti. Il judicial review sulle administrative agencies*, Cedam, Padova, 2005.

¹⁹ Così M. POLLACK, "Delegation, agency and agenda setting in the European Community" in *International Organization*, 51, 1997, 99-134.

Avendo riguardo, più in particolare, all'esperienza delle Agenzie europee, la Commissione, nel suo Libro Bianco sulla *governance* del 2001, in senso non molto diverso, ha identificato tra le ragioni a favore della decentralizzazione di funzioni alle Agenzie: la possibilità di avvalersi di *know-how* di settore di alto livello tecnico e la maggiore visibilità che esse apportano ai settori in oggetto, unitamente ad un risparmio di spese per le imprese²⁰.

Le Agenzie europee poi, o almeno molte di esse, presentano un'ulteriore caratteristica che pare essere centrale rispetto alla questione in esame. Mi riferisco con ciò all'integrazione nel loro *management board*, delle rappresentanze di interessi, talora di natura diffusa o collettiva collegati al campo di azione dell'Agenzia. Si pensi, ad esempio, al caso degli interessi dei consumatori che trovano spazio nell'ambito dell'organo di governo dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare²¹, così come a quelli delle parti sociali, con riferimento all'articolazione organizzativa dell'Agenzia europea per la sicurezza e salute sul lavoro (EU-OSHA)²². Tale profilo, che avendo ad oggetto interessi di natura superindividuale, non incide sulla globale indipendenza

²⁰ Cfr. *La Governance europea- Un Libro Bianco*, COM(2001) 428 def. In riferimento all'ultimo profilo, come ci ricorda C. SCOTT ("Agencies for European Regulatory Governance: A Regime Approach", in *Regulation through Agencies*, cit. 86, nt. 75), i costi per le imprese operanti in più contesti nazionali, aumenterebbero in modo significativo, laddove si trovassero di fronte "multiple regimes".

²¹ Ai sensi infatti dell'art. 25 par. 1 del Reg. n. 178/2002 ben 4 membri del CDA dell'Autorità nominati dal Consiglio in consultazione con il Parlamento europeo, in base ad un elenco stilato dalla Commissione, devono "avere esperienza in associazioni che rappresentano i consumatori e altri raggruppamenti con interessi nella catena alimentare".

²² Ai sensi infatti dell'art. 8 del Reg. n. 2062/94 del Consiglio, così come modificato dall'art. 8 del Reg. n. 1112/2005, nell'ambito del "governing board" dell'Agenzia ogni Stato membro esprime un rappresentante delle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori.

delle Agenzie, sembra dare un positivo accoglimento ai principi di partecipazione ed inclusione affermati nel *White Paper* del 2001²³.

2. Agenzie e partecipazione al procedimento decisionale: alcuni profili problematici introduttivi

2.1 La mancanza di un *design* unitario della figura “Agenzia europea”

Prima di affrontare il tema principale è opportuna qualche considerazione di carattere preliminare.

Nell'analizzare lo specifico profilo della partecipazione delle Agenzie al procedimento decisionale, emerge un primo problema, che non appare esclusivo della tematica qui affrontata, ma che sorge ogniqualvolta dall'esame di una singola Agenzia si passa ad un'analisi di carattere più generale.

Tale aspetto è rappresentato dall'assenza, a livello comunitario, di una definizione univoca del modello “Agenzia”, non a torto definita come una “complex nebula”²⁴.

Appare infatti evidente che la ricognizione degli elementi di base del modello risulti operazione preliminare rispetto alla successiva analisi di un profilo settoriale, quale nel nostro caso quello della partecipazione al processo decisionale, per poterne ricavare uno schema teorico dotato di qualche pretesa di validità generale.

Tale operazione si presenta tutt'altro che agevole nel settore in esame, sulla base della constatazione, se vogliamo anche un po' banale, che le Agenzie di regolazione risultano istituite in forza di differenti regolamen-

²³ Sull'utilizzo di tale elemento come test di verifica dell'attuazione nelle Agenzie del principio di *good governance* vd. O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento comunitario*, cit. p. 42.

²⁴ In tal senso vd. P. MAGNETTE, “The Politics of Regulation”, cit. p. 8. In merito alle difficoltà di rinvenire appaganti indicazioni comunitarie e sull'insufficienza dello schema descrittivo proposto dalla Commissione incentrato sulle due figure delle Agenzie esecutive e regolative vd. D. GERADIN, “The Development of European Regulatory Agencies: Lessons from the American Experience”, in *Regulation through Agencies*, cit. p. 225 ss.

ti, adottati dalle istituzioni comunitarie a partire dagli anni Settanta ad oggi, seguendo principalmente tre “ondate”²⁵.

Ciò ha determinato l’imporsi di un “heterogeneous pattern”²⁶ in cui convivono diversità di strutture, funzioni e metodi di lavoro delle varie Agenzie²⁷.

Questo problema non si pone invece, come noto, per le agenzie esecutive, incaricate esclusivamente di gestire i programmi a finanziamento comunitario, la cui disciplina è stata ora uniformata dal reg. n. 58/2003.

Sul punto occorre ricordare come la difficoltà di ricavare da modelli amministrativi disomogenei un nucleo di caratteristiche comuni, non sia esclusiva del contesto sovranazionale di cui ci occupiamo. Tale problema si è presentato ciclicamente anche nell’esperienza del diritto amministrativo italiano; si pensi al dibattito che ha coinvolto la dottrina e la giurisprudenza a partire dagli anni Trenta del secolo scorso sugli elementi caratterizzanti la figura dell’ente pubblico, con l’enucleazione della suggestiva tesi degli “indici rilevatori della pubblicità dell’ente”²⁸, e, più di recente, il dibattito sui tratti comuni al modello delle Autorità indipendenti²⁹.

²⁵ Una prima negli anni Settanta, una seconda negli anni Novanta ed una terza dal 2000 ad oggi; sul punto vd. O. PORCHIA, *Principi dell’ordinamento europeo*, cit. p. 36.

²⁶ Così D. GERADIN, “The development of European Agency”, cit. p. 222.

²⁷ Tali diversità, secondo l’ottimistica visione della Commissioni, non sarebbero una mera conseguenza dell’occasionalità delle normative di istituzione, ma “riflettono un tentativo di definire il modo migliore per permettere a ciascuna Agenzia di espletare le proprie mansioni”.

²⁸ Per una ricostruzione di tale dibattito (il paragrafo del testo viene emblematicamente intitolato “Vicende della teoria degli enti pubblici”) vd. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1993, 185 ss.

²⁹ Sul punto vd. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo “quasi” giallo*, Il Mulino, Bologna, 2000, che identifica come *rationale* di molte Autorità indipendenti (quelle operanti principalmente in ambito economico) l’esigenza di garantire l’effettività del contraddittorio, attraverso la garanzia delle “parità delle armi”. Proprio il fenomeno dell’emersione nel nostro ordinamento delle Autorità indipendenti e della loro progressiva affermazione,

A fronte del proliferare di agenzie regolative la Commissione ha avviato solo da qualche anno un dibattito teso a chiarire e razionalizzare le funzioni e i metodi di lavoro nell'ambito del processo di tipo *top-down* di ri-disegno della *governance* europea³⁰.

Ciò ha condotto alla presentazione nel 2005, da parte della Commissione, di un progetto di accordo interistituzionale relativo all'inquadramento delle Agenzie europee per le agenzie c.d. di regolazione i cui lavori successivamente si arenarono per una serie di complesse ragioni riconducibili principalmente a problemi di equilibrio interistituzionale³¹.

Al momento attuale si è ripiegati invece sulla soluzione più minimalista contenuta nella Comunicazione del 2008, intitolata "Il futuro delle

anch'esse a partire dagli anni Novanta, presenta varie assonanze con il tema in esame. Anche qui infatti, si assiste alla previsione di modelli organizzativi nuovi, istituiti da singole leggi di settore che talora provvedono all'istituzione delle sole Autorità, ma molto più spesso provvedono ad una più ampia regolamentazione del settore disciplinare (la disciplina dei mercati finanziari, la concorrenza, le comunicazioni convergenti, la protezione dei dati personali). Per un'attenta riflessione in materia, con particolare riguardo al profilo dell'"indipendenza", vd. G. GRASSO, "Bruxelles chiama, Dublino, Salonicco, Alicante ... rispondono? Alcune riflessioni sui "poteri indipendenti dell'Unione europea", in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2000, p.1117 ss.

³⁰ In tal senso M. EVERSON, "Good governance and European Agencies", cit. p. 142 che sottolinea come "the new and not so new European Agencies are certainly an expression of a desire to give functional shape to an integrated European market; they also, however, lie at the heart of a storm of controversy on the meaning of legitimate governance within Europe". Per un'analisi delle forme di cooperazione nel sistema europeo in ottica pluridirezionale, collegate al nuovo processo di *governance* vd. Anche O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo*, cit. p. 5 ss.

³¹ Per una ricostruzione del ruolo giocato dai diversi attori istituzionali vd. E. FERRARI, "Agenzie europee, interessi degli Stati membri e conflitti istituzionali", in *L'amministrazione comunitaria*, cit. p. 85 ss. Per una lettura del fallimento del disegno di accordo interistituzionale in ragione del porsi della Commissione come unico *principal* nei confronti delle Agenzie, determinando critiche da parte di alcuni Stati membri e del Consiglio vd. R. DEHOUSSE, "Delegation of Power in the European Union", cit. pp. 792 e 802.

Agenzie europee³², ove, preso atto delle importanti differenze esistenti tra le diverse Agenzie, si richiede, quanto meno, la necessità del rispetto dei principi della responsabilità e della sana gestione finanziaria.

La mancanza di indicazioni comunitarie univoche sul punto, mentre come vedremo la Commissione appare molto più precisa nel definire in negativo i margini di azione delle Agenzie, non ha impedito il fiorire di un ricco dibattito dottrinale ove, sotto un profilo organizzativo, le Agenzie vengono usualmente considerate come un modo, da parte della Commissione, di decentralizzare³³ funzioni scientifiche, tecniche o di monitoraggio ad enti specializzati. Tale ragione d'essere delle Agenzie viene però da taluni intesa in senso ristretto e prevalentemente con riferimento alla collocazione geografica delle stesse nei diversi paesi dell'Unione e nell'ottica dei rapporti con la Commissione, sottolineandosi invece che quando ci si trasferisca su di un piano funzionale esse appaiono talora come strumenti di centralizzazione (come ci insegna il caso dell'autorizzazione centralizzata per la commercializzazione di certi medicinali)³⁴.

Cercando di identificare un nucleo di elementi comuni caratterizzanti il fenomeno c.d. di *agencification* si è sottolineato come almeno due siano gli aspetti rilevanti³⁵. In primo luogo, con riferimento al tipo di attività, le agenzie svolgono una pluralità di funzioni di tipo cooperativo tra la Commissione e le amministrazioni nazionali; tale aspetto si riflette sull'articolazione del *management board* delle stesse ove siedono i rap-

³² Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, "Il futuro delle agenzie europee", 11 marzo 2008, COM(2008) 153 def.

³³ In tal senso ad es. D. GERADIN, "The Development of European Regulatory Agency", in *Regulation through Agency*, p. 241, e E. CHITI, "An important part of the EU's institutional machinery: Features, problems and perspectives of European Agencies", in *Comm. Market Law Rev.*, 2009, p. 1398 e O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo*, cit. p. 36.

³⁴ In tal senso vd. C. SCOTT, "Agencies for European Regulatory Governance: A Regimes Approach", in *Regulation through Agencies*, cit. p. 72.

³⁵ In tal senso E. CHITI, "An important part of the EU's institutional machinery", cit. p. 1396 ss. Dello stesso autore vd. anche *Le Agenzie europee*, cit. p. 67 ss.

presentanti degli Stati e delle Istituzioni comunitarie³⁶. Il secondo tratto comune viene ravvisato nelle specifiche prerogative che i regolamenti istitutivi riconoscono alla Commissione e, più di recente, anche ad altre istituzioni comunitarie³⁷.

In definitiva possiamo dire che, nonostante alcune importanti chiarificazioni introdotte in dottrina, in concreto le Agenzie europee, e qui consideriamo unicamente le Agenzie di regolazione, non trattando delle Agenzie esecutive o di quelle come la Fondazione europea per la formazione (ETF) ed il Centro di traduzione degli organismi dell'Unione europea (CdT) che operano sostanzialmente come *subcontractors* della Commissione³⁸, presentano tratti fortemente differenziati tra di loro, sia sotto il profilo organizzativo che funzionale, come fra breve vedremo. Tale dato è destinato ad influenzare in maniera importante la nostra successiva analisi sulla partecipazione al procedimento decisionale, tanto più in ragione dell'ulteriore elemento di complicazione derivante dalla natura ibrida dello *status* della Commissione europea, che assomma in sé, come noto, funzioni di tipo esecutivo, regolativo e normativo. Con riferimento poi, in particolare, al problema della delega di funzioni³⁹ sarà interessante capire se le previsioni del Trattato di Lisbona che articola gli atti giuridici dell'Unione (regolamenti, direttive e decisioni) su tre differenti livelli come atti legislativi, delegati o di esecuzione, avranno contribuito, come era nell'intento, a chiarire la questione⁴⁰.

³⁶ Normalmente della Commissione, ma talora anche di altre istituzioni. Sul punto si veda il recente caso dell'ACER il cui Consiglio di amministrazione è composto da membri nominati dalla Commissione, dal Consiglio e dal Parlamento europeo (art. 12 par. 1 Reg. n. 713/2009).

³⁷ Nel modello tradizionale delle Agenzie degli anni Novanta la Commissione non solo esprime un parere sul programma di lavoro, ma concorre talora anche a definire la *shortlist* di nomi entro cui nominare il direttore generale, così come svolge attività di valutazione dell'operato finale

³⁸ Così P. MAGNETTE, "The Politics of Regulation", cit. pp. 8-9. Sul punto vd. anche D. GERADIN, "The Development of European Regulatory Agency", cit. p. 224.

³⁹ Sul punto J. P. JACQUÉ, "Introduction", cit. in part. p. 40 ss.

⁴⁰ Particolare rilievo assume, al riguardo, la previsione sugli atti delegati contenuta nell'art. 290 del TFUE che appare duplicemente limitata dal fatto che es-

2.2 La delimitazione del campo di attività delle Agenzie

La questione della definizione dei caratteri e dell'appropriatezza della *agencification* come nuova modalità di *governance*⁴¹ evoca questioni problematiche, sia più in generale sotto il noto profilo della "accountable independence" (ma questo aspetto, pur assai rilevante, esula dalla presente indagine⁴²), sia in un'ottica di tipo "orizzontale" nei rapporti che si determinano tra Agenzie e Commissione.

Quest'ultimo profilo ci permette di avvicinarci al tema in esame, e cioè al ruolo delle Agenzie nel procedimento decisionale. Appare infatti evidente come questo risulterà tanto più incisivo quanto più ampio sia il campo di azione loro riconosciuto.

Al riguardo occorre premettere che la delimitazione dei poteri delle Agenzie trovi alcune limitazioni di carattere strutturale, ricavabili dall'architettura "costituzionale" dell'Unione Europea⁴³, riconducibili principalmente al principio di attribuzione delle funzioni, al principio di sussidiarietà ed a quello dell'equilibrio istituzionale⁴⁴.

sa abbia ad oggetto "atti non legislativi che completino o modifichino alcuni elementi non essenziali dell'atto legislativo" e che nell'atto delegante debbano essere fissate le condizioni cui la delega può essere soggetta. Viene inoltre ammessa la possibilità del *call back* e cioè della revoca della delega da parte del Parlamento europeo o del Consiglio. Sugli aspetti problematici contenute in tali nuove previsioni, sia con riferimento alla difficoltà di identificare negli atti delegati la nozione di "essenzialità", che con riguardo alla distinzione, non del tutto agevole, tra atti "delegati" e "di esecuzione" vd. H. HOFMANN, "Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality", in *European Law Journal*, 2009, p. 482 ss.

⁴¹ Così C. JOERGES, "Integrazione attraverso la de-giuridicizzazione? Un evento interlocutorio", in *European Journal of Legal Studies*, 2008, in www.ejls.eu.

⁴² Sul punto vd. invece i vari contributi contenuti nel volume *Regulation through Agencies* cit.

⁴³ In tal senso, seppure in riferimento all'ambito più generale dei possibili *regulatory models*, vd. C. SCOTT, "Agencies for European Regulatory Governance", cit. p. 69.

⁴⁴ Per una rilettura di tali principi dopo Lisbona vd. P. BILANCIA, "La ripartizione di competenze tra Unione e Stati membri", in P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 99 ss.

Tale ultimo profilo viene principalmente in campo con riferimento alla nostra problematica.

Il principale limite al conferimento di poteri alle Agenzie risulta dalla c.d. dottrina Meroni, originata dalla storica decisione *Meroni v. High Authority* (causa 9/56) nell'ambito della quale vengono fissati i limiti del potere di delega.

In tale sentenza viene, infatti, affermato che “se non può essere esclusa” la possibilità di conferire poteri ad organi non previsti dai Trattati, tuttavia questa delega è possibile solo con riferimento a “poteri esecutivi chiaramente definiti”, a condizione che il loro esercizio possa essere sottoposto ad una “strict review”, nell’ottica di criteri determinati dall’autorità delegante, rimanendo comunque preclusa una delega di poteri che prevedano margini di discrezionalità.

Risulta evidente come un’interpretazione così rigorosa comporti un effetto limitativo nei confronti dell’espansione dei poteri delle Agenzie, anche se la dottrina appare concorde nel ritenere criticabile tale rigidità, sulla base della considerazione che i limiti ai poteri di delega risultano fondati più su ragioni politiche che giuridiche⁴⁵.

Di recente la definizione del ruolo delle Agenzie viene collegata, come già visto, al dibattito sulla *governance* europea a partire dal già ricordato Libro Bianco del 2001.

Nell’intento di rispettare l’equilibrio dei poteri istituzionali e di chiarificare il riparto delle competenze tra gli stessi (il noto richiamo alla funzione della Commissione come “custode” dei Trattati) emerge una precisa scelta della Commissione di delegare solo limitate funzioni esecutive, senza coinvolgere le Agenzie nel processo di *rule making*. In tal senso viene affermata la possibilità di trasferire alcuni poteri alle Agenzie, purchè questi non si risolvano in poteri di regolamentazione generale,

⁴⁵ In tal senso D. GERADIN, “The Development of European Regulatory Agencies”, cit. p. 220. Per una rilettura critica della tradizionale lettura della “dottrina Meroni” con riferimento al fenomeno delle Agenzie vd. anche E. CHITI, “An important part of the EU’s institutions”, cit. pp. 1420-1424.

non riguardino poteri decisionali diretti, attribuiti esplicitamente dai Trattati alla Commissione, non richiedano di svolgere una funzione di arbitraggio di interessi pubblici in conflitto, non siano espressione di esercizio di discrezionalità politica o non comportino valutazioni economiche complesse.

Tale "attitudine protezionistica"⁴⁶ della Commissione viene ripresa nella Comunicazione del 2008 ove si afferma che le agenzie non hanno il potere di adottare misure normative di carattere generale e che esse possono esclusivamente assumere "in condizioni ben definite e senza un reale potere discrezionale, decisioni individuali in cui è richiesta una particolare competenza tecnica".

Tutto ciò spiega la limitata attribuzione alle Agenzie, a differenza di quanto avviene per le Autorità indipendenti nazionali, di poteri decisionali finali e la difficoltà di riconoscergli pieni poteri regolatori⁴⁷.

In verità, ad un'analisi dei regolamenti istitutivi, tra i diversi tipi di Agenzie se ne annoverano alcune, le c.d. *decision-making agencies*⁴⁸, che possono adottare atti destinati a produrre effetti giuridici nella sfera dei terzi. L'ammissibilità di tali Agenzie viene collegata all'assenza di discrezionalità nell'esercizio dei loro poteri⁴⁹.

Tra le Autorità dotate di tali poteri possiamo ricordare l'Ufficio per l'armonizzazione del mercato interno, l'Ufficio comunitario delle varietà

⁴⁶ Per tale espressione vd. D. GERADIN, "The Development of European Regulatory Agencies", cit. p. 219. In tal senso, come sottolinea C. SCOTT ("Agencies for European Regulatory Governance", cit. p. 82), la Commissione manifesta la volontà di "delegate to agencies rather routine operational tasks, but seeks to retain control of higher profile and more important policy making, monitoring and enforcement processes".

⁴⁷ Sottolinea al riguardo F. VIBERT, "Better regulation and the Role of the EU Agencies", in S. WEATHERILL (Ed.) *Better Regulation*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2007, p. 393 che "National agencies are front-line decision takers; EU agencies by contrast stand one or two steps back from the front line".

⁴⁸ Per tale definizione vd. D. GERADIN, "The Development of European Regulatory Agencies", cit. p. 241 che, accanto a tale categoria, ne prevede altre due, quella delle "executive" Agencies e quella, in corso di definizione, delle "regulatory agencies".

⁴⁹ Così R. DEHOUSSE, "Delegation of Powers", cit. p. 798.

vegetali, l'Agenzia europea per la chimica, l'Agenzia europea per la sicurezza aerea e, da ultimo, l'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia [ACER]⁵⁰.

Normalmente però le Agenzie sono dotate di poteri strumentali e non finali che si sviluppano sostanzialmente in tre direzioni: a) quella informativa e talora di osservatorio (ad es. Agenzia europea per l'ambiente (EEA), l'Osservatorio europeo per il monitoraggio delle droghe e delle tossicodipendenze (EMCDDA), e l'Agenzia per i diritti fondamentali (FRA); b) quella di consulenza e supporto tecnico agli organi nazionali o comunitari (L'Agenzia europea per i medicinali (EMEA), l'Agenzia europea per la sicurezza alimentare (EFSA), l'Agenzia ferroviaria europea (ERA) e l'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne (Frontex). Alcune di queste, come le prime due, in ragione dell'incidenza concreta delle funzioni loro riconosciute vengono definite anche *quasi-regulatory agencies*⁵¹; c) quella di coordinamento (Centro europeo per lo sviluppo della formazione professionale o la Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro).

3. La partecipazione al decision making

Com'è noto di partecipazione al procedimento decisionale con riferimento alle Agenzie si parla prevalentemente "verso il basso", nell'ottica del fornire garanzie procedurali ai soggetti nell'ambito dell'attività amministrativa che si svolge di fronte a tali organismi. In questa prospettiva, secondo una suggestiva e ricorrente teoria, la definizione di un *set* di regole procedurali volte a chiarificare i diritti dei privati conferirebbe alle

⁵⁰ Su cui vedi, in questo stesso volume, il contributo di L. AMMANNATI, "Il ruolo delle Agenzie nella regolazione del settore energetico".

⁵¹ Sul punto e per un'analisi dei due modelli di Agenzia vd. A. SPINA, "La regolazione europea delle biotecnologie attraverso reti", in *Governance multilivello regolazione e reti*, cit. p. 286 che ricorda come l'EMEA, ai sensi del Reg. 1901/2006, sia dotato di potere decisionale finale con riferimento all'autorizzazione di farmaci con indicazione pediatrica.

Agenzie una legittimazione procedurale che fungerebbe, almeno in parte, da correttivo rispetto al problema dell'attribuzione di funzioni a soggetti non eletti. Tale tematica molto interessante e che presenta dei margini di perfezionamento degli strumenti partecipativi, anche a seguito delle previsioni contenute nell'art. 41 della Carta europea dei diritti sulla *good administration*⁵², esula però dalla nostra analisi.

Noi dobbiamo invece soffermarci sulla dimensione della partecipazione delle Agenzie "verso l'alto", nei confronti del procedimento decisionale delle istituzioni comunitarie ed in particolare della Commissione. In tale modo possiamo parlare di partecipazione al *decision-making* in senso estensivo, anche con riferimento all'attività esecutiva svolta dalla Commissione, senza quindi presupporre una distinzione netta tra "policy making" ed "executive implementation"⁵³ che, anche in virtù della natura ibrida della Commissione, risulta del tutto inadeguata a descrivere il dato comunitario, replicando inutilmente schematismi nazionali fondati sulla divisione dei poteri⁵⁴.

Se l'attuale assetto delle Agenzie esclude in modo netto che vengano loro attribuiti poteri normativi, di regolamentazione generale, allora il ruolo delle Agenzie nel procedimento decisionale andrà ricercato o nell'ambito delle norme procedurali ovvero nell'ambito di forme maggiormente mediate ed indirette, tra cui assume un rilievo particolare il

⁵² Sul principio di buona amministrazione e sulle sue implicazioni in termini di tutela degli amministrati vd. D. U. GALETTA, "Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della Pubblica Amministrazione", in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 819 ss. Della stessa Autrice, da ultimo, si veda inoltre il saggio "Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona", in *Diritto amministrativo*, 2010, p. 601 ss.

⁵³ Una rigida distinzione tra i due ambiti non risulta infatti aderente alle esigenze dell'attuale *governance* europea. In tal senso vd. M. EVERSON, "Good Governance and European Agency", cit. p. 148 ss.

⁵⁴ Sull'inadeguatezza delle teorie fondate sulla separazione orizzontale dei poteri tra esecutivo, legislativo e giudiziario ad inquadrare la funzione esecutiva comunitaria vd. J. P. JACQUÉ, "Introduction", cit. p. 32 ss.

richiamo alla funzione informativa⁵⁵. Cercando di offrire una prima sintesi della questione possiamo dunque individuare tre tipologie di partecipazione di seguito illustrate.

3.1 Partecipazione e regole procedurali

In un primo senso gli istituti di partecipazione vanno ravvisati principalmente nelle regole procedurali che, nell'ambito delle rispettive discipline di settore, raccordano procedimenti amministrativi complessi⁵⁶.

Come ben viene illustrato in dottrina, la rilevanza della dimensione procedurale appare un tratto tipico della cooperazione amministrativa che si svolge tra soggetti su più livelli⁵⁷ e che tende ad aumentare tanto più ai soggetti siano conferite funzioni decisionali o paradecisionali⁵⁸.

Sovento lo schema utilizzato prevede che la potestà decisionale rimanga in capo alla Commissione ed alle Agenzie siano conferiti poteri diversi, di carattere strumentale. Questo rappresenta il modello più tradizionale di delega di funzioni, del tutto aderente alla dottrina Meroni, risul-

⁵⁵ Sul rilievo della *regulation by information* nell'ambito del sistema dei networks vd. L. AMMANNATI, "Governance e regolazione attraverso reti", cit. p.184 ss. Sulla rilevanza della funzione informativa nell'ambito dell'attività di regolazione con particolare riferimento alle funzioni delle Agenzie vd., in questo stesso Volume, il contributo di A. SPINA, "Agenzia 2.0: l'uso delle nuove tecnologie dell'informazione da parte delle Agenzie europee".

⁵⁶ Sul punto vd. F. BIGNAMI, S. CASSESE, "Il procedimento amministrativo nel diritto europeo", in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004 e M. P. CHITI, "I procedimenti composti nel diritto comunitario e nel diritto interno", in *Quaderni del Consiglio di Stato- Attività amministrativa e tutela degli interessati. L'influenza del diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 55 ss.

⁵⁷ Così O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo*, cit. pp. 13 e 128. Sul punto vd. inoltre L. AMMANNATI, "Governance e regolazione attraverso reti", cit. p. 187 che ricorda come la rilevanza della dimensione procedurale, unitamente alla flessibilità nella preparazione/applicazione delle regole, risultino tratti tipici della "nuova *governance*" europea.

⁵⁸ Sottolinea al riguardo Chiti ["An important part of the EU's institutional machinery", cit. pp. 1418-1419] come l'attività delle Agenzie dotate di *final administrative powers* presenta un grado di sviluppo di regole procedurali ed un sistema di tutela più sviluppato rispetto a quelle che svolgono attività puramente consultiva o di supporto tecnico.

tando la potestà decisionale finale saldamente in mano alla Commissione mentre alle Agenzie, come soggetti indipendenti e di qualificata competenza, vengono riconosciute rilevanti funzioni di tipo consultivo (*advisory*)⁵⁹.

Un esempio di ciò si ritrova nella disciplina relativa all'autorizzazione centralizzata dei farmaci prevista dalla normativa comunitaria e dettagliata nel Reg. n. 726/2004⁶⁰. In tal caso infatti il soggetto, per essere autorizzato alla messa in commercio di certe categorie di farmaci, quali ad esempio quelli derivanti da procedimenti utilizzando biotecnologie, deve ottenere dalla Commissione la relativa autorizzazione, valida in tutti i paesi membri. La Commissione decide dopo aver richiesto un parere al Comitato per i prodotti medicinali ad uso umano, costituito in seno all'Agenzia europea per la valutazione dei medicinali (EMA).

L'Agenzia dovrà dunque rendere il proprio parere entro un termine di 210 giorni; una volta acquisito tale parere la Commissione redigerà in tempi brevi una proposta di decisione e qualora questa non sia in linea con l'*opinion* dell'Agenzia la Commissione dovrà fornire "a detailed explanation of the reasons for the differences" (art. 10 par.1).

In dottrina si è sottolineato come la natura non vincolante del parere obbligatorio che deve essere richiesto all'Agenzia non deve indurre nell'errore di sottostimare la sua capacità di influenzare la decisione finale: si tratterebbe, infatti, nel caso di specie, di un'attività consultiva, ma che in ragione dell'alta credibilità scientifica dell'istituzione da cui

⁵⁹ Come sottolinea M. EVERSON ["Good Governance and European Agencies", cit. 147- 148] il *non-delegation principle* riflette, da un lato, la preoccupazione delle istituzioni europee che mediante la creazione di appositi enti satelliti, nei quali i poteri di altre istituzioni possono essere associati, una sola delle istituzioni accresca in via surrettizia la propria sfera d'azione e, dall'altro, l'idea che la ripartizione dei poteri debba avvenire assolutamente mediante il diritto al fine di garantire "the primacy of an existing polity, or settled mode of government [Commission control] over all executive action".

⁶⁰ Ed in particolare negli artt. 4 ss. Sottolinea l'interesse per la disciplina del commercio dei medicinali come caso di proceduralizzazione complessa tra comitatologia, coamministrazione e struttura a rete O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo*, cit. p. 154 ss.

promana e per il contenuto altamente tecnico delle questioni coinvolte svolgerebbe un ruolo decisionale *de facto*⁶¹.

In tale esempio pare che il ricorso al modello delle Agenzie permetta di giungere ad una felice sintesi, in modo più efficiente e trasparente sotto il profilo della *inclusive governance* rispetto a quanto non avvenisse nel contesto della Comitologia⁶², tra le esigenze di perseguire l'interesse pubblico da parte della Commissione e la necessaria composizione, imprescindibile in un'integrazione così spinta qual è attualmente quella europea, degli altri interessi, pubblici o talora privati rappresentati nell'ambito delle Agenzie.

È evidente che con riferimento alla rappresentanza degli interessi privati, come si evidenzia nel caso del European Network and Information Security Agency (ENISA), ove l'industria delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione è rappresentata all'interno del "Permanent Stakeholders's Group"⁶³, possono determinarsi alcuni profili problematici quali quelli del rischio di cattura dei regolatori da parte dei regolati o di eccessiva permeabilità verso gli interessi privati⁶⁴.

⁶¹ Così E. CHITI, *Le Agenzie europee*, cit. p. 209 ss. e J. SAURER, "The accountability of Supranational Administration: The Case of European Union Agencies", in *American University International Law Review*, 2009, p. 429 consultato su www.lexisnexis.com. Sull' "importanza decisiva" dei pareri resi dai Comitati scientifici (ai tempi della controversia rappresentato dal Comitato per le specialità dei medicinali) costituiti nell'ambito dell'EMEA, pur in assenza di un'espressa previsione di una loro vincolatività, vd. Trib. primo grado, sent. 26 novembre 2002, *Artegoda GmbH c. Commissione*, in cause riunite T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 e T-141/00.

⁶² Che appariva caratterizzata da elementi di opacità ed inefficienza; in tal senso vd. D. GERADIN, "The Development of European Regulatory Agencies", cit. p. 222; sul punto vd. anche R. DEHOUSSE, "Regulation by networks", cit. p. 258.

⁶³ Cfr. art. 8 Reg. n. 460/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 marzo 2004.

⁶⁴ Sul punto vd. E. CHITI ("An important part of the EU's institutional machinery", cit. p. 1400 ss.) che sottolinea il rischio del verificarsi di pratiche di tipo neo-corporative i cui effetti non possono essere ancora valutati appieno. Sui rischi di cattura del regolatore, con particolare riguardo all'esperienza americana, vd. M. SHAPIRO, "European Independent Agency", cit. p. 50 ss.

3.2 Partecipazione, *soft-law* e funzione consultiva non obbligatoria

In una seconda prospettiva invece la partecipazione delle Agenzie si risolve in un'attività di tipo diverso, caratterizzata da un minor grado di formalizzazione, ma a cui si riconosce comunque una certa influenza sul processo decisionale.

In tal senso viene talora riconosciuta a favore delle Agenzie la possibilità di adottare atti di *soft-law*, come l'emanazione di Raccomandazioni o di esercitare una funzione non obbligatoria di tipo consultivo, dietro richiesta o di sua iniziativa.

Un caso interessante è quello rappresentato dalla recente Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'Energia (ACER), dotata di significativi poteri decisionali, con particolare riferimento alla definizione dei codici di rete⁶⁵.

Relativamente alla nostra tematica l'art. 5 del Reg. n. 713/2009 riconosce all'ACER, dietro richiesta ovvero sulla base di una sua determinazione spontanea, la possibilità di presentare pareri o raccomandazioni al Parlamento, Consiglio o Commissione, con l'unico limite che questi vertano su questioni connesse alle sue finalità istituzionali.

In altri casi l'ACER propone alla Commissione "orientamenti quadro non vincolanti".

Una ulteriore previsione, che è stata guardata con interesse in dottrina⁶⁶ e che sembra comportare un *empowerment* dei poteri della nuova Agenzia, si ritrova nella previsione contenuta nell'art. 6 par. 4 ove, con riferimento all'attività di definizione del codice di rete, si prevede che la Agenzia lo presenti alla Commissione con l'ulteriore possibilità di "raccomandarne l'adozione". Non è ben chiara però la portata precettiva di una simile previsione, al di là della sua indubbia rilevanza sul piano della *moral suasion*.

⁶⁵ Per un'analisi di tale figura organizzativa e delle relative funzioni vd. in questo volume L. AMMANNATI, "Il ruolo delle Agenzie nella regolazione del settore energetico".

⁶⁶ Cfr. P. CRAIG, *Shared Administration and Networks*, cit. p. 24.

3.3 La funzione informativa nel procedimento decisionale

Una terza tipologia di funzioni partecipative si ritrova con riferimento alla dimensione informativa, che, come noto, assume un rilievo strategico nell'ambito dell'attività di regolazione⁶⁷.

Abbiamo ricordato come la ragion d'essere di alcune agenzie, sorte negli anni Novanta, si identifica proprio nel coordinare sistemi comuni responsabili della produzione e "disseminazione" di informazioni di alta qualità e di comprovata indipendenza⁶⁸. Il classico esempio di Autorità che si configura principalmente come "information provider" è rappresentato dall'Agenzia europea per l'ambiente⁶⁹ la quale, ai sensi dell'art. 2 del Reg. 1210/90, deve fornire le informazioni ambientali agli Stati ed alle istituzioni necessarie per la formulazione e l'attuazione di politiche ambientali, registrare, collazionare e valutare dati sullo stato dell'ambiente, fornire criteri di valutazione uniformi, contribuire ad assicurare la comparabilità dei dati ambientali, pubblicare *reports* e garantire al pubblico l'informazione ambientale

In alcuni casi, come nell'ipotesi dell'Osservatorio europeo per il monitoraggio delle droghe, la funzione informativa diviene il limite "in negativo" per definire i confini dell'attività, vietandosi l'adozione di misure che trascendano la dimensione informativa⁷⁰.

È stato giustamente rilevato in dottrina come tale tipo di attività sia una delle meno proceduralizzate e nei confronti di tali Agenzie partico-

⁶⁷ Sul punto vd. G. MAJONE, "The New European Agencies: Regulation by Information", in *Journal of European Policy*, 1997, p. 262.

⁶⁸ Tale profilo è particolarmente sviluppato da E. CHITI da ultimo nel suo "An important part of the EU's institutional machinery", cit. in part. p. 1419 ss.

⁶⁹ Su cui vd. in questo stesso volume l'analisi svolta da L. CUOCOLO, "Le agenzie per l'ambiente tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali".

⁷⁰ Reg. n. 302/1993, art. 1 par. 4 ove si afferma che "l'Osservatorio non può prendere misure che esulino dal campo dell'informazione e dal trattamento dell'informazione" e, con formula quasi identica, vd. il Reg. 1920/2006 art. 1 par. 4.

larmente forte appaia il controllo politico e giuridico della Commissione⁷¹.

L'attività di informazione si dispiega in senso pluridirezionale verso diversi soggetti: Stati membri, regolatori ed istituzioni comunitarie.

Nei confronti delle istituzioni la produzione di informazioni in settori altamente tecnici e specialistici, oltre a collaborare alla funzione decisionale⁷², si traduce talora in particolari obblighi di coordinamento inter-soggettivi.

È questo il caso che si ritrova nel settore dell'aviazione ove, ai sensi dell'art. 12 par. 1 lett. b) del reg. n. 1592/2002, per procedere alla modifica delle norme tecniche, relative alla costruzione, al progetto ed agli aspetti operativi, la Commissione deve previamente coordinarsi con l'Agenzia europea per la sicurezza aerea.

La funzione informativa acquista talora sfumature più specifiche, anche con riferimento al profilo del miglioramento della qualità della regolazione, nell'ottica della *Better regulation*⁷³.

Un primo esempio si ritrova con riferimento all'attività di referto che alcune agenzie sono tenute a svolgere verso le istituzioni comunitarie e gli Stati membri e che si estrinseca principalmente nella relazione annuale sull'attività.

Sono tenute ad un'attività di questo tipo l'Agenzia europea dell'ambiente⁷⁴, l'Agenzia europea per la sicurezza e la salute sul lavoro

⁷¹ Così E. CHITI, "An important part of the EU's institutional machinery", cit. p. 1419.

⁷² Sul rilievo di tale aspetto vd. M. ALBERTON, "Agenzie e reti ambientali in Europa", cit. p. 263 che ricorda, con riferimento all'esperienza dell'Agenzie europea dell'ambiente, come sebbene questa "non eserciti un ruolo diretto nella elaborazione delle scelte strategiche e nell'attuazione della politica e della regolazione ambientale, la cui responsabilità resta in via principale demandata alla Commissione europea" essa tuttavia "ha visto accrescere negli anni la sua funzione di stretto collaboratore della Commissione nell'identificazione, nel monitoraggio e nella valutazione dei problemi ambientali, funzione che la rende indirettamente attrice del processo politico e legislativo sia comunitario che nazionale".

⁷³ Sul punto vd. F. VIBERT, "Better regulation", cit. p. 387 ss.

ro⁷⁵, l'Agenzia europea per la sicurezza aerea⁷⁶ e, da ultimo, anche l'ACER⁷⁷. La relazione annuale risponde a due essenziali funzioni: da un lato essa permette la verifica dei risultati raggiunti, anche alla luce della rispondenza con gli obbiettivi contenuti nel programma di lavoro, dall'altro essa, assieme ad altri *reports* eventualmente prodotti, può giocare un importante ruolo nell'ambito dell'attività decisionale, soprattutto ove questa sia rivolta a riformare od aggiornare la normativa esistente⁷⁸.

In altri casi invece l'attività di trasmissione di informazioni qualificate alle istituzioni comunitarie appare più direttamente collegata all'esigenza di fornire degli *input* per la definizione delle priorità e dei programmi comunitari e quindi dell'indirizzo politico.

Un esempio di tale previsione si ritrova nell'art. 3 c. 1 lett. a) del reg. n. 2062/94 ove, con riferimento alle funzioni dell'Agenzia europea per la sicurezza e la salute sul lavoro, si fa espresso riferimento a quelle di raccolta e diffusione delle "informazioni tecniche, scientifiche ed economiche negli Stati membri per informare gli organi comunitari" in modo da fornire "i dati necessari (in inglese si utilizza la formula, più efficace, "input") per le priorità e i programmi della Comunità".

In altre ipotesi invece dell'attività di trasmissione di informazione obbiettiva, di carattere tecnico e scientifico è destinataria in modo più mirato la Commissione per poter svolgere al meglio la funzione di individuazione, preparazione e valutazione delle norme e misure nel settore della tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, con particolare riguardo

⁷⁴ Cfr. Reg. n. 401/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 (testo consolidato), art. 8 par. 6.

⁷⁵ Reg. n. 2062/2004 cit. art. 10 par. 2.

⁷⁶ Reg. n. 1592/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, art. 24 par. 2 lett.b).

⁷⁷ Reg. n. 713/2009 cit. art. 13 par. 12.

⁷⁸ Tale aspetto è particolarmente evidente nel caso della funzione di monitoraggio dell'impatto della legislazione europea con riferimento all'attività dell'Agenzia europea per la protezione dell'ambiente; sul punto vd. F. VIBERT, "Better regulation", cit. pp. 399-400.

all'impatto della legislazione sulle piccole e medie impresa [art. 3 c.1 lett. e).

Infine, un particolare interesse presenta l'ipotesi, parzialmente diversa, in cui l'attività informativa delle Agenzie viene resa a favore delle istituzioni europee nell'ambito di quella che è stata definita come una *client-relationship*⁷⁹. Questa ipotesi interessa particolarmente il Parlamento europeo, il quale, a supporto della propria attività normativa e per portare avanti una linea autonoma o diversa rispetto a quelle del Consiglio o della Commissione, può necessitare di pareri di carattere tecnico-scientifico che per motivi diversi non possano essere richiesti all'esterno: ad esperti di vario tipo, ai gruppi di interessi o alle NGOs. In tale prospettiva il Parlamento può essere considerato quasi come un "cliente" delle Agenzie per quanto riguarda l'acquisizione di informazioni indipendenti e di qualità su dati comparabili a livello europeo. Com'è stato giustamente messo in rilievo tale attività dovrà necessariamente coordinarsi con quella delle Commissioni parlamentari competenti nelle medesime materie in cui operano le Agenzie (quali ad es. quelle relative all'ambiente, alla sicurezza alimentare).

Conclusioni

Quanto sopra esposto ci permette di trarre alcune provvisorie conclusioni.

Il peculiare contesto europeo, definito con formula suggestiva di *mixed* o *fragmented polity*, risulta fondato su un complesso equilibrio istituzionale, nell'ambito del quale si affacciano con pretese diverse le istituzioni comunitarie e gli Stati membri. La comparsa sulla scena delle Agenzie, che costituiscono senz'altro la novità più significativa relativa al funzio-

⁷⁹ In tal senso F. VIBERT, "Better regulation", cit. p. 398 . Un esempio di ciò si ritrova nel regolamento istitutivo dell'EFSA ove l'art. 29 par. 1 del reg. 178/2002 prevede che "il Parlamento europeo o uno Stato membro possono chiedere all'Autorità un parere scientifico in relazione a qualsiasi questione di sua competenza".

namento delle burocrazie dell'Unione nell'epoca dopo-Maastricht⁸⁰, ha posto in evidenza rilevanti problemi, temporaneamente risolti sulla base del compromesso politico, non esente però da costi⁸¹, secondo cui, in linea di massima, alle Agenzie non sono riconosciuti poteri decisionali finali.

Ciò ha determinato l'imporsi di un quadro frammentario in cui le Agenzie appaiono dibattute tra l'aspirazione all'indipendenza⁸², anche se questa viene in dottrina rinvenuta principalmente con riferimento all'operato degli esperti, e l'apertura alla valutazione di interessi pubblici e privati, evidenziata talora in modo plastico, nella composizione di alcuni *boards*⁸³.

Alla luce di tali considerazioni risulta al momento impossibile, e lo abbiamo già ricordato, individuare uno o più modelli teorici di partecipazione al procedimento decisionale, basati su elementi di certezza giuri-

⁸⁰ Così R. DEHOUSSE, "Misfits: EU Law and the Transformation of European Governance", in *Good Governance*, cit. p. 216.

⁸¹ In termini di complessiva efficienza del processo decisionale che, anche in ragione dei settori particolari in cui operano le Agenzie (quali ad esempio quello della sicurezza alimentare o delle autorizzazioni dei medicinali), trascendono talora il profilo della economicità essendo suscettibili di ricadute sui diritti fondamentali delle persone. Ricorda, infatti, Majone ("Delegation of Regulatory Powers", cit. p. 332) come mentre l'Agenzia attende la decisione finale formale della Commissione del tempo prezioso viene perso prima che un nuovo prodotto farmaceutico, magari salva vita, possa raggiungere il mercato.

⁸² In tal senso si vedano ad esempio le previsioni contenute nell'art. 37 del Reg. n. 178/2002 dove con riferimento all'Autorità europea per la sicurezza alimentare si richiede che "The members of the Management Board, the members of the Advisory forum and the executive Director shall undertake to act independently in the public interest".

⁸³ Sull'integrazione "strutturale" degli *stakeholders* (organizzazione dei pazienti, dei medici e dei veterinari) nel CDA dell'EMA e sulla differente previsione che ammette a partecipare ai lavori dell'agenzia come osservatori i rappresentanti dell'industria, dei pazienti, dei consumatori e delle professioni sanitarie, entrambi intesi come elementi sintomatici di un'ipotesi di organizzazione amministrativa "eterointegrata" vd. A. SPINA, "La regolazione europea delle biotecnologie", cit. p. 286. Più in generale sulla tematica vd. in questo volume S. GABBI, *Coinvolgimento di esperti nella formulazione dei pareri scientifici e obiettività della consulenza scientifica*.

dico-normativa, ma in un'ottica più limitata sembra possibile identificare, *between facts and norms*⁸⁴, alcune fattispecie partecipative che, senza nessuna pretesa di completezza, ci possano offrire qualche prima provvisoria indicazione. Fin a questo punto rimaniamo, comunque, su di un piano descrittivo.

Volendoci spingere un po' oltre, analizzando più a fondo le funzioni di alcune agenzie -e soprattutto di quelle che operano nell'ambito della *risk regulation*- si è ravvisata la difficoltà di tracciare una linea netta tra la funzione di consulenza e supporto scientifico resa alle Istituzioni e l'attività di *policy-making*⁸⁵. Con particolare riguardo all'attività dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare (caratterizzata da alcune peculiarità assai interessanti conseguenti alla particolare occasione della sua istituzione)⁸⁶, è stato ricordato come la funzione esecutiva non sia più intesa in senso ristretto come mera implementazione, ma come formulazione di *policy* e *day-to-day regulation* in nome delle condizioni di mercato prevalenti⁸⁷. Sulla base di tali considerazioni si sono tratte previsioni di carattere più generale, arrivando ad ipotizzare un nuovo *public law* per le Agenzie imperniato sulla nozione di *political administration*⁸⁸.

⁸⁴ Per tale espressione vd. M. EVERSON, "Good governance", cit. p. 141.

⁸⁵ Di zona grigia tra "*pure*" *administration and politics* parla E. VOS, "Reforming the European commission", cit. p. 1130.

⁸⁶ Tale Autorità fu pensata dalla Presidenza Prodi come Autorità forte per far fronte alla crisi di credibilità nei confronti degli "esperti" dopo la crisi della "mucca pazza". Il risultato finale fu però di tipo compromissorio con riferimento alle funzioni che le vennero assegnate in quanto venne separato il profilo della valutazione del rischio (*risk evaluation*), riservato all'Agenzia, da quello della gestione del rischio (*risk management*) che rimane nella mani del potere politico, la Commissione.

⁸⁷ Così M. EVERSON, "Good governance", cit. p. 145.

⁸⁸ In tal senso M. EVERSON, "Good governance", cit. 155 e R. DEHOUSSE, "Misfits: EU Law", cit. 209.

Al di là della condivisione degli esiti di questa teoria e della difficoltà di utilizzare la nozione in ambito giuridico⁸⁹ sembra possibile ritenere che la questione del *public interest* che muove l'attività delle Agenzie europee risulti oggi un elemento assolutamente centrale per la definizione del loro ruolo nel procedimento decisionale e che, forse, l'analisi delle Agenzie europee, più che nel "prisma" del principio di delegazione, come tradizionalmente è stata letta, vada ora più propriamente inquadrata nella diversa prospettiva dell'"interesse pubblico".

⁸⁹ Anche in ragione delle spinte contrapposte che emergono nei diritti amministrativi nazionali a favore della separazione tra politica ed amministrazione al fine di attuare il principio di imparzialità amministrativa.

Le Agenzie per l'ambiente tra diritto comunitario e diritti interni

*Lorenzo Cuocolo **

Summary. Along with many others, the environmental field is concerned by the proliferation of executive agencies. However, unlike other sectors, the environment is characterized by the presence of a unique system of agencies, both at the European and at the national level, which largely differs from other European networks. This essay aims at studying the different characters between different environment protection agencies – the European one and the national ones – as well as comparing them. A special importance will be attached to the European environment network, the so-called EIONET: the conclusion will be that it is not a real network, but rather a complex system led by the European Environment Agency (EEA). The essay will finally concentrate on the relevance of gathering and managing information for the environmental protection system, discussing whether it would be possible to consider information as a “neutral issue”, or it should be taken as a political issue, thus needing more appropriate management and control tools.

1. L'Agenzia europea per l'ambiente (EEA)

L'Agenzia europea per l'ambiente (EEA) è stata istituita nel 1990 ed ha iniziato i propri lavori nel 1994. Come si vedrà, e come è stato sottoli-

* Università commerciale “Luigi Bocconi”, Milano

neato anche dalla Commissione, si tratta di un *unicum* a livello mondiale¹.

Lo strumento giuridico utilizzato per istituire l'EEA è stato il regolamento. Quello originario, n. 1210 del 1990, è stato più volte modificato. In particolare con i Regolamenti n. 933 del 1999 e n. 1641 del 2003. Ora il Regolamento è stato abrogato e "codificato" con il Regolamento n. 401 del 2009².

L'istituzione dell'EEA è avvenuta al termine di un confronto tra posizioni sensibilmente diverse. La Commissione, infatti, puntava alla realizzazione di un soggetto privo di poteri di regolazione e anche di poteri decisori: in sostanza si voleva creare un soggetto in grado di raccogliere dati. Il Parlamento europeo, al contrario, voleva un soggetto con spiccati caratteri di indipendenza dall'esecutivo comunitario e con poteri incisivi, anche di carattere ispettivo³.

¹ European Commission, *Evaluation of the EU decentralised agencies in 2009 – Volume III – Individual Agencies – EEA*, 80. Cfr. anche E. CHITI, *Le agenzie europee*, CEDAM, Padova, 2002, 274; A. KREHER (a cura di), *The EC Agencies between Community Institutions and Constituents: Autonomy, Control and Accountability*, EUI, Firenze, 1998; D. WESTBROOK, "Environmental Policy in the European Community: Observations on the European Environment Agency", in *Harvard Environmental Law Review*, 15, 1991, 257; P. DAVIES, "The European Environment Agency", in *Yearbook of European Law*, 1995, 313.

² Si legge espressamente nel primo considerando che il regolamento del 1990 «è stato modificato in modo sostanziale e a più riprese», e che «a fini di razionalità e chiarezza occorre provvedere alla codificazione di tale regolamento».

³ Più nel dettaglio, il testo originario del regolamento istitutivo prevedeva l'affidamento all'EEA anche di questi compiti:

"- contribuire al controllo dell'applicazione della legislazione comunitaria in materia di ambiente, in cooperazione con la Commissione e con le competenti autorità negli Stati membri;

- predisporre etichettature ecologiche e criteri per la concessione di dette etichettature per prodotti, tecnologie, merci, servizi e programmi ecologici, che non distruggano le risorse naturali;

- promuovere tecnologie e processi ecologici ed il loro uso e trasferimento all'interno della Comunità e nei paesi terzi;

- fissare i criteri per valutare l'impatto sull'ambiente ai fini dell'applicazione e della possibile revisione della direttiva 85/337/CEE (1), come previsto all'articolo 11 di quest'ultima". Sul punto cfr. European Commission, *Evaluation of the*

Il risultato è stato quello di istituire un'agenzia comunitaria alla quale, da un lato, viene espressamente attribuita la personalità giuridica e, all'interno di ogni Stato membro, la «più ampia capacità giuridica riconosciuta alle persone giuridiche dalle rispettive legislazioni» [art. 7, Reg. 1210/1990]; dall'altro lato, come si dirà più a fondo in seguito, non vengono assegnati poteri formali di regolazione o di amministrazione attiva. Si deve inoltre sottolineare che l'attribuzione di personalità giuridica è giustificata soprattutto dall'esigenza dell'EEA di collaborare con gli altri Stati e con le rispettive articolazioni interne, e non per dare all'EEA autonomia dall'amministrazione centrale comunitaria, come nel caso di molte altre Agenzie europee⁴.

A prima vista, dunque, si può dire che il prodotto finito corrisponda ad un compromesso tra le posizioni della Commissione e quelle del Parlamento. La sostanza, però, porta sin d'ora a ritenere che l'impostazione della Commissione abbia prevalso.

L'istituzione dell'EEA è stata radicata sull'art. 175 TCE⁵, anziché sull'art. 308 TCE⁶, come era avvenuto per tutte le altre Agenzie comunitarie istituite in precedenza.

EU decentralised agencies, cit., 81; nonché M. MARTENS, "Voice or Loyalty? The Evolution of the European Environment Agency (EEA)", in *Journal of Common Market Studies*, 48 (4), 2010, 884 e G. SALA CHIRI, *Le agenzie per l'ambiente nella comparazione giuridica, tra teoria e prassi*, tesi di dottorato discussa a Pavia, 11-2-2010, *paper*, 90.

⁴ Cfr. E. Chiti, *Le agenzie europee*, cit., 258.

⁵ Articolo 175 (ex articolo 130 S) «1. Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni, decide in merito alle azioni che devono essere intraprese dalla Comunità per realizzare gli obiettivi dell'articolo 174.

2. In deroga alla procedura decisionale di cui al paragrafo 1 e fatto salvo l'articolo 95, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni, adotta:

- disposizioni aventi principalmente natura fiscale;
- le misure concernenti l'assetto territoriale, la destinazione dei suoli, ad eccezione della gestione dei residui e delle misure di carattere generale, nonché la gestione delle risorse idriche;

Le finalità dell'Agenzia sono l'attuazione di una rete europea di informazione e di osservazione in materia ambientale (art. 1, c. 1, Reg. 401/2009), la fornitura alla Comunità e agli Stati membri di «informazioni oggettive, attendibili e comparabili», nonché «il supporto tecnico e scientifico necessario» (art. 1, c. 2, Reg. 401/2009).

Si deve però da subito sottolineare che l'art. 2 del Regolamento, nell'elencare i compiti assegnati all'EEA per il raggiungimento dei sopra riportati obiettivi, inserisce anche quello di «assicurare un'ampia diffusione fra i cittadini di informazioni affidabili e paragonabili»⁷. Questa precisazione, apparentemente “innocua”, è in realtà molto distante dagli

– le misure aventi una sensibile incidenza sulla scelta di uno Stato membro tra diverse fonti di energia e sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico del medesimo.

Il Consiglio, deliberando alle condizioni stabilite nel primo comma, può definire le materie cui è fatto riferimento nel presente paragrafo sulle quali le decisioni devono essere prese a maggioranza qualificata.

3. In altri settori il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni, adotta programmi generali d'azione che fissano gli obiettivi prioritari da raggiungere.

Il Consiglio, deliberando alle condizioni previste dal paragrafo 1 o, secondo i casi, dal paragrafo 2, adotta le misure necessarie all'attuazione di tali programmi.

4. Fatte salve talune misure di carattere comunitario, gli Stati membri provvedono al finanziamento e all'esecuzione della politica in materia ambientale.

5. Fatto salvo il principio “chi inquina paga”, qualora una misura basata sul paragrafo 1 implichi costi ritenuti sproporzionati per le pubbliche autorità di uno Stato membro, il Consiglio stabilisce, nell'atto recante adozione di tale misura, disposizioni appropriate in forma di deroghe temporanee e/o sostegno finanziario del Fondo di coesione istituito in conformità dell'articolo 161».

⁶ Articolo 308 (ex articolo 235) «Quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso».

⁷ Cfr. art. 2, c. 1, lett. m), Reg. 401/2009, compito che l'Agenzia adempie mediante la pubblicazione “*Signals*”, redatta in 23 lingue, e con altre pubblicazioni e documenti informativi on-line. European Commission, *Evaluation of the EU decentralised agencies*, cit., 81.

obiettivi enunciati nell'articolo precedente e, anzi, muta la natura stessa dell'Agenzia. Come si vedrà meglio nella parte conclusiva, infatti, un conto è istituire un soggetto "servente", deputato a supportare i *policy-maker* con la raccolta e la fornitura di informazioni; altro conto è, invece, la comunicazione (è da immaginarsi, previa elaborazione) di informazioni sensibili (come sono quelle sullo stato dell'ambiente) direttamente ai cittadini.

Con riferimento alla struttura, l'EEA ha un carattere ibrido.

Gli organi necessari sono il Consiglio di amministrazione, il Comitato esecutivo, il Direttore esecutivo ed il Comitato scientifico.

A prima vista i poteri gestionali sembrano improntati alla collegialità, e cioè affidati al Consiglio di amministrazione. A meglio vedere, tuttavia, il regolamento istitutivo assegna un rilievo particolare al Direttore esecutivo, che dirige l'Agenzia e ne è rappresentante legale.

Le funzioni del direttore esecutivo, pertanto, non vengono delegate dal Consiglio di amministrazione, né sono con questo compartite. Al contrario, è lo stesso regolamento istitutivo che, da un lato, prevede un organo collegiale per l'amministrazione; dall'altro non ne fa il centro di imputazione residuale delle competenze. Il CdA, infatti, ha solo limitate competenze enumerate. È così da ritenere che tutte le competenze gestionali non espressamente attribuite al Consiglio spettino al Direttore esecutivo, appunto in virtù della previsione per cui egli «dirige» l'Agenzia e di quella, più specifica, che gli attribuisce la «ordinaria amministrazione dell'Agenzia» (art. 9, c. 1, lett. b).

Il Consiglio di amministrazione (art. 8) è composto da un rappresentante per ogni Stato membro, da due rappresentanti della Commissione e da due personalità del mondo scientifico scelte dal Parlamento europeo. Al CdA, inoltre possono partecipare i rappresentanti dei Paesi terzi che facciano parte dell'Agenzia.

Il CdA elegge un presidente al proprio interno, che dura in carica tre anni (non è specificato se la carica è rinnovabile) (art. 8, c. 2).

È inoltre previsto (art. 8, c. 2) che il CdA debba eleggere un Comitato esecutivo⁹ al quale possono essere delegate le decisioni esecutive. Questa previsione si distingue per due aspetti: anzitutto, all'obbligo di istituire il comitato esecutivo non corrisponde l'obbligo di delegare ad esso le funzioni. In astratto, pertanto, potrebbe essere costituito un organo senza che al medesimo siano attribuite funzioni. In secondo luogo, è previsto che al Comitato esecutivo possano essere delegate funzioni esecutive: non è chiaro, tuttavia, il CdA ne svolga, e – nel caso – quali siano.

È importante notare che il Consiglio di amministrazione dell'EEA deve adottare tutte le delibere a maggioranza dei due terzi dei membri (dunque degli aventi diritto, non dei presenti). Ciò rafforza il ruolo degli Stati all'interno dell'EEA, quando invece l'adozione della regola di maggioranza semplice avrebbe accentuato il carattere sovranazionale dell'organo. Con riferimento alle funzioni, queste sono previste dall'art. 8, c. 4, 5 e 6 del regolamento. Il Consiglio di amministrazione, pertanto, deve adottare un programma pluriennale di lavoro, su proposta del Direttore esecutivo, accompagnato da un progetto di bilancio pluriennale.

Il Consiglio, inoltre, deve adottare il programma di lavoro annuale, ovviamente nell'ambito delle previsioni pluriennali poco sopra richiamate. Anche questo programma viene adottato sulla base di un progetto del Direttore esecutivo. Infine il CdA approva annualmente una relazione sull'attività svolta, da comunicare alle istituzioni comunitarie (compresa la Corte dei conti) e agli Stati membri.

Il Direttore esecutivo è nominato dal Consiglio di amministrazione su proposta della Commissione. Dura in carica cinque anni ed è espressamente previsto che l'incarico sia rinnovabile. Come si è già detto, al Direttore esecutivo è affidata la rappresentanza legale dell'Agenzia.

⁹ È da ritenersi al proprio interno, anche se la norma non lo specifica (cfr. art. 8, c. 2, del Reg. n. 401/2009). Le norme sulla composizione del Comitato esecutivo sono contenute nell'art. 2 delle *Rules of Procedure of the Management Board and the Bureau*, disponibili su www.eea.europa.eu.

Queste caratteristiche strutturali sono significative della scarsa indipendenza dell'EEA dall'esecutivo comunitario. La riserva del potere di proposta alla Commissione (unito al fatto che non siano previsti particolari requisiti tecnici per accedere all'incarico) e la possibilità di rinnovare il mandato, consentono una configurazione concreta di carattere para-fiduciario tra Direttore esecutivo dell'EEA e Commissione europea.

Con riferimento alle funzioni esercitate, il Direttore esecutivo è responsabile – tra l'altro – per la preparazione e l'esecuzione dei programmi adottati dal CdA, per la predisposizione del bilancio dell'EEA e per il personale dell'Agenzia. Inoltre, come già ricordato, gli compete l'ordinaria amministrazione dell'EEA.

Il Comitato scientifico è chiamato ad assistere sia il Consiglio di amministrazione, sia il Direttore esecutivo. Esso è composto da un numero non predeterminato di soggetti particolarmente qualificati in materia ambientale, nominati dal CdA per un periodo di quattro anni (rinnovabile una sola volta). Sotto il profilo funzionale, il Comitato scientifico è tenuto a rendere pareri al CdA o al Direttore esecutivo nei casi espressamente previsti dal regolamento istitutivo e negli altri casi in cui ciò venga richiesto da uno dei due organi.

È importante notare, in riferimento a tutti gli organi sopra richiamati, che il Regolamento è parco nella prescrizione di requisiti per farne parte. Solo per i membri del Comitato scientifico è richiesto che essi siano «particolarmente qualificati in materia ambientale», mentre i componenti del CdA designati dal Parlamento europeo debbono essere «personalità del mondo scientifico particolarmente qualificate nel settore della protezione dell'ambiente, scelte in base al contributo che saranno in grado di dare all'attività dell'Agenzia». Per l'accesso a tutti gli altri organi, invece, non sono previsti requisiti particolari. Ugualmente, non è previsto un regime di incompatibilità specifiche.

Spostando l'attenzione ai caratteri di autonomia dell'EEA, un cenno merita quella organizzativa. Sul punto, il regolamento istitutivo non dice molto. L'art. 8, tuttavia, prevede che il Consiglio di amministrazione

adotti «il regolamento interno». È da ritenersi che tale regolamento possa avere sia caratteri organizzativi, sia caratteri funzionali/procedimentali. L'attuale regolamento, adottato dal Consiglio di amministrazione l'8 ottobre 2009, conferma quanto appena detto, anche se le previsioni in esso contenute sono piuttosto vaghe, lasciando ampi spazi alle prassi applicative.

Con riferimento all'autonomia contabile, l'analisi delle norme mostra come il bilancio dell'EEA sia sostanzialmente controllato dalla Commissione europea. La procedura contenuta nell'art. 12, infatti, prevede che il progetto di bilancio sia presentato dal Direttore esecutivo (nominato su proposta della Commissione, come più sopra ricordato), approvato dal CdA e poi trasmesso alla Commissione (DG Environment e, poi, DG Budget). Solo successivamente viene inoltrato dalla Commissione al Consiglio e, infine, approvato dal Parlamento europeo. Senza entrare in eccessivi dettagli, è comunque evidente che la Commissione ha un ruolo decisivo nella procedura di approvazione del bilancio, tale da indebolire significativamente l'autonomia dell'Agenzia. Anche dal punto di vista quantitativo il risultato non muta: se si considera il bilancio 2010 dell'Agenzia si rinviene che il contributo diretto a carico della Comunità europea è stato di 40 milioni di euro, a fronte di entrate totali per 50 milioni, rappresentando dunque l'80% del totale⁹.

Le funzioni assegnate all'EEA sono contenute nell'art. 2 del regolamento istitutivo. Viene disposto che, per raggiungere le finalità sue proprie, l'Agenzia debba – tra l'altro – istituire e coordinare una rete informativa sull'ambiente; fornire informazioni in materia ambientale alla Comunità e agli Stati membri; registrare, collazionare e valutare dati sullo stato dell'ambiente; pubblicare ogni cinque anni una relazione sullo stato dell'ambiente; diffondere tra i cittadini europei informazioni ambientali; assistere la Commissione nello scambio e nella diffusione di informazioni ambientali.

⁹ Cfr. European Commission, *Evaluation of the EU decentralised agencies in 2009*, cit., 80.

Il ventaglio delle funzioni è dunque estremamente ampio. Sotto il profilo classificatorio, tuttavia, emerge l'assenza di funzioni di regolamentazione, così come l'assenza di funzioni paragiurisdizionali.

L'assenza di funzioni regolamentari vere e proprie non stupisce, ponendosi in linea con la cd. dottrina Meroni, sempre rispettata dagli organi comunitari, in base alla quale "una delega di poteri discrezionali ad organi diversi da quelli che il Trattato ha istituito per esplicitarli o controllarne l'esercizio nell'ambito delle loro rispettive attribuzioni, violerebbe le garanzie derivanti dall'equilibrio dei poteri stabilito dall'art. 3"¹⁰.

Se si utilizza la tripartizione classica tra funzioni normative, amministrative e giurisdizionali, si deve dunque concludere che l'EEA eserciti unicamente funzioni amministrative, e ciò conferma il suo carattere servente rispetto all'amministrazione comunitaria, senza che all'EEA possano attribuirsi caratteri di autorità indipendente. Si vedrà tuttavia nella parte finale come l'attività informativa, sia per sue caratteristiche intrinseche, sia per i destinatari cui è rivolta, pone non pochi problemi di classificazione quale attività amministrativa. Ma sul punto si tornerà in seguito.

2. Le Agenzie per l'ambiente in Europa

La medesima griglia appena utilizzata per tratteggiare i caratteri salienti dell'Agenzia europea per l'ambiente si può ora utilizzare per analizzare le Agenzie per l'ambiente dei diversi Paesi europei¹¹.

Come si vedrà meglio nel seguito, l'Agenzia europea per l'ambiente non intrattiene rapporti con i soli Paesi membri dell'Unione europea, ma anche con molti altri Paesi europei, candidati o meno all'ingresso nel sistema comunitario. Per tale ragione appare opportuno non limitare l'analisi comparata alle sole Agenzie dei Paesi membri, estendendo il

¹⁰ CGCE, *Impresa Meroni et Co., Industrie metallurgiche, SPA contro l'Alta Autorità*, causa 9/56, sentenza del 13 luglio 1958, *Racc.* p. 11.

¹¹ A tal proposito una sintesi descrittiva interessante è contenuta nel report *EPA Network*, reperibile sul sito del *Network of the Heads of Environment Protection Agencies*, <http://epanet.eu.eea.europa.eu>.

raggio dell'indagine a tutti i soggetti membri della rete EPA (sulla quale si tornerà in seguito).

La prima prospettiva di indagine riguarda il momento storico di istituzione delle Agenzie per l'ambiente. L'EEA, come si è già ricordato, è stata istituita nel 1990. Il fatto che le Agenzie statali siano state istituite prima o dopo tale spartiacque può essere significativo per comprendere se è il modello europeo ad aver influenzato quelli nazionali, oppure viceversa.

L'analisi, tuttavia, non dà risultati univoci, dal momento che un nutrito numero di Agenzie è stato istituito prima del 1990, ma un numero ancora più cospicuo è stato istituito dopo. Per fare qualche esempio, hanno preceduto l'EEA l'Agenzia svedese (1967)¹², l'istituto idrometeorologico slovacco (1969)¹³, l'Agenzia danese (1972)¹⁴, quella tedesca (1974)¹⁵, l'Autorità norvegese per il controllo dell'inquinamento (1974)¹⁶, l'Agenzia polacca (1980)¹⁷ e quella austriaca (1985)¹⁸. Più lungo è l'elenco delle istituzioni fondate dopo il 1990, e dunque dopo la creazione dell'Agenzia europea. Si tratta dell'Agenzia estone¹⁹, di quella irlandese²⁰ e di quella maltese²¹ nel 1992, di quella scozzese²² e di quella finlandese²³ nel 1995, di quella inglese²⁴ nel 1996, di quella greca²⁵ nel 1999, di quella croata²⁶ nel 2002, di quella lituana²⁷ e di quella rumena²⁸

¹² Cfr. www.naturvardsverket.se e www.miljomalsportalen.se .

¹³ Cfr. www.shmu.sk .

¹⁴ Cfr. www.mst.dk .

¹⁵ Cfr. www.umweltbundesamt.de .

¹⁶ Cfr. www.environment.no .

¹⁷ Cfr. www.gjos.gov.pl .

¹⁸ Cfr. www.umweltbundesamt.at .

¹⁹ Cfr. www.keskkonnainfo.ee .

²⁰ Cfr. www.epa.ie .

²¹ Cfr. www.mepa.gov.mt .

²² Cfr. www.sepa.org.uk .

²³ Cfr. www.environment.fi .

²⁴ Cfr. www.environmentagency.gov.uk .

²⁵ Cfr. www.ekpaa.gr .

²⁶ Cfr. www.azo.hr .

²⁷ Cfr. <http://aaa.am.lt> .

nel 2003, di quella serba²⁸ nel 2004, di quella olandese³⁰ nel 2005, di quella montenegrina³¹ nel 2008 e di quella lettone³² nel 2009.

Un altro elemento importante da analizzare riguarda la modalità con la quale le autorità sono state istituite, e cioè lo strumento giuridico utilizzato. Anche questo fattore mostra la presenza di due modelli diversi. Nessuno degli ordinamenti analizzati prevede una copertura a livello costituzionale delle Agenzie in questione: nemmeno in Francia, dove pure è stata elevata a rango costituzionale la *Charte pour l'environnement* nel 2004. L'istituzione è dunque equamente rimessa alla legge o ad atti regolamentari di rango sub-primario.

Fra le Agenzie istituite con legge si ricordano quella austriaca (Environmental Control Act), quella finlandese (Environmental Administration Act), quella tedesca, quella irlandese, quella maltese, quella serba, quella inglese e quella scozzese.

Con regolamento, invece, sono state istituite quella croata, quella estone, quella greca, quella lettone, quella lituana, quella rumena, quella svedese e l'istituto idrometeorologico slovacco.

Se si combinano queste informazioni con quelle precedenti, relative alla data di istituzione delle Agenzie, risulta che quasi tutte le Agenzie istituite con fonti secondarie sono successive all'EEA, tranne quella slovacca e quella svedese (che, paradossalmente, sono le più antiche in assoluto).

Se, inoltre, si verifica quante Agenzie istituite con legge siano successive al 1990, si contano quella della Finlandia, dell'Irlanda, di Malta, della Serbia, dell'Inghilterra e della Scozia.

Queste considerazioni, dunque, non consentono di stabilire una chiara influenza del modello europeo su quelli nazionali, se è vero che l'EEA è stata istituita con la fonte più "forte" del diritto comunitario (pur non po-

²⁸ Cfr. www.anpm.ro .

²⁹ Cfr. www.sepa.gov.rs .

³⁰ Cfr. www.mnp.nl .

³¹ Cfr. www.epa.org.me .

³² Cfr. www.lvgma.gov.lv .

tendosi effettuare un paragone preciso, a causa dell'inapplicabilità del criterio gerarchico nella tassonomia delle fonti comunitarie), mentre le Agenzie nazionali che la hanno seguita sono state istituite – in modo complessivamente equilibrato – con fonti di rango primario o secondario.

Un elemento quantitativo che può essere utilizzato come “reagente” nella comparazione giuridica è anche quello relativo alla struttura delle Agenzie, con particolare riferimento al personale impiegato³³.

L'EEA dichiara di impiegare 201 persone (come si vedrà nel seguito, questo numero non comprende ovviamente il personale della rete europea EIONET, che, anzi, è in buona misura quello delle Agenzie nazionali)³⁴.

Analizzando i dati delle Agenzie nazionali, e dividendole in scaglioni sulla base del numero di persone impiegate, emerge che il gruppo più considerevole è quello che impiega tra 100 e 500 persone. Sotto questo profilo, dunque, emerge una certa omogeneità quantitativa tra la scelta strutturale dell'EEA e quella della gran parte delle Agenzie per l'ambiente statali.

Più nel dettaglio, solo pochi Paesi hanno Agenzie con meno di 100 addetti: l'Estonia ne ha 60, il Montenegro ne ha 14, la Serbia ne ha 29. Ciò si spiega, con ogni probabilità, con la recente istituzione degli organismi, con i loro limitati poteri e anche con la limitata estensione geografica dei Paesi suddetti.

Sono invece numerose, come si è detto, le Agenzie che vantano un numero di impiegati tra 100 e 500: è il caso della Polonia con 150, della Lituania con 199, del Direttorato norvegese per la gestione della natura con 200, dell'Olanda con 230, dell'Irlanda con 290, della Danimarca con 300, della Lettonia con 312, dell'Agenzia slovacca per l'ambiente

³³ I dati riportati sono stati raccolti dai siti Internet delle diverse Agenzie, già citati nelle note precedenti.

³⁴ E il numero degli addetti dell'EEA è in costante crescita. Cfr. European Commission, *Evaluation of the EU decentralised agencies in 2009*, cit., 80.

con 323, dell'Agenzia norvegese per il clima e l'inquinamento con 325, di Malta con 450, della Slovenia con 451 e dell'Austria con 479.

Hanno più di 500 persone l'istituto idrometeorologico slovacco (509), l'Agenzia svedese (550) e quella finlandese (600).

Hanno più di 1000 persone solo l'Agenzia tedesca (1400) e quella scozzese (1265). Solo l'Inghilterra ha più di 10.000 addetti: la *Environment Agency for England and Wales* ne conta infatti 12.950³⁵.

Anche nell'analisi comparata, però, i profili più interessanti sono quelli che mirano a mettere a fuoco il grado di indipendenza e le caratteristiche funzionali dei soggetti esaminati.

Ebbene, praticamente tutte le Agenzie statali per l'ambiente sono in un rapporto di stretta dipendenza dal potere esecutivo e, segnatamente, del Ministero competente per le questioni ambientali. In molti casi vi sono espressi sintomi di "dipendenza": è il caso, per citare alcuni esempi, della Repubblica ceca, della Danimarca, della Finlandia, dell'Estonia, della Germania, della Grecia, dell'Islanda, dell'Olanda, della Norvegia, della Romania, della Serbia, della Repubblica slovacca, della Slovenia, dell'Inghilterra e della Scozia.

Quanto appena affermato può apparire contraddittorio con l'affermazione, ricorrente per molte Agenzie, di essere "indipendenti" o, ancor più frequentemente, "autonome". Parlano espressamente di "indipendenza" l'Agenzia olandese, quella greca, quella irlandese, quella svedese, quella fiamminga e quella croata.

A ben vedere, in tutti questi casi è comunque previsto un potere di direttiva o di controllo da parte dell'esecutivo, ciò che deve indurre a considerare con attenzione l'estensione semantica dell'indipendenza. Più prudentemente (e correttamente), infatti, si dovrebbe parlare di forme di autonomia interna, ad esempio per i profili organizzativi, o per la regolamentazione delle procedure. Per completezza, inoltre, si noti che alcune Agenzie non dispongono neppure di queste forme di autonomia: è

³⁵ Ma il numero fornito include anche gli addetti degli uffici regionali e dei 20 *Area Offices* presenti sul territorio.

il caso di quella del Montenegro, che non ha autonomia regolamentare interna.

Il controllo del potere esecutivo si ripercuote normalmente anche sulle modalità di nomina dei componenti delle Agenzie: in molti casi, infatti, i vertici sono scelti dal Governo, o comunque devono ottenere da questo il parere favorevole. È il caso della Svezia, dove il Direttore generale è nominato dal Governo, o della Scozia, dove i Ministri scelgono il Chief Executive. Un caso che si segnala per la sua anomalia è invece quello di Malta, dove il Board dell'Agenzia è composto sia da membri scelti dal Primo ministro, sia da membri scelti dal leader dell'opposizione, e inoltre è assicurata una rappresentanza agli stakeholder. Nonostante l'apparenza, però, l'Environment Protection Act del 2001 assegna al Ministro dell'ambiente poteri assai estesi di indirizzo e di controllo sull'Agenzia, vanificando nei fatti la possibile indipendenza del Board.

L'assenza di una vera indipendenza dal potere esecutivo è confermata dall'analisi dell'autonomia contabile. Tutte le Agenzie per l'ambiente derivano la gran parte (e spesso la totalità) dei propri fondi da appositi capitoli del bilancio dell'esecutivo, o del Ministero di riferimento, o, ancora, da trasferimenti di denaro effettuati dal Ministero.

Anche l'entità degli stanziamenti può essere significativa, e sotto questo profilo emergono sensibili disparità tra i diversi modelli: si va, ad esempio, dai 440.000 euro della Serbia agli 1,5 miliardi di euro dell'Inghilterra; da 1,1 milioni di euro del Montenegro ai 90 milioni di euro della Scozia; dai 15 milioni di euro di Malta ai 37 milioni di euro della Svezia.

Il quadro complessivo, dunque, vede una sostanziale uniformità tra le Agenzie nazionali, che le pone sotto il controllo (piuttosto diretto) del Ministero per l'ambiente o, comunque, del potere esecutivo.

Quanto appena affermato si ripercuote, inevitabilmente, sulle finalità delle Agenzie e sulle corrispondenti funzioni attribuite. Come nel caso dell'EEA, quasi tutte le Agenzie sono state istituite con la prevalente finalità di fornire informazioni nel settore ambientale. In molti casi si fa

espresso riferimento alla necessità di monitoraggio dello stato dell'ambiente e alla raccolta e gestione dei dati. Non sempre è invece richiesta anche la valutazione dei medesimi, come si dirà più avanti.

Con più specifico riferimento all'analisi delle funzioni attribuite alle Agenzie, è opportuno procedere secondo il modello tripartito classico, che distingue tra funzioni normative, funzioni amministrative e funzioni giurisdizionali. Com'è ampiamente noto, infatti, l'istituzione di soggetti esterni all'organizzazione ministeriale classica è stata spesso originata dall'esigenza di sottrarre alcuni settori sensibili all'indirizzo politico contingente, per rimetterne la regolazione a specifici soggetti, chiamati ad esercitare sia funzioni a carattere normativo, sia funzioni esecutive, sia funzioni paragiurisdizionali.

Si può però ritenere che l'intensità e la completezza delle funzioni sia direttamente proporzionale al grado di autonomia dal potere esecutivo, proprio per le esigenze di fondo appena richiamate. Stante, dunque, la scarsissima autonomia delle Agenzie ambientali, è facile immaginare che le funzioni attribuite siano assai ridotte.

In effetti, nella grande maggioranza dei casi le funzioni attribuite alle Agenzie hanno carattere prevalentemente esecutivo, e possono farsi rientrare in quelle amministrative. In molti ordinamenti è assegnata all'Agenzia per l'ambiente la tenuta di specifici registri ambientali (è il caso dell'Agenzia ceca, di quella fiamminga e di quella greca). Altresì diffuse sono le funzioni autorizzative di attività, sulla base di parametri predeterminati (accade in Irlanda, Malta, Norvegia, Polonia, Portogallo, Romania e Scozia), le attività di valutazione di impatto ambientale (Lituania, Portogallo) o, anche, attività di controllo successive (Irlanda, Lituania, Polonia). Molto diffusi sono anche i casi in cui all'Agenzia vengono attribuiti compiti di *enforcement* della normativa in materia ambientale, adottando atti regolamentari o comunque favorendone l'applicazione (ad esempio in Germania, Lituania, Malta, Norvegia, Romania e Repubblica slovacca).

Vi sono altre funzioni attribuite alle Agenzie per l'ambiente, che però hanno una diffusione piuttosto limitata nel panorama comparato. Fra queste si segnalano, ad esempio, le funzioni pianificatorie attribuite all'Agenzia irlandese e a quella slovacca, così come l'attività di formazione che svolge l'Agenzia greca.

Molto più limitate sono le funzioni para-normative. Colpisce, anzitutto, la possibilità per l'Agenzia fiamminga di stabilire imposte per contrastare l'inquinamento industriale delle acque. L'Agenzia irlandese, invece, ha poteri di regolazione sulle emissioni che generano effetto-serra. Similmente, l'Agenzia di Malta, quella della Norvegia e quella della Svezia hanno il potere di fissare standard vincolanti di protezione ambientale. L'Agenzia del Portogallo, invece, ha il potere di adottare misure per la protezione della salute umana. Ancora più genericamente, alle Agenzie di Malta, Slovenia e Svezia è attribuito un potere di "regulation".

Questi esempi sono significativi perché le funzioni sopra richiamate sono tutte caratterizzate, anche se con intensità diversa, da un ampio margine di discrezionalità per le Agenzie titolari e per la loro caratteristica non auto-applicativa. In altre parole, anche se nell'esercizio concreto di tali funzioni le Agenzie devono sottostare a quanto previsto dalle norme di legge in materia, i caratteri sostanziali portano la funzione molto vicino al tipo della normazione, e cioè della fissazione di regole generali e astratte. Un esempio molto significativo è quello della *Environment Agency* per l'Inghilterra e il Galles, istituita con l'*Environment Act* del 1995: essa è normalmente inquadrata fra le *decision-making agencies*, e ciò è confermato dal fatto che sia formalmente classificata fra i *Non Departmental Public Bodies* e non fra le *Executive Agencies*. Discorso analogo potrebbe farsi per l'*Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie* francese.

Ancora più ristrette sono le funzioni para-giurisdizionali. Anzi, dall'analisi effettuata risulta che esse siano proprie della sola Agenzia fiamminga. L'analisi delle funzioni esercitate dalle Agenzie per l'ambiente secondo la modellistica tripartita classica, però, non pare del tutto soddisfacen-

te. Ciò emerge, in particolare, con riferimento alla funzione informativa, che è la funzione centrale di tutte le Agenzie per l'ambiente.

Da un punto di vista meramente formale, le funzioni informative possono essere ricondotte all'ampia categoria delle funzioni amministrative: si può infatti risolvere la questione affermando che l'Agenzia esegue i compiti di raccolta e comunicazione di informazioni ad essa affidati dalla legge istitutiva o da altra fonte.

Ad una più approfondita riflessione, tuttavia, non pare del tutto soddisfacente questa conclusione. Anzitutto perché non è così semplice intendersi su cosa debba intendersi per "funzione informativa".

A quasi tutte le Agenzie è attribuito il compito di raccogliere informazioni che possano essere utili come supporto all'organo deputato al *decision-making* (cioè, normalmente, il Ministero per l'ambiente). È il caso, ad esempio, di Svezia, Austria, Danimarca, Estonia, Grecia, Lituania, Olanda e Portogallo. In alcuni casi, però, si prevede anche che l'Agenzia possa fornire informazioni a soggetti terzi, ad esempio del mondo delle imprese (Austria). In alcuni ordinamenti, poi, è espressamente previsto che le Agenzie debbano rilasciare informazioni non solo alle istituzioni pubbliche, ma anche – direttamente – ai cittadini: avviene, ad esempio, in Germania e in Grecia.

Ebbene, per la complessità del concetto di informazione e per la sua difficile collocazione all'interno della funzione amministrativa tradizionalmente intesa, si può immaginare di proporre una nuova classificazione di tale funzione, come si dirà nelle conclusioni, anche in riferimento all'EEA.

3. La rete europea per l'ambiente.

Come si è già accennato più sopra, il regolamento istitutivo dell'Agenzia europea per l'ambiente prevede, a fianco di essa, la costruzione di una rete complessa finalizzata ad una piena informazione ambientale, denominata EIONET. Tale rete deve essere istituita dall'EEA in collabora-

zione con gli Stati membri e, successivamente, coordinata dalla stessa EEA (art. 2, c. 1, lett. a, Reg. 401/2009).

In base a quanto disposto dal regolamento, la rete è composta da tre categorie di soggetti, oltre all'EEA: «a) i principali elementi delle reti nazionali di informazione; b) i punti focali nazionali; c) i centri tematici operativi».

Con maggiore precisione segue una descrizione delle tre diverse categorie. Non viene specificato quali siano gli elementi principali delle reti nazionali di informazione (normalmente chiamati Centri nazionali di riferimento, NRCs), dal momento che tale individuazione è evidentemente rimessa agli Stati membri. Il regolamento precisa, però, che tali elementi comprendono tutte le istituzioni che, a parere degli Stati membri, possono collaborare ai lavori dell'EEA, tenendo conto della necessità di garantire la copertura geografica più completa possibile del loro territorio. Sono dunque compresi nella rete non solo gli istituti nazionali, ma anche quelli regionali e locali, a condizione che siano ritenuti rilevanti dal singolo Stato membro.

I punti focali nazionali (NFPs) devono essere individuati dagli Stati membri, uno per Stato, e hanno il compito di raccogliere e coordinare i flussi informativi interni allo Stato, per poi fornire all'EEA e agli altri componenti della rete le informazioni utili.

I centri tematici (ETCs), invece, sono individuati dal Consiglio di amministrazione dell'EEA, per un periodo non superiore a quello di durata di ogni programma pluriennale di lavoro dell'Agenzia. Essi servono a fornire all'Agenzia flussi informativi specifici e in via diretta.

EIONET, attualmente, mette insieme circa 900 esperti provenienti da oltre 300 istituzioni, di 38 Paesi differenti. I centri tematici sono attualmente 5.

La rete EIONET è caratterizzata dalla sua complessità: essa, infatti, raggruppa sia soggetti comunitari, sia soggetti di Stati membri, sia soggetti di Stati terzi. Inoltre, i componenti della rete non sono (salva l'eccezione della stessa EEA) individuati positivamente dalla norma isti-

tutiva, bensì sono rimessi all'individuazione concreta di EEA e Stati membri, sulla base delle indicazioni funzionali contenute nel regolamento³⁶.

Si noti, poi, che i "nodi" della rete EIONET hanno carattere disomogeneo, potendosene individuare quattro diverse categorie: gli elementi principali delle reti nazionali, i punti focali, i centri tematici e l'EEA. In assenza di precise previsioni procedurali, non è chiaro comprendere quali siano i rapporti verticali e orizzontali tra i diversi nodi, e cioè come possano comunicare fra i propri "simili" e con le altre "categorie".

È inoltre piuttosto anomalo che l'unico soggetto positivamente indicato dal regolamento, e cioè l'EEA, sia proprio quello che non ha il compito di acquisire informazioni ambientali di prima mano, ma solo quello di raccogliere i flussi informativi provenienti dagli altri soggetti che compongono la rete³⁷. La selezione delle informazioni e la gestione dei flussi, tuttavia, non sono codificati e proceduralizzati, ed è da chiedersi se siano rimessi a prassi o alle norme interne dei singoli ordinamenti.

La rete EIONET, per quanto poco proceduralizzata, è una rete ufficiale e necessaria, espressamente prevista dal regolamento comunitario n. 401/2009. A questa, però, se ne aggiungono altre, più o meno formalizzate. Una di particolare rilievo è quella denominata EPA Network, che ha carattere informale. Tale network mette insieme "heads of environment protection agencies".

Vi è poi un'altra rete, in fase di sviluppo, che deve essere menzionata. Si tratta dello *Shared environmental information system* (SEIS). Tale rete non è prevista dal regolamento n. 401/1999, ma ha comunque un fondamento espresso nella comunicazione della Commissione *Towards a Shared Environmental Information System*, del 1 febbraio 2008. La costruzione di tale rete deve essere originata dalla collaborazione di

³⁶ Su quest'ultimo profilo cfr. E. Chiti, *Le agenzie europee*, cit., 271.

³⁷ A dire il vero anche EEA ha un suo centro informativo, che riceve 500 richieste al mese. È stato rafforzato nel 2006. Ma non è chiaro se raccolga le informazioni da solo.

Commissione europea, EEA e Stati membri e mira ad ottenere un nuovo e più efficiente sistema informativo in materia ambientale. In sostanza, l'obiettivo è di superare l'assetto attuale che prevede la raccolta di dati locali e la trasmissione di questi a livelli più accentrati, prima nazionali e poi europei. Quando la rete SEIS sarà funzionante, ogni nodo della rete sarà in grado di immettere in circolo dati che saranno immediatamente disponibili a tutti gli altri nodi della rete, senza "gerarchie" o vincoli informativi di sorta.

L'idea, in sé, è condivisibile. Si può tuttavia dire che un simile obiettivo richiede in modo ancora più pressante ed urgente la codificazione di procedure con le quali le informazioni immesse in rete vengono raccolte, per garantire la veridicità e l'attendibilità delle stesse e per garantire omogeneità tra i tipi e i caratteri delle informazioni immesse in rete.

4. Struttura del "sistema EEA"

Dopo aver esposto le caratteristiche principali del "sistema EEA", è opportuno sviluppare alcune considerazioni critiche conclusive, che prenderanno spunto dalla struttura e dalle funzioni proprie del sistema, per poi evidenziare i limiti del medesimo.

Con riferimento alla struttura deve essere sottolineato un aspetto: non si può trattare l'Agenzia europea per l'ambiente separatamente dalla rete che essa è chiamata a coordinare. Per questo motivo si è scelto di parlare di "sistema EEA": una particolarità dell'Agenzia, infatti, è che può funzionare solo in quanto parte della rete. Ad un'analisi complessiva, però, non si può più parlare di rete, bensì di imbuto. L'EEA, infatti, non è un nodo della rete come gli altri, e si distingue da questi in positivo e in negativo: in positivo, perché ha per regolamento un compito di coordinamento, che dunque la pone al vertice dell'imbuto; in negativo perché non produce informazioni "di prima mano", ma solo di "seconda mano" elaborando quelle "grezze" che provengono dai diversi nodi della rete.

A differenza delle reti classiche, dove – tendenzialmente – ogni nodo della rete è autonomo e l'eventuale soppressione di un nodo non pre-

giudica l'esistenza della rete, nel caso qui esaminato l'Agenzia europea non avrebbe motivo di esistere senza la rete, così come la rete non avrebbe motivo di esistere senza l'Agenzia³⁸.

Se invece si limita l'analisi alla rete in senso stretto, cioè escludendo l'Agenzia, sembra che questa presenti i caratteri propri dei sistemi complessi³⁹. In particolare gli elementi della rete EIONET sono caratterizzati da interazioni locali non lineari⁴⁰, che possono produrre *feedback* positivi o negativi. Se questo è vero, si deve però mettere in guardia dall'altra caratteristica tipica dei sistemi complessi: essi, cioè, sono molto sensibili alle perturbazioni. Una minima perturbazione in ingresso del sistema, cioè, può produrre in uscita una reazione non prevedibile e decisamente più accentuata. È il cosiddetto *butterfly effect*, individuato da Edward Norton Lorenz, punto focale della "teoria del caos". Con specifico riferimento alla rete EIONET, dunque, il rischio è che il comportamento "anomalo" di alcune componenti possano produrre reazioni a catena tali da viziare il risultato finale trasmesso all'EEA.

Alla luce di quanto appena detto, è da chiedersi che tipo di Agenzia sia l'EEA, nel composito quadro delle Agenzie europee. Se si affronta anzitutto la bipartizione classica, tra Agenzie di regolazione (le Agenzie europee vere e proprie) e Agenzie esecutive, è agevole concludere che l'EEA si collochi fra le prime, sia per data di istituzione, sia per struttura

³⁸ Sul concetto di rete cfr., in generale, S. CASSESE, "Le reti come figura organizzativa della collaborazione", in Id., *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003, 21 ss. In chiave sociologica, invece, cfr. M. CASTELLS, *La nascita della società in rete*, Egea, Milano, 2002. Da ultimo cfr. A. CANEPA, *Reti europee in cammino - Regolazione dell'economia, informazione e tutela dei privati*, Jovene, Napoli, 2010, 5 ss.

³⁹ Cioè dei sistemi ai quali si applica la teoria della complessità, sviluppata dal chimico russo Ilya Prigogine e ripresa in chiave di analisi giuridica da Vittorio Frosini. Sul punto cfr. I. PRIGOGINE, I. STENGERS, *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza*, Einaudi, Torino, 1999; I. PRIGOGINE, *End of Certainty*, The Free Press, New York, 1997; V. FROSINI, *Ordine e disordine nel diritto*, Guida, Napoli, 1979.

⁴⁰ Più in generale, su questi caratteri nelle autorità indipendenti, cfr. A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Firenze, 1997, 106.

degli organi direttivi. Secondo la Commissione europea (COM(2002) 718 def.), le Agenzie di regolazione sono quelle «incaricate di partecipare attivamente all'esercizio della funzione esecutiva mediante atti che contribuiscono alla regolamentazione di un dato settore. Nella maggior parte dei casi si tratta di Agenzie che raggruppano e riuniscono in rete attività originariamente di competenza nazionale, in modo da rafforzare la coerenza e l'efficacia della regolamentazione». Esse, sempre secondo la Commissione, si articolano in «Agenzie incaricate principalmente di fornire assistenza sotto forma di pareri e raccomandazioni, su cui si fondano da un punto di vista tecnico e scientifico le decisioni della Commissione», «Agenzie incaricate principalmente di fornire assistenza sotto forma di relazioni ispettive, il cui fine è quello di consentire alla Commissione di assolvere la sua missione di "custode" del rispetto del diritto comunitario», e «Agenzie titolari del potere di adottare decisioni individuali, le quali producono effetti giuridici vincolanti nei confronti dei terzi».

Anche la dottrina ha proposto diversi schemi classificatori. Quello maggiormente richiamato è lo schema proposto dal Paul Craig⁴¹, che distingue tra *decision-making agencies*, *quasi-regulatory agencies* e *information and coordination agencies*. Alla luce dell'analisi sin qui condotta in merito alle funzioni attribuite all'EEA, si deve concludere che tale Agenzia rientri nell'ultimo gruppo, quello delle Agenzie finalizzate alla diffusione di informazioni. L'Agenzia per l'ambiente, infatti, non dispone né di poteri vincolanti nei confronti di soggetti terzi, né di quello *strong recommendatory power* che, ad esempio, contraddistingue EMA e EFSA.

Come si dirà nel seguito, tuttavia, la classificazione di Craig, per quanto utile, merita di essere discussa, dal momento che i tre insiemi individua-

⁴¹ P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, 154 ss.; del medesimo A. cfr. anche "Shared Administration and Networks: Global and EU Perspectives", in *Oxford Legal Studies Research Paper*, 6/2009, reperibile su <http://papers.ssrn.com>.

ti non sono necessariamente distinti, ma possono presentare aree di intersezione. Ma si tornerà sul punto.

Appurate le finalità informative dell'EEA, è da chiedersi come mai, nel settore ambientale, si sia fatto ricorso ad un'Agenzia, anziché utilizzare per le medesime finalità le strutture interne della Commissione europea, ed in particolare della DG Environment⁴². La domanda è particolarmente pertinente se si ricorda che l'EEA ha solo un compito di coordinamento e di collazione delle informazioni che provengono dagli altri nodi della rete. Perché, dunque, non affidare questo compito alla DG Environment, magari affiancata da un comitato scientifico (esattamente come nel caso dell'EEA)? Se si cerca una risposta giudicando la fotografia attuale dell'Agenzia si può essere fuorviati. Non si deve infatti scordare che il contenuto del regolamento istitutivo è stato a lungo oggetto di confronto tra la Commissione, che non vedeva con entusiasmo l'istituzione dell'EEA, e che comunque non sarebbe stata disposta a concedere ad essa poteri superiori a quelli che ha, e il Parlamento europeo, che invece – come si è già ricordato – avrebbe voluto affidare all'EEA anche funzioni ulteriori, ed in specie ispettive e di controllo, rendendola un soggetto ben diverso da quello che è oggi⁴³.

Resta il fatto che l'Agenzia è stata istituita nella sua forma attuale (anche se, negli anni, sono intervenute alcune modifiche significative al regolamento originario). È allora da domandarsi se la scelta finale sia sta-

⁴² La domanda è stata affrontata anche in sede comunitaria: in un recente rapporto di valutazione si sono ipotizzate tre strade alternative all'Agenzia: 1) far svolgere le medesime funzioni dalla Commissione; 2) farle svolgere da soggetti esterni; 3) farle svolgere da un'Agenzia amministrativa o esecutiva. La risposta è che «None of the envisaged solutions – even they were feasible – seem likely to produce any increases in efficiency or savings in costs». Cfr. *Technopolis Effectiveness Evaluation of the European Environment Agency – October 2008*, 81.

⁴³ In sede di approvazione del regolamento si optò per la soluzione più restrittiva, con l'accordo di riesaminarla dopo i primi tre anni di funzionamento dell'Agenzia. Tale nuova valutazione, tuttavia, non portò a modifiche nelle attribuzioni dell'EEA. Cfr. European Commission, *Evaluation of the EU decentralised agencies in 2009*, cit., 87.

ta giustificata dalla volontà di decongestionare le attività dell'esecutivo europeo, se invece sia stata giustificata dall'esigenza di sottrarre determinate funzioni al controllo diretto da parte della Commissione, o se le motivazioni siano ancora diverse⁴⁴. Come si vedrà, probabilmente la motivazione migliore sarebbe stata quella di sottrarre determinati flussi informativi al controllo del potere esecutivo europeo. Tuttavia, sia gli stretti rapporti che intercorrono tra EEA e Commissione, sia la struttura complessa della rete EIONET, portano a ritenere che la finalità pratica sia, forse, la decongestione dell'esecutivo, senza una reale caratterizzazione autonoma dell'Agenzia, della rete EIONET e delle informazioni prodotte.

Per meglio comprendere questo punto è importante richiamare, da un particolare angolo visuale, la struttura dell'EEA e della rete EIONET. Con riferimento all'Agenzia, si è già detto che gli organi di governo sono il Consiglio di amministrazione, il Direttore esecutivo ed il Comitato scientifico. Il Consiglio è composto da un rappresentante per ogni Stato membro, oltre che da due soggetti nominati dalla Commissione, da due nominati dal Parlamento, e da eventuali ulteriori componenti in rappresentanza dei Paesi non comunitari, che comunque partecipano alla rete. Sembra dunque che a prevalere sia la componente intergovernativa, che caratterizza ben 33 dei 37 membri complessivi del Consiglio. Si noti, tra l'altro, che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non ha previsto alcuna riduzione del numero dei consiglieri, né un principio di rotazione. L'ingresso di nuovi Stati nell'Unione, dunque, può potenzialmente accentuare ancora di più il carattere intergovernativo del Consiglio di amministrazione (anche se, attualmente, i Paesi candidati all'ingresso

⁴⁴ Per un approccio generale cfr. S. ANDOURA, P. TIMMERMAN, "Governance of the EU: The Reform Debate on European Agencies Reignited", in *EPIN Working Paper n. 19 - oct 2008*, reperibile su www.ceps.eu/files/book/1736.pdf; E. VOS, "Reforming the European Commission: What Role to Play for EU Agencies?", in *Common Market Law Review*, 37, 2000, 1116 ss.; nonché E. CHITI, "The emergence of a Community administration: The case of European agencies", in *Common Market Law Review*, 37, 2000, 313 ss.

nell'Unione sono già parte della rete EIONET e hanno un proprio rappresentante nel Consiglio dell'EEA). Questi aspetti non sono passati inosservati al Parlamento europeo, che ha sottolineato la contraddittorietà tra l'istituzione delle Agenzie comunitarie come esigenza di rafforzare la Commissione, con un maggiore *focus* sui compiti più delicati, e l'introduzione di modelli intergovernativi che poco si addicono all'amministrazione comunitaria⁴⁵.

Passando al Direttore esecutivo, come si è già detto, è scelto dalla Commissione, anche se formalmente nominato dal Consiglio di amministrazione. Questo elemento, dunque, serve a riequilibrare bruscamente i rapporti tra carattere intergovernativo e sovranazionale dell'Agenzia, a tutto favore di quest'ultimo⁴⁶. Si è detto, infatti, che il Direttore esecutivo detiene il potere reale di impulso e di gestione dei lavori dell'Agenzia. Il legame tra EEA e Commissione emerge in modo interessante da un recente studio di Maria Martens, che ha individuato due distinti periodi nella vita dell'Agenzia: il periodo della "tensione inter-istituzionale" (1994-2003) e quello della "collaborazione inter-istituzionale" (2003-2007)⁴⁷. Secondo l'Autrice, la circostanza che nel 2003 siano cambiati sia il Direttore generale della DG Environment, sia il Direttore esecutivo dell'EEA, ha consentito un nuovo e più intenso dialogo tra i due soggetti, portando l'Agenzia ad avere un approccio maggiormente *customer-oriented*, e dunque a dire alla Commissione ciò che desidera sentirsi dire⁴⁸. Attualmente, come nota l'Autrice, i comunicati stampa sono coordinati tra EEA e Commissione, e i rapporti dell'Agenzia sono pubblicati rispettando le scadenze temporali dei lavori della Commissione.

⁴⁵ Doc. P6_TA (2005)0460. Il punto è colto anche da G. Sala Chiri, *Le agenzie per l'ambiente nella comparazione giuridica*, cit., 59.

⁴⁶ Più in generale, cfr. E. CHITI, *Le agenzie europee*, cit., 262.

⁴⁷ M. MARTENS, *Voice or Loyalty?*, cit., 888 ss.

⁴⁸ Pur con significative eccezioni. L'impegno dell'EEA sulle condizioni ambientali dell'Artico, è stato del tutto indipendente dalle priorità della Commissione.

Quanto appena detto può creare non pochi problemi se si considera il rapporto fiduciario che lega la Commissione al Parlamento in base all'art. 17, c. 7, del TUE, novellato dal Trattato di Lisbona, e che invece non si spinge fino all'EEA. E, a ben vedere, giustifica il tradizionale sospetto del Parlamento europeo sulla creazione di Agenzie, dovuto al rischio di scarsa trasparenza e di assottigliamento dell'*accountability*⁴⁹.

Il Comitato scientifico, invece, è nominato dal Consiglio di amministrazione e dunque, su di esso, si ripercuotono le medesime caratteristiche appena viste per il primo.

Ancora più interessante è la fotografia della rete EIONET. Essa è composta da tre categorie di soggetti: i Centri nazionali di riferimento (NRCs), i Punti focali nazionali (NFPs) e i Centri tematici (ETCs). È molto importante tornare a sottolineare quanto già accennato in precedenza, e cioè che il regolamento istitutivo si limita a prevedere le tre categorie anzidette, senza specificare i soggetti effettivamente individuati per farne parte e, soprattutto, senza prescrivere procedure precise per individuarli. Nei fatti la scelta spetta ai Paesi membri della rete, ed è da ritenere che essa avvenga sulla base della normativa interna. Sorprende, pertanto, che non ci sia nessuno strumento preventivo, né forme di controllo *ex post*, per assicurare che la scelta sia caratterizzata da indipendenza e da un livello qualitativo adeguato a quello cui la rete ambisce.

Sommando le diverse componenti, dunque, emerge che il “sistema EEA”, come lo si è definito, è un sistema complesso, che assomma caratteri marcatamente sovranazionali ad altri marcatamente intergovernativi. Ma un altro aspetto rileva maggiormente: il “sistema EEA”, infatti, è sotto il controllo sostanziale dei poteri esecutivi. L'Agenzia, come si è detto, è in larga misura governata dalla Commissione (sia attraver-

⁴⁹ Risoluzione del Parlamento europeo, doc. A6-0354/2008, § 8 ss. In generale cfr. M. Bovens, *Analysing and Assessing Public Accountability. A Conceptual Framework*, in *European Governance Papers*, C-06-01, reperibile all'indirizzo <http://www.connex-network.org/eurogov/pdf/egp-connex-C-06-01.pdf>.

so la scelta del Direttore esecutivo, sia attraverso il controllo della procedura di bilancio)⁵⁰. La rete EIONET, invece, è nelle mani degli esecutivi nazionali, che individuano le varie componenti della rete senza alcun controllo.

Quanto appena affermato, porta a concludere che il "sistema EEA" debba essere classificato come sistema transnazionale, piuttosto che come sistema sovranazionale. Inoltre, come si capirà meglio nel seguito, la circostanza che il controllo del sistema sia nelle mani dei poteri esecutivi è assai problematica, soprattutto in considerazione della funzione attribuita al sistema stesso: l'informazione.

Il "sistema EEA", dunque, è un sistema che va oltre la sussidiarietà, secondo la nota tesi di Dehousse⁵¹: non vengono attratte competenze a livello comunitario, ma si mira ad armonizzare le politiche ambientali mediante la costruzione di un sistema che ha al proprio vertice l'Agenzia europea per l'ambiente. Non già un sistema a rete, dunque, ma un sistema ad imbuto, dove il *bottleneck* – paradossalmente – non ha funzioni di produzione di informazioni, ma solo quella di raccolta e di sintesi.

5. Funzioni e limiti del "sistema EEA"

Il secondo aspetto di queste considerazioni conclusive riguarda le funzioni che il "sistema EEA" è chiamato a svolgere. Come si è visto, si tratta di funzioni informative. Sia l'Agenzia, sia la rete EIONET sono chiamate a fornire informazioni e dati sulla situazione dell'ambiente.

Una prima domanda da porsi è: a chi sono dirette queste informazioni? La risposta è articolata, dal momento che l'EEA deve informare sia i

⁵⁰ Cfr. European Commission, *Evaluation of the EU decentralised agencies in 2009*, cit., 82. Anche se, come correttamente nota E. Chiti, *Le agenzie europee*, cit., 266, manca un potere formale di ordine, direzione e controllo.

⁵¹ R. DEHOUSSE, "Regulation by Networks in the European Community: the Role of European Agencies", in *Journal of European Public Policy*, 4 [2] 1997, 246-61. Cfr. anche D. GERADIN, R. MUÑOZ, N. PETIT (eds.), *Regulation through Agencies in the EU – A New Paradigm of European Governance*, Edward Elgar Pub., Northampton, 2005, sopr. 69 ss.

suoi *stakeholder* (istituzioni europee e Stati membri), sia i cittadini in via diretta⁵².

Tale funzione informativa può essere classificata secondo la tripartizione classica tra funzioni normative, funzioni amministrative e funzioni giurisdizionali? A prima vista, si dovrebbe ritenere che l'attività informativa rientri nella categoria dell'attività amministrativa. L'EEA, infatti, esegue quanto previsto dal regolamento istitutivo, e fornisce informazioni specifiche sulle varie *issues* ambientali.

A ben vedere, però, l'attività informativa è qualcosa di ulteriore rispetto ad una mera attività esecutiva: come la dottrina politologica ha da tempo sottolineato, l'informazione può essere uno strumento di regolazione⁵³. Secondo Giandomenico Majone, in particolare, la regolazione deve essere intesa nell'ampia accezione della capacità di influenzare indirettamente (e, dunque, in modo non coercitivo) i comportamenti altrui⁵⁴.

Ciò trova conferma, con specifico riferimento all'EEA, nella *Evaluation of the EU decentralised agencies in 2009* della Commissione europea, dove si legge che uno dei profili critici dell'EEA è quello di rendere analisi *prospective-type*, e non solo monitoraggio e valutazione dei dati attuali e di quelli passati⁵⁵. È evidente che, più è complessa l'elaborazione dei dati, più si accentua il carattere soggettivo dell'informazione e, dunque, i possibili effetti "regolatori".

Appare dunque scorretto tentare di confinare le funzioni dell'EEA nella classificazione tripartita classica. Se, infatti, l'informazione non è normazione, essa non è neppure mera amministrazione. E qui emerge

⁵² Cfr. E. CHITI, *Le agenzie europee*, cit., 290.

⁵³ Il punto è sottolineato anche da E. CHITI, *Le agenzie europee*, cit., 293 ss. Fra i contributi più interessanti si vedano quelli di K. YEUNG, ed in particolare "Regulating Government Communications", in *Cambridge Law Journal*, 65 (1), 2006, 53 ss.; cfr. altresì T. DAINTITH, "Spin: a Constitutional and Legal Analysis", in *European Public Law*, 7, 2001, 593 ss.

⁵⁴ G. MAJONE, "The new European Agencies: regulation by information", in *Journal of European Public Policy*, 4, 2, 1997, 263.

⁵⁵ European Commission, *Evaluation of the EU decentralised agencies in 2009*, cit., 85.

l'arretratezza delle categorie giuridiche, che non sono ancora riuscite a tipizzare quello che la dottrina sociologica chiama da decenni "quarto potere".

Se, dunque, la funzione informativa deborda nell'attività di regolazione (intesa nel senso sopra precisato), quale legittimazione ha questa attività? Evidentemente non c'è una diretta legittimazione democratica, per i motivi esposti in precedenza: i componenti dell'EEA, così come quelli della rete EIONET non sono eletti, non devono possedere particolari requisiti tecnici (a differenza di quanto generalmente avviene, invece, per i componenti delle autorità indipendenti) e sono per larghissima parte espressione del potere esecutivo⁵⁶.

Alcuni hanno cercato una soluzione affermando che la legittimazione non deve essere ricercata negli *input*, bensì negli *output*. Detto altrimenti, bisognerebbe guardare ai risultati e, da questi, recuperare *ex post* una legittimazione per il "sistema EEA"⁵⁷. Questa impostazione, però, presenta alcuni margini di rischio, perché non è chiaro chi e come sia competente a valutare gli *output*. Un buon esempio può essere ancora il Rapporto di valutazione sulle Agenzie, pubblicato dalla Commissione europea nel 2009. Con riferimento all'EEA, i risultati appaiono eccellenti: oltre il 90% degli obiettivi assegnati risultano raggiunti. La valutazione, tuttavia, è stata fatta intervistando il personale dell'Agenzia, nonché rappresentanti della Commissione europea. È dunque difficile attribuire a questi risultati un valore oggettivo. E ciò conferma la difficoltà di basare la legittimazione solo sugli *output*, soprattutto se non sono chiare le procedure di misurazione dell'efficacia.

L'informazione deve dunque essere indipendente rispetto al governo? Anche a questa domanda possono darsi molteplici risposte. Un punto

⁵⁶ Å. GORNITZKA, U. SVERDRUP, "Who Consults? The Configuration of Expert Groups in the European Union", in *West European Politics*, 31 (4), 2008, 725-750; A. GORNITZKA, U. SVERDRUP, "Access of Experts: Information and EU Decision Making", in *West European Politics*, 34, 1, 2011, 48 ss.

⁵⁷ Cfr. le argomentazioni di G. SALA CHIRI, *Le agenzie per l'ambiente nella comparazione giuridica*, cit., 14 ss.

fermo, però, dovrebbe essere quello di evitare di ammantare le scelte politiche di “regolazione del rischio” con il canone della scientificità e della obiettività, utilizzando lo schermo delle Agenzie informative. Come si è detto più volte, l’EEA deve informare sia i *policy-maker*, sia i cittadini. Con riferimento alla prima categoria, ed in particolare alla DG Environment, le informazioni fornite dall’Agenzia possono essere un utile supporto se non addirittura il fondamento delle politiche comunitarie in materia ambientale. Tuttavia, come si è dimostrato, l’informazione fornita dall’Agenzia non dà obiettive garanzie né di scientificità, né di indipendenza. Non sembra dunque reggere la sottile distinzione tra “valutazione del rischio” (*risk assessment*) e “gestione del rischio” (*risk management*), che punterebbe a distinguere l’attività oggettiva di raccolta di informazioni da quella politica dell’assunzione delle scelte basate sulle informazioni.

Analogo discorso vale con riguardo alle informazioni fornite direttamente al pubblico. Anzi, in questo caso la possibile distorsione appare ancora più grave, dal momento che il possibile effetto “regolatorio” ha come destinatari i cittadini, cioè soggetti in una condizione di asimmetria informativa non comparabile con quella degli *stakeholder* dell’Agenzia.

Quando il flusso informativo va dall’Agenzia agli *stakeholder*, dunque, il rischio è che l’informazione sia fornita e utilizzata strumentalmente agli obiettivi da raggiungere, o – per contro – che sia distorta da convincimenti “prospettivi” interni all’Agenzia. Un esempio interessante, riportato nel Rapporto di valutazione 2009 della Commissione, riguarda i *bio-fuels*: alcuni *stakeholder*, infatti, hanno ritenuto l’approccio dell’Agenzia eccessivamente politicizzato, e cioè pregiudizialmente contrario ai *bio-fuels*, diversamente dall’impostazione della Commissione europea⁵⁸.

⁵⁸ Cfr. la *Opinion of the EEA scientific committee on the environmental impacts of biofuel utilisation in the EU*, 20-03-2008, reperibile su www.eea.europa.eu. Cfr. anche European Commission, Evaluation of the EU decentralised agencies in 2009, cit., 84: «EEA is perceived by some stakeholders as being slightly “politicizing” and seen as working from the presumption that biofuels are a “bad thing”, rather than basing their judgement purely on science».

Quando, invece, il flusso informativo va dall'Agenzia ai cittadini, il rischio – elevato – è la trasmissione di informazioni “elaborate” da soggetti legati al potere esecutivo, senza requisiti particolari, senza l'utilizzo di protocolli particolari, pur tuttavia ammantati dell'aura di soggetti tecnici, operanti in un'Agenzia indipendente. Le informazioni “elaborate”, dunque, divengono fatalmente informazioni “manipolate”, vuoi nell'interesse degli esecutivi, vuoi negli interessi specifici e “scientifici” dei componenti dell'Agenzia e della rete.

Alla luce dell'analisi sin qui condotta, risulta che il limite principale del “sistema EEA” sia l'eccessiva fluidità procedimentale, cioè l'eccessiva informalità dei processi decisionali. Ciò rileva sia nei rapporti tra il “sistema EEA” e l'esterno, sia all'interno del medesimo sistema.

Con riferimento al primo profilo, non è chiaro quale sia il ruolo dell'EEA nella fase ascendente⁵⁹. Come, cioè, l'EEA interviene nella predisposizione della normativa comunitaria in materia ambientale? La risposta è che, a differenza di altre Agenzie (ad esempio dell'EFSA), non vi sono ruoli svolti dall'EEA all'interno di procedimenti regolamentari formali⁶⁰. È allora da chiedersi come vengano utilizzate le informazioni rese dall'Agenzia e come queste debbano essere tenute in considerazione o almeno valutate espressamente da parte della Commissione.

Ancora più nebuloso è il ruolo dell'EEA nella fase discendente⁶¹. Questo, in parte, è giustificato dall'assenza di specifici compiti in tal senso nel regolamento istitutivo. È tuttavia chiaro che le informazioni fornite dall'EEA sono anche significative dell'attuazione delle politiche pregresse e, quindi, può svolgere un ruolo di supporto alla Commissione nella fase di *enforcement* della normativa ambientale comunitaria, peraltro non formalizzato né procedimentalizzato.

⁵⁹ Cfr. E. CHITI, *Le agenzie europee*, cit., 252.

⁶⁰ Nonostante l'EEA e il sistema di informazione ambientale costituiscano, a livello europeo, «l'amministrazione più elaborata», come scrive E. CHITI, *Le agenzie europee*, cit., 274.

⁶¹ Cfr., ancora, E. CHITI, *Le agenzie europee*, cit., 252.

Con riferimento al secondo profilo, cioè ai procedimenti decisionali interni al “sistema EEA”, risulta assai difficile comprendere come l’EEA coordini la rete EIONET. Lo strumento utilizzato è quello dei programmi di lavoro, annuali o pluriennali. La dottrina ha correttamente notato che si tratta di regole di condotta non vincolanti, come tali rientranti «a pieno titolo nella categoria di atti di *soft law*»⁶². Rovesciando la prospettiva, però, si deve dire che l’EEA non può entrare all’interno dei membri della rete EIONET. Ogni componente, infatti, seguirà le procedure sue proprie, che sono quelle previste dalle rispettive normative interne.

Il principale limite del “sistema EEA”, pertanto, sembra essere l’assenza di procedure formalizzate per i percorsi decisionali⁶³. Nel 2005 l’Agenzia ha introdotto regole formali per l’invio di richieste da parte degli *stakeholder*⁶⁴. Tale intervento, tuttavia, è stato giustificato solo escludendo che nella raccolta delle informazioni si nasconda anche una parte di *risk management*, cioè una componente di scelta, e dunque politica, che deve trovare più verificabili forme di *legitimacy*.

⁶² Così E. CHITI, *Le agenzie europee*, cit., 281. Sulla *soft law* cfr., per un inquadramento generale dei problemi e delle prospettive, E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, CEDAM, Padova, 2008. Con particolare riferimento all’ordinamento comunitario A. POGGI, “Soft law nell’ordinamento comunitario”, in *L’integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali* [atti del XX Convegno annuale dell’AIC, Catania, 14-15 ottobre 2005], CEDAM, Padova, 2007, 369 ss.; e L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Oxford, 2004.

⁶³ Cfr. European Commission, *Evaluation of the EU decentralised agencies in 2009*, cit., 83.

⁶⁴ Non sembra, infatti, pienamente soddisfacente, né il regolamento procedurale del Comitato scientifico (European Environment Agency – Rules Of Procedure Of The Scientific Committee, reperibile su eea.europa.eu), né quello del Consiglio di amministrazione (European Environment Agency Rules Of Procedure Of The Management Board And The Bureau, reperibile su <http://eea.europa.eu>).

Il ruolo delle Agenzie nella regolazione del settore energetico

Laura Ammannati^{*}

Summary. In this article, the Author highlights the main goals of the process of EU energy liberalization resulted in the 'third energy package': strengthening regulatory convergence and harmonizing practices among member states; enhancing cross-border cooperation. In this light the creation of ACER (Agency for the Cooperation of Energy Regulators) aims at improving regulation at European level through a new cooperation pattern among national regulators. Therefore, on one side, ACER represents a 'developed form' of 'cooperative' regulation based on the evolution of the European 'networks'. However, from the point of view of the changes of the 'agency' model, ACER shows some original features. Its construction as 'network agency' and its position within the system of energy governance qualified by an unquestionable independence from the national governments and the Commission are the most remarkable differences.

Moreover in the paper the author aims at analyzing whether the current re-framing of the energy governance will achieve the main goals of the 'third package'. The formalization of the network ERGEG within ACER is a result of the need of the Commission to gather technical expertise. Hence, ACER could function as the principal player in the system. Nonetheless, at the same time, ACER represents a linkage between the Commission and national regulators, that could be brought within the sphere of influence of the Commission. Some scholars have suggested that the final result could be a complete 'europeanisation' of

^{*} Università degli Studi di Milano

energy policy. In the conclusions, the A. brings forward some arguments that dispute this claim.

1. Il contesto e gli antefatti

La creazione dell'Agenzia per la Cooperazione tra i Regolatori dell'Energia (ACER) può essere letta almeno da tre diverse angolature. La prima riguarda gli specifici obiettivi della regolazione settoriale dell'energia come il perseguimento di un più elevato grado di convergenza e di armonizzazione nella prospettiva di un efficiente mercato interno. Un'altra si riconnette alla ridefinizione della *governance* amministrativa dell'energia, quindi alla evoluzione delle forme di cooperazione costruite attraverso l'esperienza dei *fora* e dei *network* (da ultimo, l'ERGEG)¹. Un'altra ancora è quella che considera l'ACER nel quadro delle trasformazioni che interessano il modello delle "agenzie".

Se consideriamo in prima battuta proprio gli aspetti relativi alla *governance* del settore dell'energia, dobbiamo ricordare come questi si inseriscono nel più generale contesto di evoluzione della integrazione amministrativa europea.

E' noto come, a partire dall'Atto Unico Europeo e dalla conseguente espansione delle competenze comunitarie, si sia affermato un diverso modello di esercizio delle funzioni cioè quello della cosiddetta "coammi-

¹ Il "*Forum di Firenze*" per l'energia elettrica era stato creato per consenso delle autorità nazionali, in particolare di Italia e Portogallo, nel 1998 e ad esso partecipavano non solo i regolatori e la Commissione, ma anche operatori di mercato e loro associazioni. Il "*Forum di Madrid*" per il gas è stato costituito nel 1999 sempre per consenso delle autorità e tra i partecipanti erano previsti anche rappresentanti dei governi e dei consumatori. Il CEER (*Counsel of European Energy Regulators*) è istituito per iniziativa dei regolatori nazionali nel 2000. Nel 2003 la Commissione di fatto istituzionalizza questo modello e con la decisione dell'11 novembre 2003 istituisce l'ERGEG (*European Regulatory Group Electricity and Gas*) composto dai presidenti delle autorità nazionali e da un rappresentante della Commissione.

nistrazione². Comunque, nel tempo, ed in particolare nel decennio successivo, sono emerse figure più complesse di collaborazione tra amministrazioni nazionali e tra queste e l'amministrazione comunitaria, ed in particolare quella definita della "integrazione decentrata". Qui l'allocatione delle competenze relative all'esecuzione di politiche comunitarie coinvolge una pluralità di soggetti nazionali, sovranazionali e, talvolta, anche a composizione mista, messi in relazione grazie a una serie di strumenti di raccordo. Questo modello, in alcuni settori, ha previsto anche la costituzione di una "agenzia europea", con ruolo e vocazioni diverse, che peraltro non rappresentava una vera e propria novità tra le figure organizzative comunitarie³.

In alcuni casi il livello di complessità del modello di integrazione è stato accresciuto dalla presenza di una nuova figura, quella della 'rete'. La rete ha avuto, almeno in un primo momento, il prevalente obiettivo di acquisire e/o produrre informazione anche in ambiti altamente specializzati e caratterizzati da elevati livelli di rischio⁴.

Inoltre, in particolare nelle aree dove l'evoluzione del diritto comunitario aveva portato alla creazione di 'regolatori' nazionali, nel decennio appena trascorso sono emerse figure finalizzate a coordinare le attività dei

² Sul punto, si rinvia in primo luogo a C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Cedam, Padova, 1993, p. 178 ss.

³ Si rinvia, tra l'altro, a E. CHITI – C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Il Mulino, Bologna, 2003, p.72 ss.; e in particolare sulla nascita del modello delle Agenzie, E. CHITI, "The Emergence of a Community Administration: the Case of European Agencies", in *CML Rev.*, vol. 37, 2000, pp. 309-343. Infine una sintetica ricostruzione della evoluzione in L. MUSSELLI, "La partecipazione delle Agenzie al procedimento decisionale", in questo vol.

⁴ Il riferimento è in particolare all'Agenzia europea dell'ambiente e all'Agenzia europea per i farmaci (EMEA, ora EMA). Nella letteratura italiana, v. di recente M. C. ALBERTON, "Il ruolo e il funzionamento delle agenzie e delle reti ambientali in Europa", e A. SPINA, "La regolazione europea delle biotecnologie attraverso reti", in L. AMMANNATI – P. BILANCIA, *Governance dell'economia e integrazione europea*, vol. II: *Governance multilivello regolazione e reti*, Giuffrè, Milano, p. 259 ss. e 279 ss.. Sulle Agenzie dell'ambiente, v. L. CUOCOLO, "Le Agenzie per l'ambiente, tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali", in questo vol.

diversi soggetti attraverso un regolare scambio di informazioni inizialmente in forma quasi spontanea. Mi riferisco, tra l'altro, ai *Fora* di Firenze e Madrid per l'energia oppure nelle telecomunicazioni al Gruppo dei Regolatori Indipendenti, l'IRG. In entrambi questi casi, come in altri⁵, il legislatore comunitario ha messo a punto il disegno di una integrazione strutturale e funzionale delle autorità nazionali di settore proprio nell'ottica di ridurre il “*regulatory gap*” cioè la persistente disomogenea applicazione da parte degli stati membri. Infatti i regolatori nazionali hanno sempre conservato un buon tasso di discrezionalità riguardo l'interpretazione delle norme comunitarie e la loro attuazione a livello regolatorio. L'emersione, nel diritto comunitario⁶, del *network* come nuova figura di cooperazione tra autorità nazionali e tra queste e la Commissione ha influenzato e posto alcuni vincoli agli stati in relazione alla scelta degli assetti organizzativi puntando verso una crescente omogeneità degli stessi regolatori⁷.

⁵ Sui settori di energia e telecomunicazioni, v. F. DI PORTO, “Il coordinamento tra autorità di regolazione nella governance dell'energia e delle comunicazioni elettroniche a livello comunitario: spunti da una comparazione”, in L. AMMANNATI – P. BILANCIA, *Governance multilivello regolazione e reti*, cit., p. 237 ss.

⁶ Oltre alla rete ERGEG già ricordata, il Reg. 1/2003 che ridefinisce il quadro degli organismi di applicazione del diritto comunitario della concorrenza prevede l'istituzione di una rete delle autorità garanti (ECN) costituita concretamente con la Comunicazione della Commissione 101/04 del 27 aprile 2004. Riguardo la regolazione dei mercati finanziari, in base alla “procedura Lamfalussy”, al livello 3 è stata istituita una rete dei regolatori nazionali, il CESR (*Committee of European Securities Regulators*) con la decisione della Commissione 2001/527/CE infine sostituita dalla dec. 2009/176/CE. Per le telecomunicazioni l'evoluzione dell'IRG (*Independent Regulatory Group*) è stata rappresentata dall'ERG (*European Regulatory Group for electronic communications networks and service*) con la decisione della Commissione 627/2002/EC.

⁷ La letteratura sul tema dei *network* è particolarmente ampia. Per quanto riguarda gli aspetti cui si fa riferimento qui rinvio in particolare a D. COEN – M. THATCHER, “Network Governance and Multi-Level Delegation: European Networks of Regulatory Agencies”, in *Jnl Publ. Pol.*, Vol. 28,1, 2008, pp. 49-71; e S. LAVRIJSEN – L. HANCHER, “Networks on Track; From European Regulatory Networks to European Regulatory Network Agencies”, in *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 34, 1, 2008, pp. 23-55. Nella letteratura Italiana v. di recente A. CANEPA, *Reti europee in cammino. Regolazione dell'economia infor-*

Se invece, come abbiamo detto all'inizio, consideriamo il tema dal punto di vista della regolazione dell'energia, l'elemento cruciale è rappresentato dal completamento del mercato interno. Infatti, trascorso ormai più di un decennio dalle prime direttive di liberalizzazione per elettricità e gas, la costruzione di un mercato, in particolare di un mercato *retail*, integrato a livello europeo e realmente concorrenziale, è ancora un progetto in divenire. L'indagine sul settore energetico condotta nel 2007 ha chiaramente mostrato che i mercati sono ancora caratterizzati da un elevato tasso di integrazione verticale e orizzontale, ma anche che esiste una ampia differenziazione riguardo il loro disegno tra gli stati membri⁸. Questo si ripercuote negativamente sull'integrazione del mercato unico⁹.

Di conseguenza l'aspetto chiave per una accelerazione della trasformazione in questa direzione resta quello dell'interconnessione e del sistema degli scambi transfrontalieri. In effetti, come alcuni commentatori hanno riconosciuto, l'assenza di una chiara base giuridica per la politica energetica nei Trattati non ha facilitato la creazione di un regolatore di livello europeo o l'attribuzione alla stessa Commissione europea di poteri rilevanti in questi ambiti¹⁰.

mazione e tutela dei privati, Jovene, Napoli, 2010; in precedenza su alcune delle reti settoriali, v. S. CASSESE, "Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni", in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, pp. 689-691; e mi permetto di rinviare a L. AMMANNATI, "La regolazione "cooperativa" del mercato interno dell'energia e l'organizzazione comune tra i regolatori europei dell'energia elettrica e del gas", in L. AMMANNATI, *Monopolio e regolazione pro concorrenziale nella disciplina dell'energia*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 363-384.

⁸ Sulla rilevanza di una attenta considerazione del disegno dei mercati negli stati membri e con riguardo al mercato interno europeo, v. J-M. GLACHANT - F. LEVEQUE, "The electricity internal market in the European Union; what to do next?", in J-M. GLACHANT - F. LEVEQUE (EDS), *Electricity Reform in Europe: Towards a Single Energy Market*, E. Elgar, Cheltenham, 2009, p. 4 ss.

⁹ DG Competition, *Report on Energy Sector Inquiry*, SEC (2006) 1724 final del 10 gennaio 2007.

¹⁰ L. HANCHER - A. DE HAUTECLOCQUE, "Manufacturing the EU Energy Markets: the Current Dynamics of Regulatory Practice", in Tilburg University, *TILEC Discussion Paper*, January 2010 (<http://ssrn.com/abstract=1539901>).

Diversamente, il Trattato di Lisbona [art. 194 TFUE] introduce una disciplina della politica energetica europea. Tuttavia se, per un verso, riconosce una serie di obiettivi che, per essere raggiunti, necessitano di una effettiva integrazione del mercato, per un altro, sembra rafforzare i diritti degli stati membri a definire autonomamente aspetti cruciali come quello della sicurezza degli approvvigionamenti¹¹. Questo elemento può minare in modo rilevante i fondamenti di una politica energetica comune in area europea.

In sintesi, un obiettivo chiave del cosiddetto “terzo pacchetto”¹² è rappresentato dal rafforzamento della cooperazione tra regolatori nazionali come anche tra operatori dei sistemi di trasmissione. Considerando, qui, esclusivamente il primo aspetto, la costruzione dell’ACER esprime il tentativo di rafforzare e rendere più efficace la regolazione a livello europeo attraverso una nuova forma di cooperazione tra regolatori nazionali¹³.

¹¹ L’art. 194, 1 afferma che “Nel quadro dell’instaurazione o del funzionamento del mercato interno e tenendo conto dell’esigenza di preservare e migliorare l’ambiente, la politica dell’Unione nel settore dell’energia è intesa, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, a: a) garantire il funzionamento del mercato dell’energia, b) garantire la sicurezza dell’approvvigionamento energetico nell’Unione, c) promuovere il risparmio energetico, l’efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili, d) promuovere l’interconnessione delle reti energetiche”.

Il c. 2 sostiene poi che “Fatte salve le altre disposizioni dei trattati, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure necessarie per conseguire gli obiettivi di cui al pf 1. Tali misure sono adottate previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni. Esse non incidono sul diritto di uno Stato membro di determinare le condizioni di utilizzo delle sue fonti energetiche, la scelta tra varie fonti energetiche e la struttura generale del suo approvvigionamento energetico...”.

¹² Il “terzo pacchetto energia” è composto da 2 Direttive (2009/72/EC per l’energia elettrica e 2009/73/EC per il gas), da 2 regolamenti (CE) n. 714/2009 e 715/2009 rispettivamente per energia elettrica e gas e infine da un regolamento (CE) 713/2009, che istituisce l’Agenzia per la Cooperazione tra i Regolatori dell’Energia (ACER).

¹³ Su questi temi si rinvia tra l’altro alla *Relazione* che accompagna la *Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che istituisce una*

2. Il percorso dalla 'rete' all' 'agenzia-rete'

Dal quadro appena delineato, è evidente come le due figure organizzative di riferimento per il nuovo soggetto europeo di regolazione dell'energia, quella del *network* e quella dell'Agenzia, si collochino nella generale evoluzione dei modelli di integrazione amministrativa a livello comunitario.

Tuttavia gli elementi di continuità non debbono farci sottovalutare gli importanti aspetti di discontinuità con i modelli di riferimento ed in particolare con quello delle Agenzie europee.

Infatti, per un verso l'ACER si presenta come una "forma evoluta" della regolazione "cooperativa", che ha interessato alcuni dei servizi a rete, e quindi si inserisce in un percorso di sviluppo dei *network*. Per contro, se considerata dal punto di vista delle trasformazioni del modello delle Agenzie, essa presenta caratteri di indubbia originalità. Le differenze più evidenti riguardano la struttura, e cioè la sua costruzione come "*network agency*" o, altrimenti detto, come "*networked agency*", e la sua posizione nel nuovo sistema di *governance* dell'energia caratterizzata da una chiara indipendenza rispetto al livello politico nazionale e alla Commissione.

Nell'*Explanatory memorandum* che introduceva la proposta della Commissione europea riguardo il "terzo pacchetto energia" e nella proposta di regolamento per la costituzione dell'Agenzia questa veniva definita come un meccanismo indipendente per la cooperazione degli organismi di regolazione nazionali, evidenziandone la continuità rispetto all'opzione "ERGEG +" introdotta dalla Commissione nel documento del 2007 su "Una politica energetica per l'Europa"¹⁴.

Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia, presentata dalla Commissione, Bruxelles, 19.9.2007 (COM(2007) 530 def).

¹⁴ *Una politica energetica per l'Europa*, Comunicazione della Commissione al Consiglio europeo e al Parlamento (COM(2007) 1 del 10 gennaio 2007).

L'oggetto cruciale di questa necessaria cooperazione rafforzata è rappresentato, come abbiamo detto poco sopra, dal sistema degli scambi transfrontalieri. Infatti la stessa Commissione rilevava che, nonostante il pur considerevole sviluppo del mercato interno, non era stato superato il *gap* regolatorio relativo alle reti transfrontaliere.

Nel tempo la rimozione degli ostacoli connessi all'interscambio tra i mercati nazionali era stato un obiettivo importante di forme di auto-regolazione come i 'fora' di Firenze e di Madrid che si proponevano di rafforzare la cooperazione tra tutti gli *stakeholders* del settore energetico.

Successivamente lo stesso gruppo dei regolatori istituzionalizzato dalla Commissione, il Gruppo dei regolatori europei dell'energia elettrica e gas (ERGEG), si è confrontato con questo problema. Tuttavia non è riuscito pienamente a sviluppare standard ed approcci condivisi necessari per una effettiva realizzazione di scambi commerciali *cross-border* e per lo sviluppo di mercati regionali nell'ottica di consolidare un effettivo mercato interno dell'energia.

Le difficoltà operative dell'ERGEG hanno avuto origine anche dalla sua struttura organizzativa fondata sull'accordo di 27 regolatori e su quello conseguente di oltre 30 Gestori dei sistemi di trasmissione. In effetti il processo di "convergenza graduale" ha avuto come esito la definizione di una serie di codici di rete (*grid codes*) a carattere non vincolante con la chiara conseguenza che le regole tecniche (codici di trasmissione e dispacciamento) utilizzate dagli operatori elettrici differiscono in modo significativo tra i vari stati membri e, talvolta, all'interno di uno stesso stato. La possibilità di integrare i mercati energetici all'interno dell'UE presuppone, dapprima, una convergenza e, successivamente, una armonizzazione di questi codici.

Nonostante questa prima e faticosa fase di liberalizzazione del mercato dell'energia, il blocco degli scambi transfrontalieri non ha consentito di raggiungere un livello significativo di concorrenza. Appariva quindi inevi-

tabile cercare uno strumento per favorire un definitivo processo di effettiva convergenza e armonizzazione.

Peraltro la complessità della regolazione energetica e l'elevato grado di *expertise* necessaria portava la Commissione a ritenere che solo un organismo di diretta emanazione dei regolatori nazionali, ritenuti i migliori depositari di tali caratteristiche, sarebbe stato in grado di catalizzare tutte le risorse necessarie a perseguire questi obiettivi. Ed inoltre, proprio in quest'ottica, si doveva puntare sui caratteri di indipendenza e terzietà rispetto alla Commissione e ai governi degli stati membri.

Il progetto di creare una rete più "potente" di regolatori nazionali dell'energia trovava un modello di riferimento già in essere rappresentato dalle rete delle autorità di tutela della concorrenza (ECN). Tuttavia la sua trasposizione nel settore dell'energia avrebbe richiesto l'attribuzione di poteri autonomi alla Commissione in quanto, allo stato attuale, dispone di tali poteri solo per quanto riguarda le norme sulla concorrenza. Anche il modello del sistema delle banche centrali europee avrebbe potuto essere applicato ma al tempo mancava una qualsiasi base giuridica nei Trattati.

Quindi, accanto al progetto di fare delle autorità di regolazione nazionali dei regolatori 'forti', nella architettura della *governance* dell'energia vengono delineati i contorni di un nuovo organismo che, per un verso, si rifà all'esperienza delle Agenzie e, per un altro, assume come elemento centrale della propria struttura organizzativa la rete dei regolatori nazionali.

Allora, in sintesi, potremmo affermare che, dal punto di vista strettamente organizzativo, l'ACER si presenta come un ibrido nato da una evoluzione del modello dell'agenzia europea e da una ridefinizione delle capacità di intervento del *network*.

In questo quadro non possiamo trascurare un altro elemento di rilievo, e cioè che l'attività dei *network* non si manifestava in via di principio in decisioni a carattere vincolante. Tuttavia, in alcuni casi, tale attività poteva indirettamente avere effetti giuridici e influire sulla estensione della

sfera giuridica degli *stakeholders*. In effetti, a seconda del tipo di competenza esercitata dalla rete, può non essere trascurabile il grado di influenza che è esercitato sui soggetti del mercato regolato sia attraverso le autorità nazionali che attraverso la Commissione.

Le reti europee hanno, in linea generale, un importante ruolo consultivo nei confronti della Commissione che può adottare il parere (non vincolante) espresso dalla rete utilizzandolo come base dei propri atti regolatori. Oppure il parere può essere introdotto in una 'procedura di comitologia' e, a seguito dell'approvazione da parte del corrispondente Comitato, può essere incorporato in decisioni vincolanti¹⁵. Inoltre effetti giuridici possono derivare anche dall'utilizzo diretto o indiretto delle posizioni espresse dalle reti all'interno delle decisioni dei regolatori nazionali (anche se non esiste alcun vincolo per questi di adeguarsi alla regolazione comunitaria).

Il punto che la regolazione non vincolante formulata dalla rete abbia la possibilità, anche se indirettamente, di modificare o limitare la sfera giuridica dei soggetti operanti sul mercato porta in primo piano la questione della responsabilità intesa come obbligo di dare conto delle azioni compiute (la cosiddetta *accountability*).

Riguardo il profilo di quella che può essere definita come responsabilità politica sembra ormai opinione ampiamente acquisita nella letteratura che il *deficit* di legittimazione democratica possa essere superato at-

¹⁵ V. l'esempio (riportato in S. LAVRIJSSSEN – L. HANCHER, "European Regulators in the Network Sectors: Revolution or Evolution?", in Tilburg University, *TILEC Discussion Paper*, June 2008, p. 9) di un parere ERGEG relativo ad un emendamento alle *guidelines* per la gestione delle congestioni. Su richiesta della Commissione e dopo una ampia consultazione con gli *stakeholders*, ERGEG pubblicò ufficialmente il parere nel 2005. La Commissione fece proprie le raccomandazioni dell'ERGEG e sottopose la proposta alla procedura di comitologia chiedendo il parere del Comitato che approvò la proposta all'unanimità. Le *guidelines* furono allora inviate al Parlamento che non sollevò obiezioni e quindi la Commissione da allora ha potuto adottare le *guidelines* (decisione 2006/770/CE del 9.11.2006 che emendava il Reg. 1228/2003).

traverso forme nuove di legittimazione “procedurale” e di ampia trasparenza¹⁶.

Più complessa appare, invece, come abbiamo appena visto, la questione della “*legal accountability*” perché collegata al riconoscimento e alla tutela dei diritti dei soggetti interessati dalle attività delle reti¹⁷.

La scelta di collocare la rete nell’ ‘involucro’ formale dell’agenzia sembra rispondere anche alla necessità di rendere giustiziabili gli atti e di rafforzare la tutela dei diritti soprattutto in quanto il nuovo organismo doveva avere il potere di adottare decisioni individuali (di regolazione tecnica) vincolanti nei confronti di terzi.

Sul versante della responsabilità politica, da intendere come controllo *ex post* da parte delle istituzioni europee, in futuro il punto veramente cruciale sarà quello del bilanciamento tra indipendenza e responsabili-

¹⁶ In particolare, v. M. BOVENS, “Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework”, in *European Law Journal*, vol. 13, n. 4, 2007, pp. 447-468; sulla formazione di forme di legittimazione “procedurale”, v. M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 154 ss.

¹⁷ Sulla mancanza di chiarezza sugli effetti giuridici della attività delle reti e sul fatto che il tema della tutela nei confronti dei loro atti sia posizionato in una zona grigia (v. anche il fatto che gli atti delle reti non soddisfano le condizioni di ammissibilità dei ricorsi alla Corte di Giustizia europea come definiti dall’art. 263 TFUE), v. tra l’altro P. LAROUCHE – M. DE VISSER, “Key Institutional Issues and Possible Scenario’s for the Review of Electronic Communications Network”, TILEC Discussion Paper 2005-032; S. LAVRIJSEN – L. HANCHER, “Networks on Track, cit.; C. HARLOW – R. RAWLINGS, “Promoting Accountability in Multilevel Governance: A Network approach”, in *European Law J.*, 2007, 4, pp. 542-562; Y. PAPADOPOULOS, “Problems of Democratic Accountability in Network and Multilevel Governance”, in *European Law J.*, vol. 13, 4, 2007, pp. 469-486.

Sul fatto che il controllo non dovrebbe essere limitato alla sola misura finale assunta da una istituzione ma dovrebbe essere esteso anche alla attività della rete stessa laddove abbia un ruolo determinante nel definire il contenuto della decisione assunta dal soggetto titolare di tale potere, v. A. CANEPA, *Reti europee in cammino*, cit., p. 247 ss.

tà, laddove alcune forme di controllo anche indiretto possono minare l'indipendenza dell'Agenzia¹⁸.

3. Il 'modello' ACER: rivoluzione o evoluzione?

3.1 La configurazione dell'Agenzia

Considerata dal punto di vista dei suoi compiti e attribuzioni l'ACER si colloca nel tradizionale quadro comunitario delle Agenzie di regolazione¹⁹. Nondimeno presenta alcune caratteristiche innovative. Certamente questo modello non appare, fin da una prima osservazione, rivoluzionario. Tuttavia non si presenta neppure come un banale rimaneggiamento del disegno tradizionale.

¹⁸ Sul punto v. D. CURTIN, "Delegation to EU non – majoritarian Agencies and Emerging Practices of Public Accountability", in D. Geradin, *Regulation through Agencies: a New Paradigm of European Governance*, E. Elgar, Cheltenham, 2005, p.88 ss; inoltre M. BUSUOC, "Accountability, Control and Independence. The Case of European Agencies", in *European Law J.*, vol. 15, 2009, p. 599 ss.

¹⁹ L'inquadramento delle Agenzie di regolazione appare chiaramente fin dalla comunicazione della Commissione del 2002 [COM(2002) 718 del 11 dicembre 2002 : "Inquadramento delle agenzie europee di regolazione"] che sviluppa il progetto del "libro bianco sulla governance europea" [COM(2001) 428 del 25 luglio 2001] dove il ricorso a queste Agenzie era considerato uno strumento per migliorare l'attuazione delle politiche e della normativa europea. Qui sono definite come organismi che partecipano effettivamente all'esercizio della funzione esecutiva differenziandole così dalle Agenzie esecutive incaricate di svolgere compiti di mera gestione. Gli ambiti principali di attività sono quelli riconducibili ad un ruolo consultivo e preparatorio anche se è prevista la possibilità di riconoscere poteri decisionali propri ma non a carattere normativo e discrezionale o di regolazione generale (il riferimento è ai vincoli posti dalla c.d. "dottrina Meroni"). Il progetto di dare un inquadramento omogeneo a questo tipo di Agenzie aveva portato alla elaborazione da parte della Commissione di un "Progetto di accordo interistituzionale relativo all'inquadramento delle Agenzie europee di regolazione" [COM(2005)59 del 25 febbraio 2005] in quanto se ne lamentava l'incerta natura e l'eccessiva differenziazione. A seguito del mancato successo di questo progetto la Commissione ha elaborato un documento forse meno ambizioso ma che ritorna sul tema di un approccio comune delle istituzioni comunitarie riguardo le Agenzie di regolazione [COM(2008)323 del 11 marzo 2008 : "European Agencies – The way forward"].

Possiamo considerare ora più in dettaglio alcuni aspetti che meglio di altri caratterizzano l'agenzia del settore energetico.

Innanzitutto, l'indipendenza politica dell'Agenzia (sul punto torneremo più in dettaglio nel pf. successivo). Questa si riflette su quella dei regolatori nazionali e ne impone il rafforzamento. Quindi, anche se unicamente da questo punto di vista, l'Agenzia è avvicinata al modello delle autorità indipendenti.

In secondo luogo, la rimodulazione della rete come "*network agency*", in quanto 'involucro' che ricomprende in sé la rete dei regolatori nazionali, rappresenta una nuova fase nell'esperienza delle regolazioni settoriali dal momento che dà spazio ad un regolatore comunitario in cui confluiscono le voci degli stessi organismi degli stati membri.

Inoltre, il sistema costruito intorno all'agenzia è strutturato su un diverso disegno di cooperazione e presenta una articolazione organizzativa che potremmo definire '*multi-level*' riguardo l'attribuzione di poteri e responsabilità tra Commissione, agenzia, stati membri e autorità nazionali di regolazione che acquisiscono maggiori competenze nell'applicazione delle norme comunitarie.

E ancora, possiamo evidenziare altre differenze rispetto al modello tradizionale delle Agenzie dal punto di vista dei profili organizzativi. Diversamente da quanto affermato nella proposta di "accordo interistituzionale" del 2005, nel Consiglio di amministrazione, come vedremo meglio, non è prevista la rappresentanza degli stati membri, mentre è stata garantita la partecipazione di membri designati dal parlamento (e non in rappresentanza del) accanto a componenti designati dalla Commissione e dal Consiglio²⁰.

In più, in conseguenza del fatto che l'Agenzia può adottare decisioni individuali, quando previste dalle normative comunitarie, su questioni tecniche che possono incidere sulle situazioni giuridiche dei terzi è stata introdotta una Commissione di appello. Di fronte ad essa tutti i soggetti – privati ed anche i regolatori nazionali – possono presentare ricorso

²⁰ Art. 12,1, reg. (CE) 713/2009.

avverso qualsiasi decisione nei loro confronti oppure che li possa riguardare direttamente anche se indirizzata ad altri. Nei confronti di qualsiasi decisione della Commissione è possibile un successivo ricorso al Tribunale o alla Corte di Giustizia²¹.

3.2 La qualificazione dell'indipendenza

In considerazione del 'deficit di indipendenza' delle Agenzie di più risalente costituzione l'evoluzione della specie aveva condotto parte della dottrina ad auspicare che anche nell'ordinamento europeo si procedesse alla costituzione di vere autorità indipendenti. Le Agenzie di più recente formazione avrebbero dovuto rappresentare almeno un passo in questa direzione.

In realtà, come esplicitamente previsto in numerosi regolamenti istitutivi, quando si fa riferimento all'indipendenza si intende in linea generale l'indipendenza di valutazione scientifica.

Per contro, il carattere di una effettiva indipendenza dal potere politico ha connotato diversi assetti organizzativi a livello europeo. Quello emblematico per definizione è rappresentato dal sistema europeo delle banche centrali (SEBC) coordinato dalla BCE, dove né questa, né le banche centrali nazionali possono richiedere o accettare istruzioni da organi politici di qualsiasi livello²².

Considerando il settore dell'energia, a seguito delle direttive cosiddette di "seconda generazione" che prevedevano la costituzione di autorità o organismi nazionali indipendenti²³, anche la formazione dell'ERGEG presupponeva alcuni indici di indipendenza: la composizione che si faceva forza della natura dei regolatori nazionali (in qualche caso caratterizzati

²¹ Art. 18 del reg. cit. relativo alla Commissione ricorsi e v. anche i successivi artt. 19 e 20 in materia di ricorsi e successive impugnazioni.

²² Sul punto tra l'altro E. MONACI, "Banca centrale europea e sistema europeo delle banche centrali: attori della *governance* comunitaria", in L. AMMANNATI – P. BILANCIA, *Governance multilivello regolazione e reti*, cit., pp.221 – 235.

²³ V. direttive 2003/54/CE (art. 23) per energia elettrica e 2003/55/CE (art. 25) per il gas.

da indipendenza politica] e le modalità di scelta del presidente eletto al proprio interno dai rappresentanti degli stessi regolatori.

Occorre dire che, come espresso chiaramente nelle direttive, in questo caso l'indipendenza si declinava come indipendenza dai regolati, cioè dall'industria, e non tanto dal potere politico. Solo in alcuni casi gli stati membri avevano, in modo del tutto autonomo, costruito il regolatore come soggetto con un certo grado di indipendenza anche rispetto ai governi, come dimostra il caso dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas costituita nel 1995, quindi ancor prima delle direttive citate, in Italia.

In più, riguardo all'ERGEG, non venivano espressamente riconosciuti margini di indipendenza nei confronti della Commissione.

Solo le direttive in materia di energia dell'ultima generazione fanno esplicito riferimento al fatto che gli stati membri debbono garantire che i regolatori nazionali, oltre ad essere indipendenti dagli interessi presenti nei mercati regolati, non siano destinatari di alcun tipo di istruzioni o indicazioni provenienti dai governi o da altri organi politici²⁴.

Questo ovviamente non esclude, da un lato, che le linee di politica generale del settore energetico siano definite dai governi a patto che non interferiscano con gli specifici poteri di regolazione e, dall'altro, che siano previste forme di sindacato giurisdizionale o di controllo parlamentare sugli stessi regolatori²⁵.

In parallelo anche l'indipendenza dell'ACER deve essere garantita non solo nei confronti dei produttori di energia elettrica e di gas, dei gestori dei sistemi di trasmissione e distribuzione pubblici o privati e dei consumatori. Ma i suoi organi di vertice, ed in particolare il Consiglio di amministrazione così come il Comitato dei regolatori debbono agire "in

²⁴ Art. 34, 4 e 5 della dir. energia elettrica e artt. 40 e 41 della dir. gas.

²⁵ Su questo punto, in particolare E. BRUTI LIBERATI, "La regolazione dei mercati energetici tra l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e il governo", in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2009, pp. 435 - 475.

piena autonomia” rispetto agli interessi presenti sul mercato ed evitare conflitti di interesse²⁶.

Quindi è evidente come, rispetto ai modelli di agenzia presenti nel contesto comunitario, con l'ACER sembra realizzarsi una importante trasformazione rivendicandone l'indipendenza non solo nei confronti dei governi nazionali (ugualmente richiesta anche per i regolatori degli stati membri) ma anche della Commissione.

3.3 La *governance* interna

Per quanto riguarda la *governance* interna, l'ACER si adegua in buona parte ai principi contenuti nella proposta di accordo interistituzionale del 2005 ed è basata su quattro diversi organismi, vale a dire il Consiglio di amministrazione, il Direttore, un organo di coordinamento tra autorità nazionali competenti e una Commissione di ricorso.

Comunque, anche dal punto di vista della sua struttura interna, l'Agenzia è espressione di una dualità tra la collocazione ad un livello superiore come ulteriore evoluzione del modello europeo di agenzia e il suo essere una ri-configurazione della rete di cooperazione tra organismi nazionali.

A questo punto possiamo considerare brevemente la tipologia e la struttura degli organi.

Il Consiglio di Amministrazione, composto da 9 membri, di cui 2 designati dalla Commissione, 2 dal Parlamento e 5 dal Consiglio, resta in carica per 4 anni con 1 solo rinnovo. Il presidente è eletto tra i membri designati²⁷. Questo tipo di composizione supera il tradizionale sistema della rappresentanza dei governi nazionali e della Commissione. E' comunque evidente che, anche dopo l'assegnazione di due seggi al Parlamento, questo organo resta sotto l'influenza del Consiglio. E, al pari di altri organi, si caratterizza per il fatto di non “sollecitare né accettare alcuna istruzione politica” e la sua indipendenza sembra rafforzata an-

²⁶ Regolamento (CE) n. 713/2009, cit., considerando 6, 17 e 18.

²⁷ Regolamento (CE) 713/2009, art. 12, 1 e 2.

che dalle modalità della sua designazione²⁸. Tra l'altro il Consiglio di amministrazione nomina il direttore a seguito di parere favorevole espresso dal Comitato dei regolatori. Adotta il programma di lavoro annuale preventivamente approvato dal Comitato dei regolatori così come il programma pluriennale che può anche essere rivisto su iniziativa dello stesso Consiglio²⁹ e infine prepara la relazione annuale sull'attività da inviare alle istituzioni comunitarie. Elabora il bilancio dell'Agenzia che è comunque finanziato sul bilancio europeo ed approvato insieme ad esso³⁰.

Il Comitato dei regolatori è formato dai rappresentanti delle autorità nazionali di regolazione e da un rappresentante della Commissione senza diritto di voto. Delibera a maggioranza di 2/3 dei membri presenti. Come è stato evidenziato poco sopra, il Comitato "agisce in piena autonomia, senza chiedere né accettare istruzioni da parte dei governi degli stati membri, dalla Commissione o da altro soggetto pubblico o privato"³¹. Partecipa a vario titolo alle attività connesse all'esercizio dei poteri di regolazione.

Il Direttore rappresenta il potere esecutivo ed è nominato dal Consiglio di amministrazione su parere del Comitato dei regolatori in base ad un elenco di almeno tre candidati proposto dalla Commissione europea a seguito di un invito pubblico. Anche il Direttore agisce in completa indipendenza nei confronti degli organi politici e adotta gli atti a rilevanza esterna di natura regolatoria come pareri, raccomandazioni o decisioni soltanto in seguito al parere favorevole espresso dal Comitato dei regolatori.

La Commissione dei ricorsi è composta da sei membri selezionati tra soggetti con un'esperienza a vario titolo nel settore della regolazione dell'energia, formalmente nominata dal Consiglio di amministrazione

²⁸ Regolamento (CE) 713/2009, art. 12,7.

²⁹ V. ACER, *2011 Work Programme*, 21 settembre 2010.

³⁰ Regolamento (CE) 713/2009, artt. 13,7 e 21-24.

³¹ Regolamento (CE) 713/2009, art. 14, 5.

ma su proposta della Commissione europea. Le decisioni sono adottate a maggioranza qualificata dei 2/3 dei componenti. Come è stato evidenziato da varie parti, la Commissione ricorsi ha un potere incontrastato in quanto è svincolata da ogni rapporto o intervento degli altri organi dell'Agenzia che può intervenire ma solo a richiesta e con il vincolo di rispettare la decisione della Commissione stessa³². Nei confronti delle sue decisioni può essere presentato ricorso di fronte alle corti europee (Tribunale e Corte di Giustizia) ma, in considerazione della natura e della qualità delle competenze dell'ACER, si può ipotizzare che la Commissione ricorsi rappresenti in futuro l'organismo di riferimento, se non l'unico, deputato a risolvere le controversie.

3.4 Il ruolo dell'Agenzia nella *governance* dell'energia

Come dichiarato espressamente nel regolamento istitutivo, "lo scopo dell'Agenzia è quello di assistere le autorità di regolamentazione [...] nell'esercizio a livello comunitario delle funzioni di regolamentazione svolte negli stati membri e, se necessario, coordina l'azione"³³.

Quindi, in linea generale, i principali obiettivi riguardano la definizione di un contesto funzionale a intensificare la cooperazione tra i regolatori nazionali e a partecipare, su base di reciprocità, all'esercizio di funzioni a livello comunitario, all'integrazione a livello europeo delle attività finalizzate al superamento del gap regolatorio relativo agli scambi *cross-border* e al raggiungimento di un più elevato grado di certezza delle misure regolatorie.

La posizione effettiva dell'Agenzia nel sistema di *governance* dell'energia deve essere valutata alla luce delle sue competenze in rapporto agli altri soggetti coinvolti, cioè in particolare i regolatori nazionali, la Commissione e gli stati membri.

Passando ad esaminare più in dettaglio le competenze dell'Agenzia può essere utile rilevare, fin da subito, che la tipologia prevalente degli atti è

³² Regolamento (CE) 713/2009, artt. 18 e 19, 5.

³³ Regolamento (CE) 713/2009, art. 1,2.

costituita da pareri e raccomandazioni. Le decisioni individuali rappresentano una tipologia residuale. Infatti l'ACER esercita un ruolo consultivo nei confronti dei Gestori dei Sistemi di Trasmissione, delle autorità nazionali, della Commissione e delle altre istituzioni comunitarie ed anche attività di monitoraggio per conto della stessa Commissione.

Pareri e raccomandazioni, oltre a garantire più elevati livelli di coordinamento, possono contribuire alla diffusione di "good practices" e alla attuazione del piano decennale di sviluppo della rete a livello comunitario (non vincolante) e al monitoraggio delle attività affidate alla Rete Europea dei Gestori dei Sistemi di Trasmissione (REGST)³⁴.

Una delle principali aree di attività dell'ACER riguarda il monitoraggio dei gestori dei sistemi di trasmissione e delle forme di cooperazione a livello regionale o comunitario attraverso la struttura rappresentata dalle REGST (energia elettrica e gas). Questi nuovi organismi dovrebbero essere costituiti con l'obiettivo di unificare e istituzionalizzare, attraverso lo strumento della partecipazione obbligatoria, le reti già esistenti di gestori dei sistemi di trasmissione.

In concreto l'Agenzia fornisce alla Commissione un parere su aspetti relativi alla costituzione delle Reti (composizione, progetto di statuto e di regolamento interno)³⁵ così come sul programma di lavoro annuale delle REGST³⁶ e, a richiesta della Commissione, sulla certificazione dei gestori dei sistemi di trasmissione da parte delle autorità nazionali di regolazione³⁷.

³⁴ Le REGST per l'energia elettrica e il gas esistono già in quanto sono state costituite su base volontaria: la prima alla fine del 2008 e la seconda nel settembre 2009.

³⁵ Regolamento [CE] 713/2009, art. 6, 1; Regolamenti [CE] 714 e 715/2009, art. 5.

³⁶ Regolamento [CE] 713/2009 art. 6, 3 b) e 4; Regolamento [CE] 714/2009, art. 8, 2 e 3; Regolamento [CE] 715/2009, art. 9, 2.

³⁷ Art. 3 dei Reg. 714/09 e Reg. 715/2009; v. inoltre le dir. 72/09/CE [art. 10] e 73/09/CE [art.11] dove è disciplinata la procedura di approvazione e di certificazione dei gestori dei sistemi di trasmissione che deve essere notificata alla Commissione che, a sua volta, esprime il suo parere alla competente autorità nazionale che in caso positivo adotta la decisione finale.

Ancora l'Agenzia è competente a fornire un parere sul progetto decennale di sviluppo delle reti che tende a introdurre una visione di lungo termine riguardo un aspetto cruciale come quello delle reti europee e della capacità di interconnessione.

Come si esprime lo stesso regolamento, l'ACER "partecipa allo sviluppo dei codici di rete"³⁸. A questo fine le sue competenze riguardano l'obbligo di sottoporre alla Commissione un 'orientamento quadro' non vincolante che fissi principi chiari e obiettivi per l'elaborazione dei codici di rete³⁹ allo scopo di contribuire alla integrazione del mercato, ad un trattamento non discriminatorio, alla concorrenza effettiva e al funzionamento efficiente del mercato stesso⁴⁰. Entro 12 mesi, le REGST debbono presentare il codice di rete, sul quale l'ACER esprime un parere motivato di conformità agli orientamenti quadro, e può raccomandarne l'adozione da parte della Commissione⁴¹.

³⁸ Regolamento (CE) 713/2009, art. 6, 4.

³⁹ Questo documento di 'orientamento quadro' è elaborato entro un termine di 6 mesi dall'ACER dopo che la Commissione ha definito una serie di priorità annuali da includere nella elaborazione dei codici di rete previa consultazione della stessa Agenzia, della REGST e di altre parti interessate (reg 714/09 e 715/09, art. 6,1 e 2).

⁴⁰ Da rilevare che se la Commissione ritiene inadeguato il documento dell'Agenzia può chiederne un riesame e se questo non viene presentato nel tempo indicato può elaborare essa stessa l'orientamento quadro (Reg. 714/09, art. 6, 4 e 5).

⁴¹ Regolamento (CE) 713/2009, art. 6, 4 (e Reg. 714, 6, 6-9 e Reg. 715/2009, art. 7,1). Nel caso che la REGST non elabori un codice di rete entro il tempo indicato la Commissione può chiedere all'Agenzia di elaborare un progetto o può essa stessa elaborare un progetto dopo aver consultato l'Agenzia (art. 6, 10-11).

Va ricordato peraltro che la Commissione ottiene l'approvazione del codice di rete come atto vincolante attraverso la 'procedura di regolazione' definita dalla decisione del Consiglio (1999/468/CE) sull'esercizio delle competenze di esecuzione della Commissione (la cd "comitologia") che prevedeva che la Commissione fosse assistita da un comitato di rappresentanti degli stati membri. Nel caso della procedura di regolazione (art. 5) la Commissione doveva presentare la proposta al Consiglio solo in caso di disaccordo del comitato. Nel qual caso il parlamento deve essere informato e deve dare un parere al Consiglio che decide a maggioranza qualificata sulla proposta. In ogni caso il

Inoltre all'ACER spetta il compito di monitorare l'attuazione dei codici di rete o dei piani di sviluppo della rete a livello comunitario. In caso di incongruenze, può formulare raccomandazioni ai gestori, alle autorità nazionali e alle istituzioni comunitarie.

A questo punto, ad una prima osservazione, è evidente che sono accresciuti in modo considerevole i poteri della Commissione di adottare misure vincolanti relative a questioni qualificate come *cross-border* quali la definizione di codici di rete transfrontalieri o la certificazione dei gestori dei sistemi di trasmissione, mentre il ruolo dell'ACER in questi ambiti è prevalentemente consultivo.

Una seconda importante area di attività riguarda i rapporti dell'Agenzia con le autorità nazionali di regolazione. Anche in questo contesto le funzioni prevalenti sono consultive e di monitoraggio. In particolare un obiettivo prioritario è rappresentato dalla promozione della cooperazione fra le autorità di regolazione e tra queste e il livello comunitario. In più, se a questo scopo l'Agenzia ritiene necessarie norme vincolanti può presentare le opportune raccomandazioni alla Commissione⁴², così come può formulare raccomandazioni finalizzate ad assistere i regolatori nazionali e gli operatori del mercato nello scambio di buone prassi.

Inoltre, formula pareri alla Commissione oppure ai regolatori nazionali (su loro richiesta) sulla adozione di decisioni vincolanti e sulla conformità di una decisione, presa nell'esercizio dei loro poteri da parte degli stessi regolatori nazionali, con la normativa di riferimento. Attraverso

comitato di comitologia non può modificare la sostanza della proposta e necessita di una maggioranza di 2/3 per rigettarla. Una volta approvati dal comitato, i codici di rete sono allegati alla regolazione.

A seguito del Trattato di Lisbona si è proceduto ad un adeguamento delle competenze delegate (art. 290 TFUE) e di esecuzione della Commissione (art. 291). Per queste ultime il regolamento (Reg. UE n. 182 del 16.2.2011) in vigore dal 1° marzo fa riferimento al 'sistema comitologia', ma il Consiglio non potrà intervenire come istanza di appello. Inoltre in mancanza di una maggioranza qualificata nel Comitato contro o a favore di un progetto di atto della Commissione, questa potrà decidere se adottarlo o riesaminarlo.

⁴² Regolamento (CE) 713/2009, art. 7, 2 e 3. La Commissione può rendere vincolanti queste raccomandazioni attraverso la 'procedura di regolazione'.

questo sistema di *peer-review* può esercitare una pressione informale sulle autorità nazionali in vista di un migliore coordinamento nella applicazione del diritto comunitario. Nel caso in cui il regolatore non si conformi al suo parere, l'Agenzia informa la Commissione e lo stato interessato. Tuttavia non sono previsti meccanismi di *enforcement* vincolanti⁴³.

L'ACER esercita comunque poteri autonomi riguardo l'adozione di decisioni individuali, quindi con interventi sugli operatori di mercato, riguardo questioni tecniche come previsto dal "terzo pacchetto". Decide sulla regolamentazione delle infrastrutture transfrontaliere, riguardo alle condizioni di accesso e di sicurezza operativa, ed in particolare sulle procedure e i tempi di assegnazione delle capacità e la ripartizione delle entrate derivanti dalla congestione. Tale competenza viene esercitata solo su richiesta congiunta delle autorità nazionali di regolazione o in caso di mancato accordo dopo un periodo di sei mesi⁴⁴.

Sempre in rapporto alle autorità nazionali e su specifica richiesta, l'Agenzia può essere consultata riguardo il piano decennale di investimenti dei gestori delle reti di trasmissione in particolare riguardo la coerenza tra questi e il piano di sviluppo della rete a livello comunitario⁴⁵. Inoltre all'Agenzia è stato attribuito anche il potere di decidere in materia di deroghe al principio dell'obbligo di accesso (il c.d. *Third Party Access*) in caso di nuove infrastrutture, sempre a seguito di richiesta congiunta da parte delle autorità nazionali o di mancato accordo tra quelle interessate. Come è stato osservato, l'ACER rappresenta, anche per questo aspetto, un foro ulteriore per la risoluzione delle controversie tra autorità nazionali anche se, all'interno dell'Agenzia, la competen-

⁴³ Regolamento (CE) 713/2009, art. 7, 4-6.

⁴⁴ Regolamento (CE) 713/2009, art. 7,1 e art. 8. Riguardo le situazioni in cui l'Agenzia può decidere le condizioni di accesso alle infrastrutture transfrontaliere e di sicurezza operativa la Commissione può adottare *guidelines* a completamento del regolamento seguendo la 'procedura di regolazione'.

⁴⁵ Art. 22,5, dir. 72 e 73/2009.

za a decidere spetta di fatto allo stesso Comitato dei regolatori⁴⁶. Questa competenza rileva proprio in quanto richiede un bilanciamento tra l'interesse ad assicurare un adeguato livello di concorrenza nel breve periodo e la tutela di un sufficiente livello di investimenti necessario a incrementare la concorrenza nel lungo periodo.

Riguardo le esenzioni, il "terzo pacchetto" ha completamente modificato l'allocazione delle competenze che prima spettavano ad ogni autorità nazionale in rapporto al territorio di propria competenza. Ora gli stati e le relative autorità debbono cooperare e trovare un terreno comune. Comunque, anche quando tutte le autorità abbiano raggiunto una decisione comune, o questa sia stata conseguita all'interno dell'Agenzia, la Commissione può richiedere di modificare o imporre l'annullamento della decisione di concedere l'esenzione⁴⁷.

Dal quadro appena delineato emerge che l'ACER esercita competenze con un limitato tasso di discrezionalità in quanto i suoi poteri decisionali sono riconducibili ad un'area di regolazione tecnica. D'altra parte non dispone di alcun effettivo potere decisionale né nei confronti dei gestori dei sistemi di trasmissione né nei confronti dei regolatori nazionali.

In questa prospettiva, almeno sulla carta, l'ACER non rappresenta una cesura nel quadro regolatorio dell'energia, quanto piuttosto una positiva evoluzione degli obiettivi di cooperazione e integrazione del *network* ERGEG grazie alla istituzionalizzazione e al riconoscimento nella normativa comunitaria di una base legale per le sue attività⁴⁸.

Peraltro il peso effettivo dell'Agenzia non è definibile *ex ante* in quanto dipenderà in gran parte dalle relazioni che si potranno instaurare tra

⁴⁶ L. HANCHER - A. DE HAUTECLOCQUE, "Manufacturing the EU Energy Markets", cit., p. 6.

⁴⁷ V. art. 17 del reg. 714/2009 dove è tra l'altro previsto che la Commissione secondo la 'procedura di regolazione' (comitologia) possa adottare delle *guidelines* relative alla procedura di decisione in materia di esenzioni (punto 9); v. anche l'art. 9 del reg. 713/2009 e l'art. 36, 4 della dir. 2009/73/CE.

⁴⁸ P. Craig, "Shared Administration and Networks: Global and EU Perspectives", in *Legal Research Paper Series*, University of Oxford, n. 6/2009 [<http://ssrn.com/abstract=1333557>].

Agenzia e Commissione. Infatti l'Agenzia partecipa alla definizione di atti rilevanti di regolazione in particolare attraverso la proposizione di *guidelines* non vincolanti alla Commissione anche se su richiesta di questa stessa⁴⁹. Tali atti possono essere classificati come atti di *soft law* che, come noto, non sono vincolanti ma per i quali, in caso di non adeguamento e assenso alle indicazioni, è richiesta una motivazione⁵⁰.

4. L'ACER: futuro modello per le Agenzie o figura peculiare della *governance* dell'energia?

La ricostruzione del sistema dell'energia, delineata nelle pagine precedenti, mostra l'elevata complessità e tecnicità della regolazione in questo settore. L'articolazione delle disposizioni del "terzo pacchetto" ne è prova evidente. Altrettanto complesse risultano le relazioni tra i diversi soggetti soprattutto perché in parte la definizione e l'organizzazione delle procedure è ancora incompleta ed in ogni caso dovranno essere messe alla prova nella pratica.

Cercando, a questo punto, di trarre alcune considerazioni dal quadro delineato, possiamo partire dalla constatazione che l'ACER si trova al centro di una struttura e di un sistema di allocazione di competenze che la pone in rapporto, da una parte, con la Commissione e, dall'altra, con le autorità nazionali di regolazione che, peraltro, sono presenti anche al suo interno.

Consideriamo innanzitutto le relazioni tra l'Agenzia e la Commissione. L'esercizio della funzione di regolazione nel settore dell'energia prevede rilevanti poteri della Commissione che svolge eminentemente un ruolo di regolatore sovranazionale nel senso che essa, qui come altrove, esprime il punto di vista comunitario anche se con i limiti derivati dalle "procedure di comitologia" necessarie all'esercizio dei poteri delegati⁵¹.

⁴⁹ Reg. [CE] 713/2009, art. 6, 4; e art. 6, 2 e 9 dei reg. 714 e 715/2009.

⁵⁰ Sul punto, v. L. MUSSELLI, in questo vol.

⁵¹ Del sistema comunemente noto come 'comitologia' esistono in letteratura interpretazioni diverse. In sintesi, la prima vede in questo meccanismo una sorta di "forum" dove esperti si incontrano e discutono per trovare le soluzioni

La Commissione, almeno sulla carta, è collocata al centro delle diverse procedure di regolazione e dispone in molti casi della possibilità di impartire e far rispettare gli “orientamenti” previsti in applicazione della normativa comunitaria agli altri attori sia di livello comunitario che nazionali. Di fronte a situazioni di mancato adeguamento, in particolare da parte dei regolatori nazionali, la Commissione può imporre perfino la revoca della decisione⁵².

L'ACER, come più volte rilevato, si configura come un soggetto ad alta specializzazione tecnica e i suoi poteri decisionali sono strettamente limitati a decisioni individuali relative ad aspetti di regolazione tecnica, mentre non le sono riconosciuti poteri di regolazione generale.

Su questo punto, seguendo una consolidata tradizione, la letteratura osserva come siano rispettati i criteri della cosiddetta “dottrina Meroni”⁵³, in quanto fondamento delle limitazioni relative alle

migliori o più efficienti per la definizione delle politiche pubbliche. La seconda, invece, descrive la comitologia come un meccanismo imposto dagli stati membri per controllare l'esercizio delle competenze di esecuzione della Commissione. Quindi i comitati forniscono una “arena” per una vasta negoziazione tra governi in merito alle modalità di attuazione del diritto derivato. Su questa contrapposizione, v. di recente J. BLOM-HANSEN – G. J. BRANDSMA, “The EU Comitology System: Intergovernmental Bargaining and Deliberative Supranationalism?”, in *JCMS*, vol. 47, n° 4, 2009, pp. 719-740.

⁵² Art. 39, Dir.2009/72/CE e art. 43 Dir. 2009/73/CE.

⁵³ Il riferimento, come noto, è al caso 9/56, *Merani & Industrie Metallurgiche SpA v High Authority of the European Coal and Steel Community*. Il punto di vista ivi contenuto è stato più volte invocato dalla Commissione per difendere un approccio restrittivo riguardo la delegazione di poteri di poteri discrezionali alle Agenzie indipendenti. Sull'uso dei principi contenuti nel caso Meroni nella definizione delle Agenzie di regolazione, v. da ultimo S. GRILLER – A. ORATOR, “Everything under control? The “way forward” for European Agencies in the footsteps of the Meroni doctrine”, in *Eur. Law Rev.*, 2010, pp. 3-35; e con particolare attenzione all'ACER, v. S. LAVRIJSSEN – L. HANCHER, “Networks on Track”, cit., p. 38. Una diversa lettura riguardo la costituzione delle Agenzie e i poteri ad esse affidati è ipotizzata da E. Chiti che suggerisce la possibilità, in alcuni casi, di ricondurli nell'area dei ‘poteri impliciti’ e, inoltre, rileva come la tradizionale interpretazione del principio dell'equilibrio istituzionale sia stata contestata dalla stessa Corte di Giustizia che ne ha evidenziato i caratteri di staticità (E. CHITI, “An Important part of the EU's Institutional Machinery:

caratteristiche e alle competenze delle Agenzie. Secondo tale orientamento la creazione di uffici con personalità giuridica può trovare una base legale nel Trattato solo per quanto sia necessario a realizzare obiettivi relativi a poteri delle istituzioni comunitarie e che comunque non implicano una delegazione di poteri con rilevanti margini di discrezionalità.

Seguendo questi principi il processo di 'agenzificazione' si è sviluppato nel quadro della "dottrina Meroni"⁵⁴.

Tuttavia, se questo è generalmente considerato il fondamento giuridico per la tipologia di poteri attribuiti all'Agenzia, è stata ipotizzata anche un'altra lettura che considera determinanti, per questo esito, gli interessi propri dei diversi attori protagonisti del sistema di regolazione, con una particolare attenzione alle relazioni tra Commissione, autorità di regolazione nazionali e stati.

Seguendo questa idea, la Commissione, rifacendosi alle raccomandazioni presentate dalla stessa rete, aveva prospettato alcune possibili opzioni per incrementare la convergenza della regolazione. In primo luogo, estendere i propri poteri di controllo nei confronti delle autorità nazionali, oppure creare un regolatore indipendente o, ancora, rafforzare il ruolo e i poteri della rete esistente. Di fronte a tali alternative, le autorità e gli stati nazionali hanno fatto opposizione verso le prime due prevalentemente perché temevano di perdere parte dei loro poteri a favore della Commissione o del regolatore europeo. Nello stesso tempo gli stati membri si opponevano anche al rafforzamento dei poteri e dell'indipendenza delle autorità.

Features, Problems and Perspectives of European Agencies", in *CMLR*, vol. 46, 2009, p. 1422).

⁵⁴ Come espresso nella comunicazione del 2008 la Commissione sostiene la presenza di "chiari e rigorosi limiti riguardo l'attribuzione di poteri autonomi alle Agenzie di regolazione nell'attuale ordinamento giuridico comunitario. Alle Agenzie non può essere riconosciuto il potere di adottare misure di regolazione generale. Esse sono limitate a prendere decisioni individuali in aree specifiche dove sia richiesta una definita *expertise* tecnica".

Soltanto l'ultima alternativa riscuoteva un relativo successo e quindi l'esito è stato quello detto inizialmente dell' "*European network plus*"⁵⁵.

In effetti, se la continuità con la tradizione delle Agenzie di regolazione, pur nella loro eterogeneità, costituisce sicuramente una interessante griglia interpretativa, dobbiamo tuttavia rilevare che nelle proposte sul "pacchetto energia" è mancato ogni riferimento a questo aspetto.

Passiamo adesso a fare qualche considerazione sulle relazioni tra Agenzia e autorità nazionali di regolazione.

Come osservato in precedenza, l'ACER dà voce alle autorità nazionali in quanto rappresenta, almeno in parte, una evoluzione della regolazione cooperativa costruita sul *network*. In questa prospettiva, il modello della *network Agency* evidenzia una nuova fase nell'esperienza delle regolazioni settoriali organizzata su un regolatore comunitario che ingloba in sé gli organismi di regolazione degli stati membri. Allo stesso tempo, la rafforzata qualificazione di indipendenza dell'Agenzia consolida la posizione dei regolatori nazionali e le loro capacità di attuazione delle norme europee.

La presenza delle autorità nazionali, strutturata sulla figura della preesistente rete, all'interno dell'Agenzia ci rinvia ad un modello di relazioni di tipo orizzontale. Tuttavia, in alcuni casi, l'ACER sembra imporre alle autorità nazionali la necessaria omogeneizzazione dei rispettivi atti di regolazione attraverso un modello di cooperazione verticalmente imposto, laddove assume un ruolo di 'raccordo' tra Commissione e regolatori nazionali⁵⁶.

D'altra parte queste due diverse tipologie di relazioni tra Agenzia, Commissione e stati nazionali sono, allo stato attuale, ancora disegnate secondo linee molto generali. L'evoluzione e il consolidamento sarà

⁵⁵ A questo proposito, v. L. HANCHER – A. DE HAUTECLOCQUE, "Manufacturing the EU Energy Markets", cit., p.7.

⁵⁶ Sul punto v. E. BRUTI LIBERATI, "La nuova *governance* europea dei mercati energetici", in Osservatorio sulla regolazione amministrativa, *La regolazione dei mercati energetici nel 'terzo pacchetto' comunitario*, Milano, Vita e Pensiero, 2010, p. 64.

conseguenza dell'effettivo funzionamento dei vari soggetti e delle concrete dinamiche.

Tra l'altro, alcune importanti procedure debbono essere meglio definite come, ad esempio, quella di "*joint cooperation*" tra autorità nazionali di regolazione e ACER nei casi in cui quest'ultima è competente a prendere una decisione finale. Così come sembra debba essere ulteriormente raffinata la procedura per l'adozione dei codici di rete che si configura come complessa e incerta nel disegno legislativo⁵⁷.

Ciò che resta da capire è se questa ridefinizione del disegno di *governance* dell'energia riuscirà a produrre un più elevato grado di omogeneità tra le regolazioni nazionali.

Su questo punto si confrontano posizioni più o meno ottimistiche. Da parte di alcuni commentatori si sostiene che, nonostante le incertezze, il "terzo pacchetto" centri l'obiettivo di superare la disomogeneità e la frammentazione delle regolazioni amministrative degli stati e di rafforzare le autorità nazionali nei confronti degli stessi stati membri. Quindi che il modello regolatorio dell'energia sia ormai conformato a livello comunitario e che in sostanza si assista ad una "europeizzazione" della politica energetica⁵⁸.

Sull'altro fronte si sostiene, invece, che la regolazione europea resta ancora debole. Sarebbe, perciò, erroneo ritenere che il nuovo modello si muova nella direzione di una effettiva centralizzazione dei poteri⁵⁹.

In effetti, dal quadro delineato sembra emergere che la creazione dell'Agenzia rifletta le difficoltà della Commissione a muoversi in un così complesso contesto di regolazione e che, di conseguenza, per le sue

⁵⁷ L. HANCHER – A. DE HAUTECCLOQUE, "Manufacturing the EU Energy Markets", cit., pp. 7-8.

⁵⁸ In particolare, E. BRUTI LIBERATI, "La nuova *governance* europea dei mercati energetici", cit., p. 66.

⁵⁹ Sul punto, esplicitamente, L. HANCHER – A. DE HAUTECCLOQUE, "Manufacturing the EU Energy Markets", cit., p.8.

decisioni debba fare riferimento sia ai regolatori nazionali che ai gestori dei sistemi di trasmissione.

In conclusione è evidente che l'ACER non è definita come una 'autorità' europea di regolazione nel senso di rappresentare il 'centro' di riferimento del sistema europeo di regolazione dell'energia. Ed è chiaro che, allo stato attuale della configurazione del sistema, non assisteremo neppure ad una trasformazione del bozzolo in farfalla.

Potremmo chiederci a questo punto se l'ACER, proprio per la sua posizione, non rappresenti a tutti gli effetti l'elemento di raccordo tra Commissione e autorità nazionali e quindi si configuri come lo strumento per attrarre queste ultime nell'area di influenza della Commissione. Peraltro non dobbiamo dimenticare la scelta di istituzionalizzare l'ERGEG all'interno dell'ACER. Anche se, come già ricordato, in parte obbligata in quanto diretta conseguenza del fatto che la Commissione non poteva fare a meno dell'*expertise* consolidata nella rete.

Cercando di sviluppare questa ipotesi, possiamo constatare che l'ACER si trova al centro di un duplice rapporto dialettico e di una duplice forza centrifuga, cioè da un lato la Commissione e dall'altro i regolatori nazionali supportati dai rispettivi stati. Questa particolare situazione di equilibrio potrebbe in teoria venire meno. Soprattutto l'equilibrio potrebbe rompersi a favore di una centralizzazione da parte della Commissione con un parallelo indebolimento della posizione dell'Agenzia. Tuttavia, proprio la struttura organizzativa di quest'ultima sembra porsi come fattore di riequilibrio. Infatti la presenza dell'organismo di coordinamento delle autorità nazionali all'interno dell'ACER sembra destinata a rappresentare una sorta di 'contro-potere' nei confronti della Commissione.

Di conseguenza, se accettiamo questo punto di vista, l'ACER difficilmente diventerà il braccio armato della Commissione. E forse, nel medio-lungo periodo, proprio per il suo ruolo tecnico e per le specificità del settore dell'energia, potrebbe assumere un ruolo per diversi aspetti determinante nel sistema.

La costruzione delle forme di interazione con gli altri organismi e con le REGST rappresenta per l'ACER una sfida e un importante banco di prova. Questo deve accompagnarsi alla capacità di costruire, nello svolgimento dei suoi compiti, adeguate modalità di consultazione⁶⁰ con i diversi *stakeholders* a cominciare dagli operatori e dai soggetti partecipanti al mercato fino ai gestori dei sistemi di trasmissione ed ai consumatori e agli utenti finali includendo, e non da ultimo, le autorità di tutela della concorrenza. Infatti, proprio sull'interazione tra regolazione e concorrenza si giocheranno nel futuro prossimo gli esiti della liberalizzazione e del consolidamento del mercato interno dell'energia.

⁶⁰ Regolamento (CE) 713/2009, art. 10, 1.

**Consulenza scientifica istituzionale e indipendenza:
è possibile la quadratura del cerchio?**

Simone Gabbi^{*}

Summary. This article highlights the importance of unbiased scientific advice in the European Union legal system. It then analyses and compares the policies in force throughout the European Food Safety Authority, European Medicines Agency and European Commission's Scientific Committees with that implemented by the US Food and Drugs Administration. The Author argues that, currently, the framework adopted and implemented by the European Food Safety Authority seems to be the most complete and stringent among those taken into account in the article and he advances some proposals aimed at further improving the policies regulating conflicts of interests.

Il presente lavoro è una traduzione dell'articolo "Independent Scientific Advice: comparison on policies regarding conflicts of interests concerning the European Food Safety Authority, the European Medicines Agency, the European Commission's scientific committees and the US Food and Drugs Administration", pubblicato nel numero 2/2011 della rivista *European Journal of Risk Regulation*, pp. 213-226.

^{*} Dottore di ricerca in legislazione alimentare e membro del Servizio giuridico dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare. Le posizioni espresse nel presente lavoro sono attribuibili esclusivamente all'autore e non sono in alcun modo ascrivibili all'Autorità Europea per la Sicurezza Alimentare.

1. Introduzione

Negli ultimi anni si è discusso ripetutamente in relazione alla (asserita mancanza di) indipendenza della ricerca scientifica, intesa come modalità di ricerca della verità scientifica da parte di istituti e università¹. La discussione si è poi spostata sul concetto di pubblicazioni indipendenti, *peer-reviewed literature* e, da ultimo, anche sull'attività istituzionale di organi di consulenza scientifica nazionali e internazionali². Il presente lavoro analizza le modalità che i più importanti organi scientifici e Agenzie dell'Unione Europea pongono in essere per rimanere indipendenti da interessi esterni, e confronta tali politiche con quelle della *Food and Drugs Administration* statunitense (FDA), che può essere considerata il benchmark internazionale rispetto al quale le Agenzie dell'Unione attive in questi settori sono spesso valutate. Nel prosieguo sostengo che, a oggi³, il sistema adottato e implementato dall'Autorità europea per la sicurezza alimentare sembra il più completo e rigido tra quelli presi in esame. Tuttavia, il presente studio non cerca di individuare modelli o categorie di conflitti di interesse poiché ritengo che qualsiasi tentativo in tale direzione si rivelerebbe troppo rigido per riflettere i sistemi applicati nel mondo reale dalle istituzioni interessate oltre a non essere di scarsa rilevanza per gli operatori del settore. Allo stesso modo, ho volutamente scelto di concentrarmi sull'indipendenza della consulenza

¹ M. ANGELL, "Science on Trial: the Clash of Medical Evidence and the Law in the Breast Implant Case". W.W. Norton & Company 1997; N. A. ASHFORD, "Implementing the Precautionary Principle: Incorporating Science, Technology, Fairness, and Accountability in Environmental, Health, and Safety Decisions", *International Journal of Risk Assessment and Management*, 2005, 5: 112 e ss.

² V. R. BAILEY, "Scrutinizing Industry-Funded Science: The Crusade Against Conflicts of Interest", American Council on Science and Health 2008, disponibile su internet al seguente indirizzo http://www.acsh.org/publications/pubID.1687/pub_detail.asp [visitato da ultimo il 19 agosto 2010]; Center for Science in the Public Interest, "Integrity in Science Watch: groups decry broken peer review process at EPA", disponibile su internet al seguente indirizzo <http://www.cspinet.org/integrity/watch/200709172.html#1> [visitato da ultimo il 20 agosto 2010].

³ Il presente lavoro è stato completato nell'autunno del 2010.

scientifica indirizzata ai regolatori, senza affrontare le varie, benché correlate, tematiche dell'obiettività ed indipendenza della ricerca scientifica e gli obblighi posti in capo ai funzionari che lavorano in questi organi scientifici.

Per limitarci al settore denominato delle scienze della vita, recentemente si sono sollevate numerose voci critiche a proposito dell'asserita mancanza d'indipendenza degli esperti incaricati di fornire consulenza scientifica a favore dell'Organizzazione Mondiale della Sanità sull'influenza pandemica che avrebbe dovuto scatenarsi nel corso del 2009⁴.

Prima di addentrarci nel cuore della questione ritengo opportuno spendere qualche parola sul percorso che ha innalzato la consulenza scientifica al ruolo centrale che essa ricopre oggi su tante materie di diretto interesse per i cittadini dell'Unione europea, quali la sicurezza dei prodotti medicinali, delle sostanze chimiche e dei prodotti alimentari. Negli ultimi trenta anni del ventesimo secolo, i legislatori degli ordinamenti più rilevanti per la cultura giuridica occidentale e un certo numero di giurisdizioni appartenenti a tali ordinamenti si sono rivolti sempre più frequentemente a organi scientifici al fine di ottenere analisi obiettive e indipendenti di questioni ritenute particolarmente complesse e tecniche⁵. Da un punto di vista della *governance*, uno dei principali problemi di tali organi e tecnici è che, per definizione, essi non sono eletti democraticamente. Sono invece creati per fornire "pura" consulenza scientifica e pertanto la loro fonte di legittimità deriva dalla qualità e "obiettività" dei loro pareri. Va da sé che per un organo scientifico una significativa perdita di reputazione derivante da una reale o anche solo

⁴ D. COHEN, P. CARTER, "Conflicts of Interest, WHO and the pandemic flu "conspiracies", *BMJ* (2010) pp. 340 e ss.; F. GODLEE, "Conflicts of interest and pandemic flu. WHO must act now to restore its credibility, and Europe should legislate", *BMJ* (2010) p. 340.

⁵ R. FELDMAN, *The Role of Science in Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 19 e ss.

semplicemente asserita perdita della sua correttezza e obiettività rischia di compromettere la sua stessa *raison d'être*.

Se mettiamo da parte queste considerazioni pratiche, nell'Unione europea i concetti di eccellenza, indipendenza (*melius*, obiettività) e trasparenza rappresentano i tre requisiti fondamentali che tutti gli organi di consulenza scientifica, incaricati della valutazione del rischio da parte del legislatore europeo, devono rispettare⁶. In particolare, il requisito relativo all'indipendenza era considerato necessario già dalla giurisprudenza comunitaria in quanto diretta conseguenza dell'obbligo per le istituzioni europee di esaminare le problematiche scientifiche in modo esaustivo ed obiettivo⁷, e può attualmente essere considerato come una trasposizione del principio generale di amministrazione equa ed imparziale contenuto nell'Articolo 41, primo comma della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, divenuta giuridicamente vincolante per tutte le istituzioni, gli organi e le Agenzie dell'Unione con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Ciononostante, da più parti si è evidenziato un rischio elevato per le Agenzie di regolazione, specializzate in un determinato settore, di cadere nella trappola del "*regulatory capture*". Secondo alcuni autori i professionisti che lavorano per un'Agenzia di regolazione sviluppano rapporti privilegiati proprio con i soggetti che sono chiamati a disciplinare. Questo accadrebbe per vari motivi e attraverso diversi processi, tra i quali il comprovato verificarsi del fenomeno "*revolving door*", molto comune tra gli alti funzionari e i

⁶ Chiaramente identificato nella Comunicazione della Commissione europea sulla Salute del consumatore e la sicurezza alimentare, COM(97) 183 e più recentemente nella Comunicazione della Commissione sull'utilizzo e sull'uso dell'expertise scientifica da parte della Commissione: principi e linee guida, COM (2002) 713. Particolarmente rilevante appare essere altresì causa T-13/99, *Pfizer Animal Health SA v Council of the European Union*, Racc. 2002 p. II-03305, punto 172 e T-70/99, *Alpharma Inc. v Council of the European Union*, Racc. 2002 II-03495, punto 211.

⁷ Vedi Causa C-269/90, *Technische Univeristat Munchen*, Racc. 1991 I-5469, punto 14 e causa C-326/05P, *Industrias Químicas del Val-lés/Commission*, Racc. 2007 I-6557, punto 77.

politici delle due sponde dell'Atlantico, in base al quale gli incaricati di nomina politica e i funzionari di più alto livello una volta abbandonata la loro funzione pubblica accettano posizioni particolarmente attraenti all'interno del settore privato oggetto della loro attività regolamentare. Sotto un profilo differente, ma che dimostra l'importanza di questi concetti anche da un punto di vista meramente giuridico, il Tribunale di primo grado dell'Unione europea ha recentemente emesso quella che ritengo essere la sua prima decisione in base alla quale la validità del parere scientifico di un'Agenzia di regolazione dell'Unione è esaminata dal punto di vista della sua conformità rispetto alle regole interne dell'Agenzia sull'indipendenza dei suoi esperti scientifici. Il Tribunale si è pronunciato a favore dell'Agenzia ma ciò evidenzia l'importanza che questo tipo di regole interne ha raggiunto per gli organi di consulenza scientifica⁹.

Prima di addentrarmi nell'analisi di tali questioni, spesso oggetto di discussione in pubblicazioni scientifiche, ma trattata abbastanza di rado in quelle più strettamente giuridiche, è opportuno chiarire il significato di alcuni concetti di fondamentale importanza per l'argomento che è oggetto del presente lavoro. Nel sistema giuridico dell'Unione, invero, non è possibile trovare una definizione delle nozioni di "interesse", "conflitto d'interessi", "conflitto d'interessi potenziale" e "parzialità"⁹. Tuttavia, sono convinto che con un po' di buon senso e facendo ricorso alle pubblicazioni scientifiche sull'argomento, sia possibile individuare alcune definizioni abbastanza accurate dei concetti sopraccitati¹⁰. Ai nostri limitati

⁹ Di particolare rilievo è il fatto che il ricorrente ha affermato l'illegittimità del parere scientifico sulla base, *inter alia*, di una teorica violazione di quelle norme interne sulle dichiarazioni di interesse in relazione a un singolo esperto del Gruppo di esperti scientifici: causa T-74/08, *Nov Pharm AG v European Commission*, non ancora pubblicato, punti 86-101.

⁹ Con la rilevante eccezione delle norme interne adottate da diverse istituzioni ed agenzie quali la Banca Centrale Europea.

¹⁰ Ci sono naturalmente diverse ed alternative definizioni di questi concetti, sebbene non differiscano in modo sostanziale: v. P. J. FRIEDMAN, "The troublesome semantics of conflict of interests", [1992] *Ethics and behaviour*, p. 245

fini, con il termine “interesse” intendo qualsiasi attività o oggetto detenuto da una persona soggetta alle misure esaminate in questa sede. Ovviamente, per essere pertinente, tale attività, o oggetto, deve essere connesso, in base al suo ambito, alle attività dell’Agenzia o dell’organo scientifico appropriato. L’espressione “conflitto di interesse” identifica invece quella situazione in cui uno o più interessi di un soggetto, al quale si applica tale normativa, sono in contrasto o divergono in modo considerevole (in realtà o anche solo potenzialmente) dall’interesse istituzionale dell’organo scientifico pertinente con cui tale soggetto sta collaborando, o creano un ingiusto vantaggio competitivo per qualsiasi persona o organizzazione interessata dalla consulenza di tale organo¹¹. Con il termine “parzialità” intendo qualunque situazione in cui uno dei soggetti in parola potrebbe trovarsi a causa di condizioni che non possono essere valutate oggettivamente e che potrebbero portare a un conflitto d’interessi di tipo astratto o intellettuale. Tale situazione può trovare corrispondenza *inter alia* nelle credenze religiose, etiche o di natura ambientale così come nei pregiudizi personali, ma anche in lavori da costoro pubblicati sullo stesso argomento. Benché questi profili siano pertinenti in alcuni casi molto specifici, credo che questi interessi astratti non possano essere oggettivamente valutati dagli organi normativi senza che questo porti a conseguenze discriminatorie per i soggetti coinvolti, e che debbano pertanto essere esclusi dal perimetro di

e ss.; K. McCOMAS, L. M. SIMONE, “Media coverage”, *supra* note 3, at 397; Sylvia Rowe, Nick Alexander, Fergus M Clydesdale, et al. for the International Life Sciences Institute North America Working Group on Guiding Principles, “Funding food science and nutrition research: financial conflicts and scientific integrity”, [2009] *Am J Clin Nutr*, pp. 1 et seq., p. 3 e The National Academies, Policy on committee composition and balance and conflicts of interest for committees used in the development of reports, 12 maggio 2003, disponibile su internet al seguente indirizzo <http://www.nationalacademies.org> (visitato da ultimo il 20 agosto 2010).

¹¹ La definizione di conflitto di interesse adottata in questa sede è compatibile con quella fornita da The National Academies, “Policy on Committee Composition” *supra* nota 10, p. 4.

analisi del presente lavoro¹². Infatti a mio avviso non esistono esperti scientifici completamente scevri da condizionamenti soggettivi, pregiudizi o preconcezioni, così come non possono esistere esseri umani imparziali in senso assoluto¹³: per usare le parole del comitato consultivo scientifico dell'Agenzia per la protezione ambientale statunitense (EPA) *"Although it is possible to avoid conflict of interest, avoidance of bias is probably not possible. All scientists carry bias due, for example, to discipline, affiliation, and experience"*¹⁴. Perciò, ritengo che le politiche atte a garantire l'indipendenza degli esperti dovrebbero concentrarsi, e limitarsi, alla prevenzione di conflitti d'interesse che possono essere dimostrati e analizzati in modo "oggettivo".

2. La rilevanza della consulenza scientifica obiettiva nell'ordinamento istituzionale dell'Unione

Negli ultimi quindici anni la consulenza scientifica fornita dai comitati scientifici istituiti per valutare una molteplicità di rischi, prodotti e sostanze è diventata sempre più fondamentale nel panorama istituzionale dell'Unione. Secondo taluni autori i servizi amministrativi centrali rappresentati dalle Direzioni Generali della Commissione europea non hanno le competenze adeguate necessarie a esaminare approfonditamente le questioni più tecniche e settoriali che sono oggi alla base del processo decisionale normativo richiesto da taluni settori. In altri termini, l'alto grado di complessità della scienza moderna non permetterebbe a funzionari "ordinari" di disciplinare certi settori in modo efficiente e ragionevole. Inoltre, in alcuni settori, ad esempio quello delle scien-

¹² Una conclusione simile è raggiunta da The National Academies, Policy on Committee Composition, *supra* nota 10, p. 3.

¹³ The National Academies, Policy on Committee Composition, *supra* nota 10, p. 3.

¹⁴ U.S. Environmental Protection Agency, Science Advisory Board Health Committee, Review of the draft report to Congress "Characterization of date uncertainty and variability in IRIS assessment, pre-pilot vs post-pilot", Washington DC (2000), disponibile su internet al seguente indirizzo www.epa.gov/sab/pdf/ehc1007.pdf (visitato da ultimo il 22 novembre 2010).

ze naturali e della sicurezza alimentare, gli accordi internazionali richiedono il raggiungimento di un certo livello di eccellenza e indipendenza scientifica, nella misura in cui le argomentazioni scientifiche a sostegno di misure sanitarie e fitosanitarie sono coinvolte.

È pertanto evidente come l'indipendenza degli esperti scientifici che offrono consulenza tecnica, spesso come parte integrante delle Agenzie "di regolazione"¹⁵ dell'Unione, sia diventata di primaria importanza per la reputazione di quegli organi scientifici creati anzitutto per fornire una consulenza scientifica oggettiva e credibile a diverse istituzioni politiche. Questo, ad esempio, vale all'interno dell'Unione per l'Agenzia europea per le sostanze chimiche (ECHA), l'Autorità europea per la sicurezza alimentare (EFSA)¹⁶, l'Agenzia europea per i medicinali (EMA) e, anche se più limitatamente, per i comitati scientifici interni della Commissione che forniscono consulenza su questioni attinenti la salute pubblica (ma non riguardanti la sicurezza dei prodotti alimentari e dei mangimi per animali).

Tuttavia, quello che oggi è diventato palese anche per un osservatore distratto, non è ancora stato considerato come particolarmente rilevante dal legislatore dell'Unione. Se si prestasse attenzione ai dibattiti tenuti in seno al comitato ENVI del Parlamento Europeo, ci si renderebbe conto del fatto che l'indipendenza degli esperti e del personale scientifico che collabora con le Agenzie di regolamentazione dell'Unione è divenuta oggetto ricorrente di accesi scambi di opinioni tra i membri del Parlamento e i rappresentanti degli organi responsabili e dei servizi della Commissione. Ciononostante, questa presa di coscienza non è stata

¹⁵ Per un approfondimento sull'interessante argomento delle agenzie di regolazione dell'Unione europea v. *ex multis* E. CHITI, "Decentralised integration as a new model of joint exercise of Community functions: a legal analysis of European Agencies", (2002) *ERLP/REDP*, vol. 14, no. 3, pp. 1267 e ss.; G. MAJONE, "Delegation of Regulatory Powers in a Mixed Polity", (2002) *ELJ*, pp. 319 e ss.

¹⁶ Per una dettagliata analisi dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare sia consentito rinviare a S. GABBI, *L'Autorità europea per la sicurezza alimentare. Genesi, aspetti problematici e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, 2009.

ancora tradotta in disposizioni normative volte alla creazione di tali organi.

3. La clausola tipo in materia di indipendenza: la mera divulgazione è davvero un efficace sistema di protezione da potenziali conflitti di interesse?

La teoria che, per prevenire qualunque conflitto di interesse, ritiene sufficiente la mera divulgazione degli interessi degli esperti, trova le sue radici nel concetto di "*Government in the sunshine*" che ha come fine ultimo quello di far crescere la fiducia dell'opinione pubblica nelle istituzioni attraverso una maggiore trasparenza delle attività istituzionali¹⁷. Secondo il pensiero che ha prevalso fino ad oggi, il fatto che gli esperti rendano pubblici i loro potenziali (o reali) conflitti di interesse impedirebbe loro di assumere delle posizioni irragionevoli a causa di tali conflitti, dato che, così facendo, si ritroverebbero esposti al giudizio dell'opinione pubblica così come dei rispettivi circoli professionali, che disporrebbero di tutti gli elementi per verificare se il conflitto di interesse ha avuto effetti nefasti sulla loro obiettività. Di conseguenza secondo tale ragionamento se tali soggetti assumessero posizioni di dubbia validità scientifica, la loro reputazione ne risentirebbe irrimediabilmente, sia all'interno che all'esterno della comunità scientifica.

A oggi le clausole tipo inserite nei regolamenti istitutivi delle Agenzie e degli organi che si occupano di fornire consulenza scientifica prevedono pressoché esclusivamente l'obbligo per gli esperti scientifici di divulgare i loro interessi¹⁸. Ciononostante, tali regolamenti devono essere messi

¹⁷ V. C. DEMMKE, M. BOVENS, T. HENÖKL et al., "Regulating Conflicts of Interest for Holders of Public Office in the European Union. A Comparative Study of the Rules and Standards of Professional Ethics for the Holders of Public Office in the EU-27 and EU Institutions", European Institute of Public Administration in co-operation with the Utrecht School of Governance, the University of Helsinki and the University of Vaasa, disponibile su internet al seguente indirizzo http://ec.europa.eu/dgs/policy_advisers/publications/docs/hpo_professional_ethics_en.pdf (visitato da ultimo il 20 agosto 2010), p. 115.

¹⁸ Articolo 63 del regolamento (CE) n. 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 del 31 marzo 2004, che istituisce procedu-

nella giusta prospettiva: quando le proposte originali di quei testi furono presentate dalla Commissione, il legislatore europeo e l'opinione pubblica erano interessati principalmente all'indipendenza strutturale, o istituzionale, ossia all'indipendenza delle Agenzie e degli organismi scientifici rispetto ai principali organi politici rappresentati dalla Commissione e dal Consiglio. In altre parole, il legislatore non è ancora passato dal richiedere garanzie per la (sola) indipendenza istituzionale alla pretesa di avere prova dell'obiettività dei singoli individui coinvolti in ciascun parere scientifico.

Ad ogni modo, la rilevanza delle politiche miranti alla mera divulgazione è stata severamente contestata: secondo Hood, "queste politiche [relative alla divulgazione] sono spesso più predicate che praticate, più invocate che definite, e si potrebbe davvero dire con una punta di ironia che sono fondamentalmente mistiche, almeno fino a un certo punto."¹⁹ In effetti, sembra che nel sistema economico attualmente imperante un profitto di un certo rilievo possa rappresentare in diversi casi un incentivo più attraente di qualsiasi perdita in termini di reputazione (in ogni caso meramente ipotetica). Ciò, associato all'affermazione secondo la quale un numero sempre maggiore di decisioni in ambito regolamentare prese a livello europeo sono, in effetti, in tutto e per tutto conformi ai pareri emessi dalle Agenzie di regolazione e dai comitati scientifici, ha

re comunitarie per l'autorizzazione e la sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, e che istituisce l'agenzia europea per i medicinali, GUUE L 136/1, come da ultimo modificato; articolo 14 della Decisione della Commissione del 3 marzo 2004 che istituisce comitati scientifici nel settore della sicurezza dei consumatori, della sanità pubblica e dell'ambiente (2004/210/EC), GUUE L 66/45, come da ultimo modificato, e articolo 37 del regolamento (CE) N. 178/2002 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002 che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare, OJ L 31/1, come da ultimo modificato.

¹⁹ C. HOOD, "Transparency in Historical Perspective", in Christopher HOOD, David HEALD (ed.), *Transparency, The Key to Better Governance?*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 3.

fatto sì che l'attenzione delle organizzazioni non governative, dei media e dell'opinione pubblica si spostasse gradualmente dall'indipendenza istituzionale a quella dei singoli esperti scientifici qualificati per fornire tale consulenza. Effettivamente, la sola divulgazione di un potenziale conflitto di interesse non può e non deve essere considerata sufficiente per evitare il reale verificarsi di tali conflitti²⁰. Gli interessi in gioco sono oggi troppo alti per ritenere sufficiente un sistema che si basi pressoché esclusivamente sulla buona volontà, l'integrità professionale e la coerenza degli esperti chiamati a fornire la loro *expertise* scientifica. Pertanto, anche la principale preoccupazione del legislatore non dovrebbe più essere limitata alla potenziale influenza politica che la Commissione o altri attori della scena politica possono esercitare sulle Agenzie di regolazione dell'Unione, ma deve riconoscere il potenziale di *regulatory capture* che può risultare dal fare propri pareri scientifici inadeguati (o addirittura errati) adottati da esperti, o altre persone fisiche o giuridiche in situazioni di conflitto di interesse.

Al momento attuale ci troviamo pertanto in una situazione caratterizzata da una discrasia tra l'apparato normativo posto in essere dal legislatore europeo e le sensibilità di un'opinione pubblica (latamente intesa) sempre più attenta ai temi etici e giustamente severa nei confronti di coloro che ne devono difendere la salute.

La necessità di sviluppare un sistema più complesso e al tempo stesso adeguato alle sfide di cui sopra diventa ancora più chiaro se si considera l'evoluzione che il finanziamento della ricerca scientifica ha vissuto negli ultimi venti o trent'anni. In effetti, è innegabile che se fino alla prima metà degli anni '80 dello scorso secolo la ricerca finanziata dal settore pubblico rappresentava ancora la regola, o comunque era un approccio molto diffuso, nella seconda metà di quello stesso decennio tale approccio è divenuto sempre più raro. Con il crollo dell'ideologia comunista e il trionfo del liberalismo, oltre che, successivamente, del c.d.

²⁰ S. ROWE et al., "Funding food science and nutrition research", *supra* nota 10, p. 4.

*market fundamentalism*²¹, che ha imposto una riduzione dell'intervento statale in tutti i settori della società civile, il settore pubblico ha investito sempre meno nella ricerca. L'attuale crisi economica e finanziaria dei paesi c.d. occidentali, che ha già costretto a tagli nella spesa pubblica, ne lascia presagire altri che senz'altro avranno pesanti ricadute sui sistemi formativi ed universitari. Come conseguenza, le università e i ricercatori sono spinti a concentrare il loro lavoro su ambiti di immediato interesse per soggetti privati come l'industria, che sono così diventati i principali finanziatori delle ricerche relative ai prodotti e alle sostanze commercialmente rilevanti. Questo fa sì che anche gli accademici "puri", totalmente impegnati nella ricerca obiettiva e "indipendente", siano costantemente alla ricerca di finanziamenti pubblici o privati, o integrino le loro attività accademiche con servizi di consulenza privata, lavorando per spin-off di istituti di ricerca o offrendo le loro competenze a operatori economici o istituzioni pubbliche²².

È anche per questo motivo che oggi gli esperti scientifici sono raramente considerati parziali dai loro colleghi nel caso ricevano finanziamenti per la ricerca da soggetti con chiari interessi nel conseguire determinati risultati, o forniscano consulenza a soggetti privati quali l'industria. Questa situazione rischia a sua volta di compromettere i presunti benefici che deriverebbero dalla divulgazione degli interessi, ovvero il discredito teoricamente conseguente agli esperti scientifici per l'essersi accostati troppo ad alcuni interessi privati.

²¹ V. P. KRUGMAN, *The return of depression economics and the crisis of 2008*, W.W. Norton Company, New York-London, 2009.

²² Da ciò deriva un problema differente, non connesso all'oggetto del presente articolo, sebbene probabilmente ancor più importante per assicurare una valutazione obiettiva delle problematiche scientifiche relative alla sicurezza alimentare (e più in generale alle c.d. *life sciences*), ossia in che modo tali studi debbano essere ideati, da chi, da quali soggetti debbano o possano essere finanziati, e a quali condizioni. Su questi aspetti problematici v. ad esempio S. KRIMSKY, *The funding effect in science and its implications for the judiciary*, 13 *J.L. & Pol'y* 43 (2005), 43 e ss.

L'assunto secondo il quale un sistema basato sulla semplice divulgazione degli interessi in gioco possa non risultare particolarmente efficace è anche dimostrato dal fatto che, qualora un esperto fosse accusato di aver sostenuto una posizione particolarmente scorretta, che si suppone abbia favorito alcuni interessi privati, egli potrebbe persino ribattere che, con la dichiarazione preliminare di tali interessi, ha ottemperato agli obblighi di dichiarazione, e che gli organi scientifici pertinenti, non avendo intrapreso alcuna azione preventiva o riparatrice, hanno accettato lo *status quo* delle sue attività. In altre parole, la mera divulgazione degli interessi degli esperti scientifici, qualora non collegata ad alcuna misura preventiva, rischia di rivelarsi un vero e proprio *boomerang* per le istituzioni che utilizzano l'*expertise* di tali soggetti.

4. Le politiche sul conflitto di interesse dell'Unione europea: EFSA, EMA e i Comitati scientifici della Commissione

È anche per i motivi brevemente delineati che EFSA, EMA e i Comitati permanenti della Commissione hanno optato per un'interpretazione più flessibile ed ampia dei concetti di indipendenza e divulgazione inizialmente previsti nei rispettivi regolamenti istitutivi. Le norme interne adottate dalle varie istituzioni per mettere in pratica i predetti concetti rappresentano un sistema di protezione in grado di mantenere l'oggettività e l'imparzialità dei pareri scientifici di quegli organi. Nei seguenti paragrafi illustrerò una breve analisi delle sopraccitate regole, o quantomeno delle loro principali caratteristiche, al fine di metterle a confronto o di stabilire un parametro di riferimento che gli organi di consulenza scientifica dovrebbero tenere in considerazione quando sono chiamati a concepire politiche relative all'indipendenza o ai conflitti di interesse.

Prima di passare ad esaminare le regole interne adottate dalle summenzionate istituzioni e Agenzie, è tuttavia opportuno rilevare che tali misure non rappresentano l'unico strumento di difesa su cui quegli organi possono contare per prevenire l'adozione di pareri scientifici parziali o inadeguati.

A tal proposito, devo anzitutto ricordare l'importanza del principio di collegialità, comune ai suddetti organi e Agenzie. Secondo tale principio, la formulazione e l'adozione di pareri scientifici è sempre responsabilità di almeno la maggioranza dei membri del comitato scientifico e mai del singolo scienziato. È indiscutibile che il cosiddetto relatore, solitamente un membro titolare incaricato dal presidente o dalla maggioranza dei membri del comitato di fornire una prima bozza di valutazione del tema in questione, ha un ruolo importante nel processo di valutazione del rischio. Tuttavia, non si deve mettere troppo l'accento sul suo ruolo. La bozza di posizione iniziale presentata dal relatore viene, infatti, esaminata approfonditamente, emendata e quando opportuno perfino respinta da un ristretto gruppo di lavoro, addirittura prima di raggiungere il comitato competente per la sua adozione definitiva. Dopo essere stata approvata dal gruppo di lavoro, la bozza è in seguito sottoposta al comitato competente. Anche in questa sede la bozza è esaminata da principio, e il comitato scientifico può decidere di approvarla così com'è ma anche di emendarla o di rimandarla al gruppo di lavoro affinché ne rafforzi alcuni aspetti. In altre parole, una corretta attuazione del principio di collegialità garantisce che la composizione variegata di quegli organi scientifici permetta di prendere in considerazione pareri diversi, e alle volte divergenti, e di valutarli quando il comitato adotta un parere scientifico.

Ne consegue che né il relatore, né tantomeno qualsiasi altro membro del comitato scientifico, può esercitare un'indebita ingerenza nel processo di adozione di un parere scientifico. In altri termini, si può, a ragione, concludere che la collegialità è un baluardo fondamentale nell'ottica di ridurre il rischio di un'influenza indebita da parte di uno o più esperti, che sia o meno in conflitto di interesse.

Un altro aspetto fondamentale, che permette agli organi scientifici di evitare situazioni di conflitto di interesse tra i loro esperti, è che le Agenzie interessate possano introdurre un sistema di *screening* pre-

ventivo per potenziali conflitti di interesse, da integrare nel processo selettivo dei suddetti esperti²³.

Abbiamo visto come le politiche sul conflitto di interesse non rappresentino l'unico strumento di difesa contro il rischio di adottare pareri scientifici parziali; è dunque ora possibile passare all'analisi delle regole che sottendono a tali politiche.

4.1 I principi comuni alle politiche di EFSA, di EMA e dei Comitati scientifici della Commissione

Uno dei principi fondamentali che le normative adottate da EFSA, EMA e i Comitati scientifici della Commissione hanno in comune è che il fatto che un esperto abbia un interesse per l'attività svolta nell'ambito di una collaborazione con un organo scientifico non comporta automaticamente un conflitto di interesse. In realtà è assolutamente comprensibile che, al fine di selezionare scienziati che possano essere considerati un punto di riferimento o esperti nel loro settore di attività, gli organi di consulenza scientifica debbano accettare che questi soggetti abbiano sviluppato anche diversi interessi in quel settore. In altre parole, per essere un esperto, una persona deve occuparsi, o essersi occupata, di numerose attività ricadenti all'interno del suo settore di competenza e deve farlo, o averlo fatto, ad un certo livello. Pertanto, le politiche attuate dalle istituzioni interessate devono assolutamente stabilire un sistema normativo sufficientemente dettagliato per far sì che i loro organi distinguano gli interessi "ordinari" da quelli forieri di potenziali conflitti.

Un problema insito in qualunque sistema finalizzato all'introduzione di misure interne sui conflitti di interesse è che più le normative interne sono rigide, più esperti saranno raggiunti da azioni preventive o sanzionatrici. In altri termini, maggiore sarà la rigidità delle politiche sui conflitti di interesse di un'istituzione, minore sarà il numero di esperti di cui tale istituzione potrà avvalersi, in quanto molti di essi cadranno in un

²³ Come vedremo più in dettaglio *infra*, quest'approccio è stato adottato da EFSA: v. § 4.2.

modo o in un altro vittima di quelle stesse politiche o non riusciranno a passare il “test di indipendenza”. In un primo momento ciò potrebbe sembrare un problema solo per quei soggetti considerati non compatibili con l’attività delle istituzioni in parola ma, a lungo termine, e se portato all’estremo, potrebbe avere un impatto negativo sulla disponibilità di esperti di alto livello e potrebbe, di conseguenza, rischiare di compromettere la reputazione dei suddetti organi consultivi all’interno della comunità scientifica. Inoltre, ciò impedirebbe loro di portare a termine la missione per la quale sono stati creati, ovvero fornire una base scientifica adeguata per le politiche dell’Unione nel settore di riferimento. Pertanto, ogni organo di consulenza scientifica che introduce politiche miranti alla prevenzione dei conflitti di interesse deve necessariamente essere consapevole delle ripercussioni che questo potrebbe avere sulla qualità della consulenza stessa, e quindi impegnarsi per adottare un approccio adeguato a tali questioni.

Un secondo principio fondamentale che ritroviamo nelle tre normative analizzate in questo paragrafo è che tutte fanno affidamento sulla disponibilità delle persone ad esse soggette a fornire dichiarazioni complete e veritiere. Di conseguenza, è importante che le misure dedicate alla prevenzione dei conflitti di interesse adottate dai suddetti organi prevedano una sorta di meccanismo disciplinare per quegli esperti che rifiutano di ottemperare agli obblighi previsti in proposito, tra cui l’obbligo di fornire informazioni complete, veritiere e aggiornate. A questo proposito, la *policy* di EFSA sulle dichiarazioni di interesse fornisce un esempio positivo poiché, in caso di incompletezza della dichiarazione stessa, prevede *inter alia* la possibilità per l’Autorità di rimuovere l’esperto in questione dall’incarico assegnatogli²⁴.

²⁴ Art. 5 della EFSA Decision concerning the establishment and operations of the Scientific Committee, Scientific Panels and of their Working Groups, MB 17 12 09 item 7 doc 5a – Rules of procedures of SC, Panels and WG- - Adopted, disponibile su internet al seguente indirizzo <http://www.efsa.europa.eu/en/keydocs/docs/paneloperation.pdf> (visitato da ultimo il 19 agosto 2010) e del documento interno EFSA implementing act

4.2 La selezione e la nomina dei membri dei comitati e dei gruppi scientifici

Esistono differenze sostanziali nel modo in cui gli esperti sono selezionati per entrare nei comitati scientifici delle Agenzie e nei comitati scientifici sui prodotti non alimentari.

EFSA e i comitati scientifici sui prodotti non alimentari pubblicano un invito a manifestare interesse, la prima su specifiche riviste scientifiche e i secondi sui loro siti internet. Gli esperti si candidano a titolo personale e accettano di impegnarsi e di agire nell'interesse pubblico²⁵. Come anticipato *supra*, sia EFSA che i comitati scientifici sui prodotti non alimentari richiedono ai candidati di compilare e fornire una dichiarazione di interesse completa, identica a quelle richieste ai membri in carica. Tale dichiarazione di interesse è parte del loro atto di candidatura, e la sua presentazione costituisce uno dei criteri di ammissione. Ciò permette a EFSA e alla Commissione di effettuare una valutazione preliminare degli interessi dichiarati, al fine di riconoscere da subito qualsiasi situazione che possa essere foriera di un palese conflitto di interesse con la nomina di quei candidati al ruolo di membri dell'organo scientifico in questione. Gli altri criteri di eleggibilità e di valutazione sono specificati nell'invito a manifestare interesse: i membri sono selezionati in base alla loro competenza ed esperienza nelle principali aree scientifiche oggetto di studio di ciascun comitato, e, nel rispetto di questo criterio, in base a una distribuzione geografica che deve essere la più varia possi-

to the policy on declaration of interests guidance document on declarations of interest document, pagine 6 e 7, disponibile su internet al seguente indirizzo <http://www.efsa.europa.eu/en/keydocs/docs/doiguidance.pdf> [visitato da ultimo il 19 agosto 2010].

²⁵ Articolo 15, secondo comma della Decisione della Commissione, del 5 agosto 2008, che istituisce una struttura consultiva di comitati scientifici ed esperti nel settore della sicurezza dei consumatori, della sanità pubblica e dell'ambiente e che abroga la decisione 2004/210/C, *GU L 241* del 10 settembre 2008, pagg. 21-30 e articolo 2 della EFSA Decision concerning the establishment and operations of the Scientific Committee, Scientific Panels and of their Working Groups, *supra* nota 24.

bile, in modo da rispecchiare la varietà delle problematiche e delle scuole di pensiero che esistono all'interno dell'Unione²⁶.

Inoltre, EFSA ha disposto un controllo esterno della valutazione delle candidature effettuata dal suo personale. Tale controllo è eseguito da valutatori esterni al fine di garantire che il personale di EFSA effettui una valutazione obiettiva e trasparente dei candidati rispetto ai criteri stabiliti²⁷. Quando si rilevano differenze non giustificabili tra la valutazione dei valutatori esterni e quella del personale di EFSA, la candidatura è riesaminata per risolvere possibili incongruenze. Per perseguire la medesima finalità, la Commissione per i comitati scientifici sui prodotti non alimentari istituisce una commissione giudicatrice presieduta da un valutatore esterno.

Gli esperti selezionati per diventare membri dei comitati scientifici di EFSA e del comitato scientifico sui prodotti non alimentari sono nominati a titolo personale. Al contrario, all'interno di EMA i membri dei comitati scientifici e i loro sostituti sono nominati dagli Stati membri, *melius* dalle autorità nazionali competenti in ciascuno stato membro per la valutazione dei prodotti medicinali²⁸. EFSA si trova in una posizione in-

²⁶ Art. 1, secondo comma della EFSA Decision concerning the establishment and operations of the Scientific Committee, Scientific Panels and of their Working Groups, *supra* nota n. 24.

²⁷ Art. 5 della EFSA Decision concerning the selection of members of the scientific committee, scientific panels and external experts to assist EFSA with its scientific work, disponibile su internet al seguente indirizzo <http://www.efsa.europa.eu/en/keydocs/docs/paneloperation.pdf> [visitato da ultimo il 19 agosto 2010].

²⁸ Diversamente da quello che accade nel settore della sicurezza alimentare, la valutazione del rischio dei prodotti medicinali è eseguita nei vari paesi membri dai relativi organismi o agenzie (c.d. autorità nazionali competenti): in proposito v. A. CUVILLIER, "The role of the European Medicines Evaluation Agency in the harmonisation of pharmaceutical legislation", in R. GOLDBERG and J. LONBAY (ed.), *Pharmaceutical Medicine, Biotechnology and European Law*, University Press, Cambridge, 2001; J. S. GARDENER, "The European Agency for the Evaluation of Medicines and European Regulation of Pharmaceuticals", (1996) *ELJ*, pp. 48 e ss.; T. GEHRING, S. KRAPOHL, "Supranational regulatory agencies between independence and control: the EMA and the authorization of pharma-

termedia, in quanto comprende sia esperti nominati a titolo personale²⁹ che esperti rappresentanti le Autorità nazionali³⁰. In effetti, si potrebbe affermare che mentre EMA si fonda su un metodo prevalentemente intergovernativo, EFSA si basa soprattutto, anche se non esclusivamente, su un metodo di cooperazione sovranazionale.

Tuttavia, in caso di nomina da parte degli Stati membri, qualunque organo scientifico dell'Unione si troverà in una posizione delicata rispetto all'attuazione di una politica particolarmente rigida sul conflitto di interesse, poiché non gli sarà possibile rimuovere dall'incarico un esperto a meno che l'autorità nazionale competente pertinente non sia d'accordo nell'individuare un sostituto, o ci sia un base giuridica esplicita per imporre le sue norme interne agli esperti selezionati dagli Stati membri³¹. Personalmente ritengo che a prescindere da questa difficoltà pratica, il fatto stesso che gli esperti siano nominati esclusivamente dagli Stati membri, senza nessun contributo o influenza da parte dell'organo consultivo, implichi *de facto* una responsabilità politica degli stessi Stati a garantire l'indipendenza dei soggetti che hanno scelto e, di contro, l'impossibilità di considerare l'organo dell'Unione responsabile dei conflitti di interesse in cui quegli esperti potrebbero incorrere³².

ceuticals in the European Single Market", (2007) *Journal of European public policy*, pp. 208 e ss.

²⁹ Ossia i membri del comitato scientifico e dei gruppi di esperti scientifici: art. 37 del reg. [CE] n. 178/2002.

³⁰ Ossia i membri delle "reti" di EFSA: art. 36 del reg. [CE] n. 178/2002.

³¹ Come nel caso dell'EMA: v. art. 63(2) del reg. [CE] n. 726/2004.

³² Sostenere l'opposto equivarrebbe a dire che la Commissione europea è responsabile per l'indipendenza e l'obiettività dei rappresentanti degli stati membri che partecipano nei comitati che costituiscono la parte centrale della c.d. procedura di comitologia. Sulle procedure di comitologia prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona v. C. JOERGES, E. VOS (ed.), *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics*, Hart publishing, Oxford - Portland, 1999.

4.3 Le procedure per riconoscere ed evitare l'insorgere di potenziali conflitti di interesse

I regolamenti istitutivi di EFSA³³, EMA³⁴ e la Decisione della Commissione che istituisce i comitati scientifici sui prodotti non alimentari³⁵ stabiliscono che i membri dei comitati scientifici devono presentare una dichiarazione di interesse, che potrebbero essere ritenuti pregiudizievoli alla loro indipendenza, da rinnovarsi periodicamente³⁶.

Le tre normative qui esaminate inizialmente prevedevano un semplice modulo di dichiarazione di interesse. Grazie all'esperienza acquisita nel tempo queste normative sono state gradualmente rafforzate. EFSA, ad esempio, ha adottato dapprima un codice di condotta³⁷, poi un documento esplicativo relativo ai conflitti di interesse³⁸ e infine una normativa più dettagliata nel 2007³⁹, in seguito ripetutamente emendata.

Dei tre esempi scelti per il presente articolo, EFSA, nello specifico, ha sviluppato alcune procedure particolarmente rigide atte a gestire potenziali conflitti di interesse. La politica di EFSA prevede un processo di *screening* su tre livelli, oltre a quello effettuato attraverso la dichiarazione di interesse al momento della nomina degli esperti scientifici.

In particolare, il primo livello è rappresentato dalla dichiarazione di interesse annuale, una dichiarazione generale che gli esperti scientifici devono compilare relativamente a qualsiasi interesse che potrebbe essere in conflitto con il loro incarico all'interno di EFSA. Il secondo livello è la dichiarazione di interesse specifica, da completare prima dell'inizio di

³³ Art. 37 del reg. (CE) n. 178/2002.

³⁴ Artt. 61 e 63 del reg. (CE) n. 726/2004.

³⁵ Art. 15 della Decisione della Commissione 2004/210/EC.

³⁶ Ai sensi di tali disposizioni, anche i soggetti diversi dagli esperti scientifici sono obbligati a compilare dichiarazioni di interessi: v. art. 37 del reg. (CE) n. 178/2002, *supra* nota 23 e art. 63 del reg. (CE) n. 726/2004.

³⁷ EFSA code of conduct on declarations of interests, MB 10.03.2004 - 5.

³⁸ EFSA Guidance on declarations of interests, MB 16.12.2004.

³⁹ EFSA Policy on declarations of interests, MB 11.09.07 - 5.2, disponibile su internet al seguente indirizzo

<http://www.efsa.europa.eu/en/efsawho/doi.htm> (visitato da ultimo il 19 agosto 2010).

ogni riunione con riferimento all'ordine del giorno. Questo secondo livello permette a EFSA di vagliare le dichiarazioni di interesse specifiche e di intraprendere le misure ritenute opportune per porvi rimedio prima che la riunione abbia inizio. Il terzo livello corrisponde alla dichiarazione di interesse verbale, effettuata all'inizio di ogni riunione e ideata per "coprire" qualunque interesse che possa essere stato individuato nel breve lasso di tempo intercorrente tra la presentazione della dichiarazione di interesse specifica e l'inizio della riunione. Questo sistema potrebbe da taluno essere considerato gravoso sia per le persone coinvolte che per EFSA stessa ma permette all'Autorità di essere sempre a conoscenza dei potenziali conflitti di interesse dei suoi esperti e di reagire rapidamente per impedire che tali conflitti si verifichino, grazie alla continua consultazione degli esperti scientifici e all'utilizzo di un software dedicato che assicura una totale tracciabilità, accessibilità e trasparenza di tutte le informazioni inserite a riguardo. EMA e i comitati scientifici sui prodotti non alimentari limitano le loro politiche alle dichiarazioni di interesse annuali e orali.

Il vero cuore di qualunque politica sul conflitto di interesse risiede nello *screening* delle dichiarazioni di interesse e nelle misure preventive o riparatrici che hanno origine da tale valutazione. Un organo di consulenza scientifica può anche avere un sistema estremamente sofisticato per guidare i suoi esperti nella dichiarazione, ma ciò sarebbe completamente inutile senza un'adeguata valutazione degli interessi dichiarati e una chiara definizione delle misure atte a prevenire l'insorgere dei conflitti di interesse. Come ho affermato *supra*⁴⁰, infatti, ritengo che un sistema basato sulla mera divulgazione di un potenziale conflitto di interesse probabilmente non produrrebbe i risultati perseguiti.

Per la valutazione delle dichiarazioni di interesse, sia EFSA che EMA utilizzano un sistema a tre livelli di rischio, da attribuire a ciascun interesse dichiarato dagli esperti scientifici. I tre livelli riflettono una gravità crescente del potenziale conflitto rilevato dal personale che sta ese-

⁴⁰ V. *supra* § 3.

guendo lo *screening*. La partecipazione di ogni esperto ai gruppi di lavoro viene valutata in funzione dei risultati della valutazione della dichiarazione di interesse. Gli schemi delle due Agenzie sono abbastanza simili, tranne per il fatto che quello adottato da EMA prevede una fase di messa a punto basata su molteplici fattori, mentre quello seguito da EFSA prende sempre in considerazione la stessa valutazione, con la possibilità di ottenere delle esenzioni solo quando non è possibile individuare un esperto alternativo altrettanto valido. La differenza principale tra i due sistemi è che il primo vede i criteri di “messa a punto”, quali la disponibilità di esperti alternativi, come parte della valutazione finalizzata all’assegnazione di un livello di conflitto potenziale⁴¹, mentre il secondo considera la valutazione e l’attribuzione di esenzioni come due processi separati: anzitutto vengono valutati gli interessi, e in un secondo momento, ove opportuno, è possibile concedere un’esenzione se si soddisfano taluni requisiti. Allo stesso modo, i regolamenti dei comitati scientifici sui prodotti non alimentari della Commissione contengono un capitolo dedicato all’indipendenza⁴², in cui si descrivono tra le altre cose le implicazioni pratiche derivanti dall’identificazione di potenziali conflitti di interesse.

EFSA, EMA, e i comitati scientifici sui prodotti non alimentari hanno sviluppato moduli di dichiarazione di interesse analoghi, che coprono un’ampia varietà di interessi, dagli interessi finanziari, ai diritti di proprietà intellettuale, alle attività di consulenza. Le definizioni citate nei tre

⁴¹ EMA Procedure on the handling of conflicts of interests for EMA scientific committees members and EMA experts, EMA/H/5475/04/Rev1 Final, London, luglio 2006, p. 8, disponibile su internet al seguente indirizzo http://www.ema.europa.eu/docs/en_GB/document_library/Regulatory_and_procedural_guideline/2009/10/WC500005216.pdf [visitato da ultimo il 19 agosto 2010].

⁴² V. art. 14 delle Rules of Procedure of the Scientific Committees on Consumer Safety, Health and Environmental Risks and Emerging and Newly Identified Health Risks, disponibile su internet al seguente indirizzo http://ec.europa.eu/health/scientific_committees/docs/rules_procedure_en.pdf [visitato da ultimo il 20 agosto 2010].

documenti non sono identici, benché sembrino compatibili tra loro. Si può trovare una differenza di rilievo in materia di interesse finanziari, per i quali EMA ha introdotto una clausola *de minimis*, con una soglia di 50.000 Euro⁴³. EMA ipotizza che un interesse finanziario di uno dei suoi esperti al di sotto di tale importo non possa determinare un conflitto di interesse. Contrariamente a EMA, sia EFSA che i comitati scientifici sui prodotti non alimentari della Commissione non hanno adottato la suddetta soglia, mantenendo così una notevole discrezionalità su tutti gli interessi finanziari di ridotta entità dichiarati dai loro esperti.

All'interno di EMA, e nei comitati sui prodotti non alimentari, la mancata presentazione di una completa dichiarazione di interesse comporta l'impossibilità per l'esperto di partecipare alla riunione che gli compete. Per contro, le misure attuali di EFSA includono anche la possibilità di proporre al Consiglio di Amministrazione dell'Agenzia la revoca della nomina di un membro o di un esperto, in caso di mancata ottemperanza agli obblighi previsti dalle sue norme interne.

Se la dichiarazione di interesse viene presentata, sulla base dello *screening* è possibile che gli esperti non siano autorizzati a partecipare alle riunioni nelle quali sono affrontati alcuni temi, siano esclusi dalla redazione di alcuni pareri o siano esentati dal voto relativo a tali questioni, a seconda del grado di conflitto rilevato. Un elemento interessante è che sia EFSA che EMA hanno stabilito nei loro regolamenti chiare linee guida ove si individuano quali azioni preventive o riparatrici debbano essere adottate come conseguenza di determinati interessi dichiarati dell'esperto.

⁴³ FDA applica la medesima "soglia" per individuare gli interessi presunti rilevanti, sebbene naturalmente in dollari statunitensi: v. U.S. Food and Drug Administration, agosto 2008, Guidance for the Public, FDA Advisory Committee Members, and FDA Staff on Procedures for Determining Conflict of Interest and Eligibility for Participation in FDA Advisory Committees, disponibile su internet al seguente indirizzo <http://www/fda.gov/ohrms/dockets>, p. 8 (visitato da ultimo il 20 agosto 2010).

4.4 Lo sforzo per attenuare le conseguenze negative dei sistemi di EFSA – EMA: il concetto delle audizioni

Abbiamo visto come EFSA, EMA e la Commissione applichino normative alquanto rigide in materia di conflitto di interesse, e che le stesse possono avere ripercussioni sulla disponibilità di esperti scientifici sufficientemente qualificati⁴⁴. Al fine di conciliare i severi requisiti di indipendenza e le necessità legate all'importanza di raccogliere le competenze scientifiche più aggiornate e qualificate, le politiche di EFSA e di EMA permettono ad alcuni esperti di contribuire con le proprie conoscenze ai comitati scientifici nel quadro di un'audizione (c.d. *hearing*), e non come membri di quel gruppo di esperti. Le audizioni sono solitamente organizzate affinché le due Agenzie possano raccogliere le opinioni di quei soggetti che sono stati trovati in conflitto di interesse. Con l'istituzione di audizioni *ad hoc*, essendo consapevoli dell'esistenza di conflitti di interesse e del fatto che l'esperto in questione potrebbe offrire un punto di vista non obiettivo, EFSA e EMA mirano a sfruttare tutte le conoscenze disponibili sul mercato, pur cercando di preservare la loro libertà e indipendenza intellettuale, con la creazione di un *firewall* virtuale. Per evitare che tali esperti si trovino nella possibilità di esercitare un'indebita ingerenza sul parere definitivo degli organi di consulenza, entrambe le Agenzie prevedono che gli esperti partecipanti all'audizione non possano occuparsi della redazione dei pareri, prendere parte al processo che porta all'adozione degli stessi, votare e, più in generale, andare oltre il ruolo informativo che è stato loro assegnato.

In un mondo in cui l'interazione tra il settore accademico il mondo produttivo è la regola e non più l'eccezione, l'approccio descritto precedentemente è, a mio avviso, pragmatico e realistico.

⁴⁴ V. *supra* § 3.

5. Una prospettiva comparata: il caso dei comitati scientifici della Food and Drugs Administration

Dopo aver analizzato le politiche sul conflitto di interesse attuate da alcuni attori istituzionali dell'Unione europea, possiamo ora passare ad esaminare i loro corrispettivi statunitensi, e vedere se queste Agenzie possono essere utilizzate come *benchmark*, limitatamente al perimetro di analisi del presente lavoro.

È risaputo che FDA adotta un sistema simile a quello dei comitati scientifici sui prodotti non alimentari della Commissione europea⁴⁵. I comitati consultivi di FDA offrono la consulenza di esperti indipendenti all'Agenzia su questioni scientifiche, tecniche e politiche relative allo sviluppo e alla valutazione dei prodotti regolamentati da tale Agenzia. Anche il processo decisionale presenta alcune similitudini: benché i comitati consultivi composti da esperti scientifici emettano raccomandazioni rivolte a FDA, è solo all'Agenzia che spetta l'ultima parola in ambito normativo⁴⁶. Quanto al settore dei prodotti alimentari e dei mangimi per animali, possiamo pertanto concludere che l'attuale *governance* di FDA è paragonabile a quella in vigore all'interno dell'Unione prima della crisi della mucca pazza⁴⁷.

Tuttavia, mentre la *governance* vigente è analoga a quella adottata dalla Commissione per i suoi comitati scientifici interni, non si può dire lo stesso circa la *Policy* di FDA in materia di conflitto di interesse⁴⁸. Leg-

⁴⁵ Per un'analisi più accurata delle differenze e delle somiglianze che caratterizzano le due istituzioni in parola, e i rispettivi comitati scientifici, si rinvia a S. TAI, "Comparing approaches toward governing scientific bodies on food safety in the United States and the European Union", *Wisconsin Law Review*, Vol. 2010, No. 2, pp. 627 e ss.

⁴⁶ V. ad esempio D. FOX, "Safety, Efficacy, and Authenticity: The Gap between Ethics and Law in FDA Decision making", *Michigan State Law Review*, Vol. 2005, No. 4, pp. 1135 e ss.

⁴⁷ K. VINCENT, "Mad Cows' and Eurocrats—Community Responses to the BSE Crisis", *European Law Journal*, Vol. 10, No. 5, September 2004, pp. 499 e ss.; E. VOS, "EU Food Safety Regulation in the Aftermath of the BSE Crisis", *Journal of Consumer Policy*, 2000, pp. 227 e ss.

⁴⁸ V. U.S. Food and Drug Administration, agosto 2008, Guidance for the Public, *supra* nota 43.

gendo questo documento, non si può non avere l'impressione che FDA attribuisca un peso rilevante al concetto di esenzione. Tale impressione è rafforzata dal fatto che il precedente titolo della normativa in questione era "FDA Waiver Criteria 2000", la quale, con il termine *waiver*, ossia esenzione, metteva ancora di più l'accento sulla centralità di tale concetto nell'architettura della politica sul conflitto di interesse di FDA, e ammetteva un uso più frequente delle esenzioni rispetto alla sua versione più recente, adottata nel 2008⁴⁹. Tuttavia, anche con l'adozione della norma emendata nel 2008, le esenzioni hanno continuato a caratterizzare in modo rilevante la politica di FDA sul conflitto di interesse. Tali esenzioni sono concesse a quegli esperti per i quali l'insorgere di un conflitto non è già stato escluso *ex lege* da un procedimento alquanto generoso⁵⁰. Infatti, FDA non solo prevede un più ampio ricorso alle esenzioni ma, nel selezionare gli interessi pertinenti, segue anche un albero decisionale che, di fatto, ne esclude diversi che sarebbero considerati potenziali conflitti da EFSA e da EMA, e probabilmente anche dalla Commissione europea.

A una sommaria analisi, una differenza tra le politiche dell'Unione e quelle di FDA consiste nel fatto che la nozione statunitense di interesse rilevante è limitata agli interessi finanziari, mentre, come abbiamo visto, in generale è possibile affermare che le Agenzie e gli organi dell'Unione ritengono che conflitti di interesse possano nascere da un ben più vasto spettro di attività. È possibile che ciò sia almeno in parte da attribuirsi anche al particolare quadro giuridico e istituzionale entro cui FDA opera⁵¹. Ad ogni modo, l'attuazione di tali disposizioni da parte di FDA ha

⁴⁹ V. U.S. Food and Drug Administration, agosto 2008, Guidance for the Public, *supra* nota 43, p. 7.

⁵⁰ In tal senso pare esprimersi anche S. TAI, "Comparing approaches", *supra* nota 45, p. 40 secondo la quale "*exceptions to the conflict of interest provisions undercut any actual impact they might have on removing biased experts*".

⁵¹ 18 U.S.C. 208(b)[3] e sezione 712(c)[2] del Federal Food, Drug, and Cosmetic Act. La Section 712 del Federal Food, Drug, and Cosmetic Act (21 U.S.C.

quasi azzerato questa disparità, in quanto l'Agenzia ha interpretato la nozione di interesse finanziario in modo più ampio, includendo anche ambiti quali l'occupazione, la consulenza, i brevetti *et cetera*.

Un divario sostanziale tra il sistema europeo e quello nordamericano è rappresentato anche dal fatto che, secondo la norma d'oltreoceano, un potenziale conflitto di interesse può avere origine solo nell'ambito di riunioni su questioni particolari, come ad esempio la valutazione di sostanze e prodotti⁵², e solo nel caso in cui la riunione possa avere un impatto diretto o prevedibile su interessi di natura economico-finanziaria. Per le riunioni nel corso delle quali sono affrontate questioni di carattere più generale, o quando non è possibile riconoscere un impatto diretto o prevedibile, non è lasciato alcun margine di discrezionalità e si esclude *ex lege* l'insorgere di qualsiasi conflitto di interesse. Al contrario, nei sistemi descritti nei paragrafi che precedono, conflitti di interesse possono verificarsi anche nel corso di riunioni nelle quali sono affrontate questioni più generali o orizzontali. La natura dei temi da trattare nell'ambito della riunione sarà presa in considerazione al momento di decidere la gravità di un conflitto, e perciò anche sull'adozione della misura più adatta per evitarlo o per porvi rimedio, ma in sé non escluderà l'individuazione di un conflitto di interesse.

Inoltre, quando un certo interesse possiede tutte le caratteristiche per essere giudicato come un potenziale conflitto di interesse, FDA applica un sistema di eccezioni normative con la conseguenza che quegli interessi non possono essere etichettati *a priori* come conflitti. Le eccezioni normative sono rappresentate da quelle situazioni ritenute da parte del direttore dell'*Office of Government Ethics* troppo remote o irrilevanti per influenzare il lavoro dei funzionari o dei dipendenti pubblici⁵³.

379d-1) fu inserita dal Food and Drug Administration Amendments Act del 2007 (FDAAA), Pub. L. No. 110-85, sec. 701.

⁵² V. U.S. Food and Drug Administration, agosto 2008, Guidance for the Public, *supra* nota 43, pp. 9-11.

⁵³ Come ad esempio avere precedentemente lavorato in un'azienda ospedaliera o aver utilizzato o prescritto determinate prodotti medicinali, per quanto ri-

Infine, come anticipato, anche quando un interesse è classificato come un conflitto, è possibile concedere un'esenzione nel caso in cui si ritenga che l'esperto in questione fornisca una "competenza fondamentale" al comitato consultivo pertinente. Al fine di superare il test della "competenza fondamentale", va dimostrato che l'*expertise* in oggetto non possa essere ottenuta con alcun altro mezzo. Questo è un altro elemento essenziale che si ritrova anche nelle politiche riguardanti il sistema di dichiarazioni di interesse adottate di EFSA e da EMA.

Sebbene sia innegabile che anche le politiche di EMA e di EFSA prevedono la possibilità di concedere un'esenzione, nel caso delle Agenzie dell'Unione la rilevanza statistica di queste eccezioni si colloca su una scala completamente diversa. Mentre per FDA in un comitato scientifico la presenza di un esperto con un conflitto di interesse e al quale sia stata rilasciata un'esenzione sembra rappresentare la regola⁵⁴, per le

guarda i comitati scientifici che forniscono consulenza su prodotti medicinali [5 CFR 2640.203(i)] e per alcuni membri privi di diritto di voto e rappresentanti di interesse corporativi che partecipano alle riunioni dei comitati tecnici permanenti della FDA: v. U.S. Food and Drug Administration, agosto 2008, *Guidance for the Public*, *supra* nota 43, p. 15.

⁵⁴ Così P. LURIE, C. M. ALMEIDA, N. STINE, et al., "Financial Conflict of Interest Disclosure and Voting Patterns at Food and Drug Administration Drug Advisory Committee Meetings", (2006) *JAMA*, Vol 295, No. 16, pp. 1922 e ss., che hanno verificato come almeno un conflitto di interesse sia stato dichiarato da almeno un membro o consulente esterno dei comitati scientifici di FDA in almeno il 73% delle riunioni analizzate nel contesto di quello studio; K. A. McComas, L. A. SHERMAN, "Conflicts of Interest and FDA Advisory Committee Meetings: A Study of Public Attitudes and Opinions", disponibile su internet al seguente indirizzo <http://www.fda.gov/oc/advisory/acstudy0904/JIFSANresearch.html> (visitato da ultimo il 19 agosto 2010); R. STEINBROOK, "Financial Conflicts of Interest and the Food and Drug Administration's Advisory Committees", (2004) *New England Journal of Medicine*, 353: pp. 116 e ss.; e Center for Science in the Public Interest, "Twisted Advice: Federal Advisory Committees Are Broken", 2009, disponibile su internet al seguente indirizzo http://www.cspinet.org/new/pdf/twisted_advice_final_report.pdf (visitato da ultimo il 19 agosto 2010). Per una critica alquanto severa in relazione ad una apparente carenza di indipendenza dei comitati scientifici di FDA si veda J. LULIANO, "Killing Us Sweetly: How to Take Industry out of the FDA", *Journal of Food Law & Policy* (2010).

Agenzie dell'Unione, come EFSA, è una vera e propria eccezione, come è possibile desumere dai pareri scientifici e dai verbali delle riunioni dei gruppi di esperti. Ciò è stato osservato, e in un certo senso corretto, anche dal Congresso degli Stati Uniti d'America, che ha approvato la sezione 701 dell'*FDA Amendments Act* (sezione 712 dell'Atto). Questo atto, oltre a fissare un nuovo divieto relativo al conflitto di interesse e uno standard per la valutazione delle esenzioni, invita FDA a concentrare i suoi sforzi sul reclutamento di membri per i propri comitati consultivi con il minor numero di potenziali conflitti di interesse, e limita il numero di esenzioni che l'Agenzia può concedere in un determinato anno. Ciononostante, anche quest'azione riparatrice intrapresa dal legislatore sarà implementata in modo progressivo, in quanto prevede che entro il 2012 FDA potrà concedere esenzioni al massimo per il 75% del (considerevole) totale di esenzioni emesse nel 2007⁵⁵.

A mio giudizio, i punti esaminati in questo paragrafo evidenziano come le politiche sui conflitti di interesse di EFSA e di EMA siano molto più rigide ed efficaci di quelle attualmente implementate da FDA.

6. Conclusioni

Nei precedenti paragrafi ho brevemente analizzato le attuali politiche sul conflitto di interesse attuate da EFSA, EMA, dai comitati scientifici sui prodotti non alimentari e da FDA. Abbiamo visto come la politica adottata da EFSA sembra fornire il sistema più completo e rigido. Possiamo dunque concludere che il principale rischio nella definizione di una politica sul conflitto di interesse è rappresentato dall'insita difficoltà di garantirne una corretta implementazione, con un'attenzione particolare alla possibilità di sanzionare le violazioni e le omissioni dei soggetti interessati. Per quanto concerne le politiche dell'Unione europea, non

⁵⁵ V. U.S. Food and Drug Administration, agosto 2008, Guidance for the Public, *supra* nota 48, p. 6 e S. F. WOOD, K. L. PEROSINO, "Increasing Transparency at the FDA: The Impact of the FDA Amendments Act of 2007", (2008) *Public Health Reports*, pp. 527 e ss.

esiste una procedura trasparente per sanzionare coloro che violano le disposizioni in questione. L'unica eccezione pare essere costituita da EFSA. Il legislatore europeo dovrebbe comunque intervenire per garantire un approccio coerente ad una problematica delicata ed importante che riguarda tutta la funzione pubblica europea.

Abbiamo visto come un punto fermo di tutte le politiche esaminate sta nell'impossibilità di considerare tutti gli interessi dichiarati da un soggetto interessato come un conflitto d'interessi. Al contrario, per essere giudicati esperti di una certa disciplina, gli scienziati devono per forza avere un considerevole numero di interessi in quell'ambito. Pertanto, più i requisiti di indipendenza sono severi, meno esperti saranno ritenuti idonei a diventare membri di un organo scientifico pertinente, o più basso sarà il livello di competenza che quegli stessi organi dovranno prepararsi ad accettare. Ne consegue che regole più severe, procedure onerose e controlli invasivi potrebbero rendere difficile il reperimento di un livello di competenza adeguato o demotivare i potenziali candidati, o gli esperti che già prestano il loro servizio (a titolo pressoché gratuito). È pertanto agevole rilevare come il profilo più critico di qualunque politica in tema di conflitti di interesse sia il difficile bilanciamento che deve essere operato tra la tutela dell'indipendenza della consulenza scientifica e le ragioni che mirano a salvaguardare l'eccellenza scientifica e l'efficacia dell'azione amministrativa. Inoltre, non si può non rilevare come quando il legislatore impone determinati requisiti di indipendenza sugli organi scientifici, dovrebbe considerare anche i costi che tali politiche comportano, sia in termini burocratici che di bilancio. Del resto, non si capisce come mai le valutazioni di impatto rese obbligatorie per le normative che regolamentano il settore privato non debbano essere effettuate anche per le disposizioni che impongono nuovi oneri per il settore pubblico. Non si può ignorare che queste politiche determinano procedure amministrative gravose per i soggetti interessati e che, al fine di attuarle, gli organi pertinenti devono investire una considerevole quantità di risorse umane e finanziarie. Ad esempio, negli Stati Uniti e in

Canada la quasi totalità degli stati e delle Agenzie ha a disposizione dei comitati etici e degli organi di controllo speciali. Menzel stima che “nella divisione esecutiva del governo federale lavorano all’incirca 15.000 funzionari, tra full-time e part-time, che si occupano di etica.”⁵⁶ In altre parole, non è possibile creare un’etica professionale senza stanziare un *budget* adeguato⁵⁷.

È quindi difficile evitare una domanda spinosa: è ragionevole imporre agli esperti scientifici e ai dipendenti di tali Agenzie un tale onere, finalizzato alla prevenzione del conflitto di interesse, quando la stessa cosa non viene fatta per i funzionari di più alto livello e per i politici che prendono le decisioni definitive e vincolanti⁵⁸? Hanno ancora un senso queste politiche quando il fenomeno “*revolving door*” accade pressoché ovunque nel panorama normativo? Personalmente, ritengo che la risposta a tale domanda debba essere positiva⁵⁹ e che tale risposta sia legata alla principale ragione che è alla base della creazione degli orga-

⁵⁶ D. C. MENZEL, *Ethics Management for Public Administrators*, New York/London, 2007, p. 15.

⁵⁷ C. DEMMKE et al., “Regulating Conflicts of Interest”, *supra* nota 17, p. 115.

⁵⁸ C. DEMMKE et al., “Regulating Conflicts of Interest”, *supra* nota 17, p. 142.

⁵⁹ Sebbene alcuni studi apparentemente dimostrino che i risultati delle discussioni dei comitati scientifici non hanno un impatto reale sul valore di borsa delle società del settore in questione quando essi abbiano considerato argomenti che hanno un effetto per così dire “orizzontale” ed equipollente su tutta l’industria regolamentata in questione: così J. H. GOLEC, e J. A. VERNON, “What’s the ‘Interest’ in FDA Drug Advisory Committee Conflicts of Interest?” (24 aprile 2009), *NBER Working Paper* No. w14932, disponibile su internet al seguente indirizzo www.ssrn.com [visitato da ultimo il 19 agosto 2010]. A parere di chi scrive tali conclusioni non sorprendono affatto, se solamente si considera che le imprese sono più direttamente coinvolte dai pareri scientifici relativi alla sicurezza dei prodotti da loro commercializzati o prodotti, piuttosto che da argomenti generali che hanno il medesimo effetto su tutti i soggetti regolamentati. In altre parole, è normale che i pareri scientifici non abbiano risvolti finanziari quando non coinvolgono le prospettive commerciali dei prodotti, ma solamente argomenti generali che avranno un identico impatto su tutti i *competitors* di un determinato settore. Il vero problema, invece, è determinare se i pareri scientifici di tali comitati hanno conseguenze sulle prospettive commerciali e finanziari, anche se in questo caso la risposta appare piuttosto scontata.

Simone Gabbi

ni di consulenza scientifica, che, a mio avviso, resta ancora oggi l'unica
atta a giustificare la loro esistenza: la preparazione di pareri scientifici
obiettivi e, di conseguenza, indipendenti.

L'obiettivo non è solo quello di garantire l'attendibilità di alcuni organi di
consulenza scientifica, ma l'autorità del sapere scientifico nell'arena
normativa.

Agenzie Web 2.0: le Agenzie europee e le nuove forme di comunicazione elettronica

*Alessandro Spina**

Summary. Diffusion of new data-processing technologies enabling interactive and collective use of Internet Web 2.0 applications – social networks or wiki-based platforms – sees the emergence of the power of information. In this note, the Author discusses how “information” can be harnessed by European agencies in order to perform their activities. By drawing from the example of the “Open Government” of the Obama Administration, agencies may consider to leverage their unique network-based nature and the amount of EU-wide data they process, in order to promote innovative forms of communication and to engage the public in collaborative projects. The Web 2.0 offers an opportunity for these administrative bodies to decline under a new dynamic framework the principle of an “open, efficient and independent European administration” of Article 298 of the TFUE.

1. Le Agenzie e il potere dell'informazione

Uno dei tratti caratteristici della famiglia delle Agenzie europee è la funzione di raccolta, elaborazione e trasmissione di informazioni rilevanti

* Dottore di Ricerca in *Law and Economics* presso l'Università di Siena. L'Autore lavora presso l'Ufficio Legale dell'Agenzia Europea dei Medicinali (Londra). Le opinioni espresse in questo scritto sono interamente personali e non possono essere interpretate come posizioni ufficiali dell'istituzione di appartenenza

nei settori di competenza. Sebbene tale ruolo sia più o meno evidente dalle formule utilizzate nei regolamenti istitutivi, tutte le Agenzie possono definirsi enormi centri di raccolta e trasmissione di dati¹; in alcuni casi, la raccolta e la produzione di informazioni sembra essere la principale funzione delle Agenzie². A questa funzione, di solito, si ricollega anche il compito di creare “banche di dati” e “reti” di trasmissioni in cui le informazioni vengono raccolte e condivise tra le varie amministrazioni europee e nazionali³. Inoltre, e soprattutto per le Agenzie che operano in aree socialmente sensibili quali la protezione della salute pubblica o la sicurezza dei consumatori, si aggiunge un ben preciso compito di informare il pubblico attraverso comunicazioni “*obiettive, affidabili, e facilmente comprensibili*”.

Questa peculiare funzione di regia delle informazioni tecniche assegnata alle Agenzie ha suscitato un certo interesse tra gli studiosi delle istituzioni europee⁴ soprattutto perché la gestione delle informazioni è stata ricondotta all'emergere di modelli di governo fondati sulla *governance*⁵. In realtà, le conseguenze giuridiche di questa funzione non hanno

¹ In alcuni casi il riferimento è esplicito e descrivono le Agenzie come “*punto di riferimento/fonte di conoscenze tecniche e scientifiche*”: vedi ad esempio l'Articolo 2 del Regolamento (CEE) 1365/1975 che istituisce la Fondazione Europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro (EUROFUND); l'Articolo 2 del Regolamento (CE) 401/2009 che istituisce l'Agenzia Europea per l'Ambiente (EEA); Articolo 3 e *Considerando 5* del Regolamento (CE) 851/2004 che istituisce il Centro Europeo per la Prevenzione e il Controllo delle malattie (ECDC).

² Si pensi ad esempio all'Agenzia Europea dell'Ambiente (EEA), all'Agenzia Europea per la Sicurezza e Salute sul Lavoro (EU-OSHA), ad EUROJUST. Per una riflessione in merito Cfr. P. CRAIG, *EU Administrative Law*, [2006] Oxford, Oxford Univ. Press, pp. 156-160 e con particolare riguardo alle informazioni ambientali L. CUOCCOLO, *in questo volume*.

³ E' il caso ad esempio della rete *Eudravigilance* dell'Agenzia Europea dei Medicinali (EMA) per la trasmissione degli eventi avversi legati all'uso di medicinali.

⁴ G. MAJONE, “The New European Agencies: Regulation by Information”, in *Journal of European Policy* (1997), pp. 262-275.

⁵ Il motivo ricorrente dell'uso delle informazione e della creazione del dialogo con gli *stakeholders* e' stato uno dei pilastri della strategia della *Governance*

sempre ricevuto l'attenzione che avrebbe meritato forse perché le informazioni provenienti dagli organismi pubblici sono spesso classificate *a priori*, e con una malcelata "riserva mentale", come atti di *soft law*, e, dunque, di secondario interesse⁵.

E' chiaro che, considerata attraverso le lenti del modello classico della pubblica amministrazione caratterizzato dall'uso di poteri coercitivi della libertà dei privati, la funzione pubblica di comunicazione e informazione viene vista come una sorta di menomazione rispetto alla funzione di adottare atti vincolanti che abbiano un effetto diretto sulla sfera giuridica dei terzi. Questo giudizio sembra fondarsi su una chiara sottostima del potere esercitato dalle comunicazioni provenienti dalle pubbliche amministrazioni⁷. La capacità persuasiva delle informazioni, soprattutto quando formulate come raccomandazioni o consigli, di influenzare le decisioni e di modificare i comportamenti sembra gradualmente emergere nelle riflessioni degli studiosi di diritto pubblico⁸. La funzione pubblica di comunicazione viene dunque a presentarsi come nuovo elemento

Europea Cfr Comunicazione della Commissione *La Governance Europea Un Libro Bianco* COM (2001) 428 def.

⁵ D. ZARING, "Best Practices", in *New York University Law Vol.* 81 (2006), pp.294-350. Nell'ordinamento americano, l'A. suggerisce che una delle cause di questo disinteresse da parte degli *administrative law scholars* che sono generalmente "Court-obsessed" sia l'assenza di una diretta sindacabilità giurisdizionale degli atti di raccomandazione (*best practices*): p.311, nota 62.

⁷ Non è questa la sede per affrontare in dettaglio questo tema che solleva complesse questioni di carattere dogmatico sul regime giuridico di certi atti della pubblica amministrazione quali messaggi, informazioni, campagne mediatiche, comunicati stampa, che pur non essendo direttamente vincolanti producono effetti concreti nel comportamento degli amministratori. A nostro avviso si deve però constatare che questi atti hanno un indubbio rilievo giuridico, nel senso che, seppur non soggetti ad un sindacato giurisdizionale di legittimità in quanto carenti di forza vincolante, essi si pongono come manifestazioni dirette del potere pubblico e sono in grado di influenzare il comportamento dei loro destinatari. Cfr. Le considerazioni della Corte di Giustizia nella sentenza C-249/81 *Commission v. Irland* ("Buy Irish") specialmente i para. 26-29.

⁸ T. DAINTITH, "Spin: a Constitutional and Legal Analysis", in *European Public Law Vol.* 7 (2001), p. 594; K. YEUNG, "Regulating Government Communications", in *Cambridge Law Journal* Vol. 65 n.1 (2006) pp.53-91.

strutturale dei sistemi amministrativi, che viene accompagnata dall'affermarsi di nuovi principi dell'azione e organizzazione amministrativa, come il principio di partecipazione, di trasparenza, di semplicità, di sussidiarietà⁹. Il rilievo dell'informazione e della comunicazione nei rapporti sociali delle economie post-industriali, e di produzione di merci e servizi, sembra essersi esponenzialmente moltiplicata grazie agli sviluppi e alla diffusione delle tecnologie dell'informazione e comunicazione (ICT) che hanno radicalmente ridotto "i costi di transazione"¹⁰.

A tal proposito, sembra importante ricordare che la diffusione di nuove tecnologie, e più precisamente la diffusione dei comportamenti sociali resi possibili da quest'ultime, ha spesso portato all'evoluzione di concetti giuridici che erano apparentemente incontrovertibili.

Appare dunque opportuno soffermarsi, nell'ambito di una più generale riflessione sull'impatto delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione sulle pubbliche amministrazioni che chiaramente non può essere affrontata in questa sede, quali opportunità di applicazione del Web 2.0 possano presentarsi per le Agenzie europee, soprattutto alla luce della rilevanza del ruolo di raccolta e gestione delle informazioni in questo modello *sui generis* di organizzazione amministrativa.

2. *Social networks* e *wikipedia*: le nuove forme di comunicazione e produzione del sapere nel Web 2.0

Pur in mancanza di una definizione univoca e onnicomprensiva del Web 2.0, una serie di concetti quali *participative web*, *social computing*, *user-generated content* intendono catturare alcune dimensioni di questo fenomeno socio-economico. Si procede dunque in via deduttiva e i

⁹ Si vedano le attente considerazioni di G. ARENA, "La funzione pubblica di comunicazione", in G. ARENA *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Maggioli, Rimini (2001) pp. 29-81.

¹⁰ Y. BENKLER, *The Wealth of Networks. How social production transforms market and freedom*, New Haven and London, Yale University Press (2006).

caratteri distintivi del Web 2.0 vengono di solito ricavati dalle sue più note applicazioni¹¹.

Il Web 2.0 trova la radice etimologica del suo numero seriale nell'elemento di evoluzione rispetto ad una fase antecedente, il Web 1.0, che indicherebbe la prima fase di diffusione di Internet e delle sue applicazioni nella società (*e-mail*, siti *web*). Mentre dunque il Web 1.0 si sarebbe contraddistinto per una sostituzione di elementi esistenti con corrispettivi elettronici funzionalmente assimilabili (si pensi per esempio al rapporto che c'è tra lettere e *e-mail* per quanto riguarda la corrispondenza tra privati), il Web 2.0 permetterebbe interazioni socialmente rilevanti che non sarebbero state prima possibili, o sarebbero state possibili con elevati costi di transazione. Si pensi alla capacità dei motori di ricerca di conservare e sfruttare i dati relativi alle scelte effettuate da precedenti utenti di Internet al fine di fornire una serie di indicazioni di rilevanza ad altri utenti (risultati di ricerca di *Google*), o la possibilità di utilizzare piattaforme elettroniche per aggregare conoscenze diffuse (come nel caso dell'enciclopedia elettronica *wikipedia* cui chiunque può contribuire) o condividere le valutazioni o le esperienze di altri consumatori/utenti (quali *TripAdvisor*, *Amazon* o *eBay*)¹²; infine la possibilità di comunicare offerta dai *social networks* che creano nuovi spazi pubblici virtuali e consentono una diffusione veloce e "virale" delle notizie.

Il Web 2.0 è stato visto come un sistema complesso composto da "un insieme di tecnologie, applicazioni, e valori"¹³. Un simile approccio pren-

¹¹ Sarebbe un arduo compito quello di elencare esaustivamente le applicazioni concrete del Web 2.0. A titolo meramente esemplificativo, vale la pena citare le applicazioni di maggiore successo quali i *Blogs*, *Facebook*, *Google*, *Wikipedia*, *YouTube*, *Twitter*.

¹² Sulla necessità di regolare queste ultime informazioni che possono avere un rilevante effetto distorsivo sulle dinamiche di mercato vedi: E. GOLDMAN, "The regulation of reputational information", in B.SZOKA-A.MARCUS *The Next Digital Decade. Essays on the future of the Internet*, TechFreedom, Washington (2010) pp. 293-304.

¹³ D.OSIMO, *Web 2.0 in Government: Why and How?*, in the European Commission Joint Research Centre Scientific and Technical Reports N. 45269 (2008)

de in considerazione non solo le tecnologie in sé¹⁴ ma anche i prodotti sviluppati sulla base di queste tecnologie¹⁵ (le applicazioni) e, ai fini che qui maggiormente rilevano, i concetti paradigmatici che sono alla base dell'uso di questi prodotti (i valori). Tra questi ultimi figurano l'aggregazione di conoscenza (*collective intelligence*), la revisione continua finalizzata all'evoluzione dei prodotti (*perpetual beta*), la compatibilità (o meglio, la confusione dei ruoli) tra utenti/produttori di informazione, la facilità di uso connessa alla crescente portabilità dei dati. La forza centrale delle applicazioni di Web 2.0 è aggiungere valore ai servizi facendo leva su comportamenti e contributi, volontari o involontari, degli utenti stessi.

3. L'Open Government dell'amministrazione americana

Nel suo giorno di insediamento alla Casa Bianca, il Presidente degli Stati Uniti d'America Barack Obama ha adottato un ambizioso *Memorandum* indirizzato a tutte le amministrazioni federali americane. La missione del *Memorandum Transparency and Open Government*¹⁶, che è il documento di fondazione di un approccio di governo che adotta il paradigma del Web 2.0, è creare "un livello d'apertura delle strutture di governo senza precedenti". I punti fondamentali del breve atto programmatico sono tre: aumentare la trasparenza della pubblica amministrazione, far partecipare il pubblico nelle attività delle amministrazioni e creare meccanismi di cooperazione tra amministrazioni e i privati. Trasparenza e partecipazione non sono certo concetti nuovi nei documenti ufficiali e nelle discussioni accademiche riguardanti le forme di governo, l'elemento di novità è invece una declinazione in chiave Web 2.0 di que-

disponibile al sito <http://ftp.jrc.es/EURdoc/JRC45269.pdf> (ultimo accesso 15 Maggio 2011).

¹⁴ Programmi, protocolli tecnici e codici sorgente quali *Ajax*, *XML*, *Open Api*, *Microformats*, *Flash/Flex* sono definiti come i "mattoni" del Web 2.0 in quanto hanno reso possibile l'integrazione, il riuso dei dati e la compatibilità dei dati.

¹⁵ Si rimanda agli esempi fatti *supra* nella nota 10.

¹⁶ Memorandum of 21 January 2009 *Transparency and Open Government*, Federal Register Vol. 74 No.15.

sti due concetti. Ed, infatti, si precisa che le informazioni devono essere messe a disposizione del pubblico *online* e “nelle forme che il pubblico può facilmente trovare e *usare*”; si deve incoraggiare e recepire il feedback degli utenti su quali informazioni possono essere più utili; la partecipazione pubblica non è richiamata in quanto aumenta l'*accountability* delle istituzioni ma perché aumenta l'*efficienza* dell'azione amministrativa; infine, i pubblici ufficiali devono sfruttare il sapere diffuso nella società¹⁷. Le azioni intraprese per attuare il Memorandum presidenziale in particolare la Direttiva sull'*Open Government* dell' *Office of Management and Budget* (OMB) confermano questa lettura¹⁸. Viene richiesto alle Agenzie e agli altri uffici federali di pubblicare informazioni *online* e in un formato “aperto”, che sia compatibile con le applicazioni software maggiormente in uso, e che non presenti restrizioni che ne impediscano il ri-uso. Si prevede poi che ciascuna Agenzia debba entro una chiara data di scadenza rendere disponibili al pubblico in formato aperto almeno tre *database* contenenti dati di alto valore. Infine, la Direttiva richiede a tutte le amministrazioni di creare una pagina *web* dedicata all'accesso diretto da parte degli utenti di Internet a tutte le attività connesse con l'esecuzione della direttiva e che consenta al pubblico di interagire tramite *feedback* e proposte. L'Amministrazione Centrale ha il compito di creare una pagina *web* chiamata *Open Government Dashboard*¹⁹ in cui saranno resi accessibili i piani di “apertura” delle varie Agenzie e le statistiche sull'esecuzione del programma e altri interventi diretti alla facile fruibilità dei risultati. A circa due anni dall'inizio del programma di “apertura” amministrativa Web 2.0, i risultati sono degni di

¹⁷ Quest'ultima posizione sembra fondarsi sulla ratio di *Wikipedia*: “*Knowledge is widely dispersed in society, and public officials benefit from having access to that dispersed knowledge*”.

¹⁸ *Open Government Directive* dell' 8 Dicembre 2009 disponibile sul sito web della Casa Bianca http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/memoranda_2010/m10-06.pdf (ultimo accesso 15 maggio 2011).

¹⁹ www.whitehouse.gov/open (ultimo access effettuato il 15 Maggio 2011);

nota²⁰ e di una breve riflessione conclusiva. Non solo le Agenzie hanno messo a disposizione del pubblico un impressionante quantità di dati relativi alle loro attività²¹: dal monitoraggio delle emissioni di sostanze tossiche nell'ambiente al numero di lavoratori che percepiscono benefici previdenziali, dai livelli di consumo energetico per territorio a quello relativo all'evasione fiscale, dalle informazioni sul traffico aereo alla lista dei mercati degli agricoltori locali. La possibilità di riutilizzare questa impressionante quantità di dati ha permesso lo sviluppo di più di mille applicazioni di facile uso (chiamate "apps"²²) scaricabili sui telefoni cellulari o sui *personal computers* e che permettono lo sfruttamento dei dati a fini pratici.

²⁰ Per una critica incisiva del programma di aperture amministrativa della Presidenza Obama: Cfr. C.COGLIANESE, "The Transparency President? The Obama Administration and Open Government", in *Governance: An International Journal of Policy, Administrations and Institutions*, Vol.22 N. 4 (2009) pp. 529-544.

²¹ Al 15 Maggio 2011, il numero di registri contenenti dati messi a disposizione sono 389.681 (www.data.gov ultimo accesso effettuato il 15 maggio 2011).

²² Tale approccio prende ispirazione dal modello di organizzazione industriale basato sulle economie di "rete" e della produzione "sociale" che incoraggia la creazione da parte di terzi di beni complementari di una certa piattaforma tecnologica. Un esempio di grande successo è quello dell'azienda Americana *Apple* e delle *Apps* per gli *iPhone*. Mentre le altre case produttrici di telefoni cellulari hanno un numero limitato di applicazioni sviluppato o internamente o da altre parti con un legame commerciale con il produttore, la *Apple* realizzò e mise a disposizione del pubblico un sistema in cui chiunque avrebbe potuto costruire delle applicazioni compatibili con i propri prodotti. Ciò ha portato ad un'esplosione di creatività collettiva con più di 100 000 applicazioni per gli *iPhone* in poco più di 18 mesi. T.O'REALLY, "Government as a Platform" in D.LATHROP - L. RAUMA *Open Government. Collaboration, Transparency and Participation in Practice*, O'Reilly Media: Sebastopol (2010).

4. “Fare amicizia con le Agenzie”: i *social networks* e i nuovi modelli d’interazione tra cittadini e pubbliche amministrazioni

Analizzando ora più da vicino gli ambiti in cui le pubbliche amministrazioni, ed in particolare le Agenzie europee, possono riflettere sulle strategie per ottimizzare il potere delle informazioni di cui dispongono, il primo che viene alla luce è quello della comunicazione nei *social networks*.

Un aspetto significativo, e per certi versi anomalo, è l’adozione ufficiale da parte delle pubbliche amministrazioni di strategie di comunicazione e *marketing* equiparabili a quelle di soggetti di diritto privato²³. L’esposizione mediatica di soggetti pubblici è crescente. Le amministrazioni costituiscono “uffici stampa” e assumono professionisti delle pubbliche relazioni²⁴, investono nel design della grafica dei siti *web* e di materiale informativo, depositano i propri *logo* presso gli uffici di registrazione dei marchi, investono nella promozione di campagne pubblicitarie. Lo scopo ufficiale di queste misure è quello di elevare il grado di visibilità delle attività istituzionali anche in funzione di un maggiore partecipazione dei cittadini e di un più elevato livello di *compliance* verso comportamenti virtuosi.

In questo ambito, i *social networks* con il vasto bacino di utenti, i diversi canali di informazione e i meccanismi di rapida trasmissione, rappresentano un potente mezzo per attuare strategie di sensibilizzazione e informazione, che possono presentare un’alternativa efficace e efficiente rispetto a campagne di informazione attraverso mezzi di comunicazione più tradizionali quali radio, giornali e tv. Non solo, le interazioni create dai *social networks* rendono più difficile l’utilizzo dei mezzi di in-

²³ Per un’analisi delle tecniche adoperate, corroborata da alcuni interessanti esempi, vedi C. ANTERI, “La pubblicità delle pubbliche amministrazioni”, in G. ARENA *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Maggioli, Rimini (2001), pp. 277-306.

²⁴ L’Italia con l’adozione della Legge 150/2000 che disciplina le attività di informazione e comunicazione delle pubbliche amministrazioni si è posta come “capofila” tra i paesi avanzati della sistematizzazione giuridica di questa funzione.

formazione per tentativi di manipolazione mediatica di certe tematiche (*spin*)²⁵. I destinatari dell'informazione sono chiamati a partecipare attivamente al flusso informativo, attraverso la possibilità di utilizzare gli stessi canali per esprimere i propri commenti o confrontare la pubblica amministrazione. Questi canali di comunicazione possono anche essere utilizzati per aumentare la capacità di coinvolgere i cittadini in "premi" e "concorsi" diretti alla produzione di servizi di interesse pubblico²⁶ o in esperienze di *crowdsourcing*. Inoltre le campagne di informazione sui *social networks* possono essere utilizzati anche al fine di mettere in atto azioni dirette alla promozione di comportamenti socialmente positivi che possono essere avere ricadute positive in termini di *compliance*²⁷ maggiori di quelle raggiungibili attraverso i consueti strumenti regolatori di *command-and-control*²⁸. A tal proposito si riscontrano i primi timidi tentativi di utilizzo dei *social networks* da parte delle istituzioni europee: la Commissione ha ormai da tempo aperto ufficialmente un canale de-

²⁵ Sebbene sia stato messo in luce come queste azioni possono coprire anche tentativi di manipolazione mediatica (*spin*): Cfr. K. YEUNG, "Government by publicity management", in *Public Law* (2005) pp. 360-383.

²⁶ Un esempio lodevole che andrebbe diffuse anche nelle altre Agenzie e' il concorso bandito da un'Agenzia europea di recente formazione, l' Istituto Europeo per l'Uguaglianza di Genere (EIGE) per la scelta del proprio "logo". All'istituzione sono pervenuti più di mille esemplari, per maggiori informazioni: <http://www.eige.europa.eu/logo> [ultimo accesso effettuato il 15 Maggio 2011].

²⁷ Si pensi alle campagne di informazione che durante la scorsa crisi pandemica dell'influenza suina hanno incentivato comportamenti virtuosi dei passeggeri dei mezzi di trasporto pubblico in un'ottica di prevenzione del contagio.

²⁸ Questo rientra nei tentativi di trapianto nelle politiche pubbliche di strategie che provengono dalla psicologia comportamentale cui ci si riferisce attraverso l'idea del *nudge* o "spinta gentile" grazie al fortunato libro di C.SUNSTEIN -R.H. THALER, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, New Haven and London: Yale University Press, 2008, pp. 1-282 . Il Governo Inglese di David Cameron ha creato un ufficio, il *Behavioural Insights Team* per studiare l'applicazione di queste misure: <http://www.cabinetoffice.gov.uk/content/applying-behavioural-insights> [ultimo accesso effettuato il 15 maggio 2011].

dicato su *YouTube*²⁹, l'Agenzia Europea dell'Ambiente ha creato un profilo su *Facebook* e chiunque può dunque chiederne "l'amicizia".

5. Esperienze di *crowdsourcing* della pubblica amministrazione

Un'altra potenzialità che il Web 2.0 offre alle strutture di governo è la possibilità di aggregare conoscenze disperse e far collaborare il pubblico nell'acquisizione di informazioni utili all'azione amministrativa³⁰. Il modello è quello offerto da *wikipedia*: l'enciclopedia *online* cui tutti possono contribuire sia creando nuove voci o ampliando quelle esistenti (caratteristica che *supra* è stata definita *perpetual beta*) sia monitorando i contenuti delle informazioni già pubblicate³¹. Questa modalità di approvvigionamento di informazioni rende la massa (*crowd*) il gruppo di riferimento cui indirizzare appelli alla collaborazione collettiva. Alcuni esperimenti da parte di istituzioni pubbliche di replicare il modello di *wikipedia* sono stati già proposti e messi in pratica³². Si tratta ora di passare

²⁹ <http://www.youtube.com/user/eutube> (ultimo accesso effettuato il 15 maggio 2011). Questo canale è stato anche oggetto di una prima vivace polemica a seguito della pubblicazione di un cortometraggio diretto a promuovere il cinema europeo (*Film Lovers will love this*) che conteneva un riferimento a scene a sfondo sessuale: Cfr. L'interrogazione parlamentare alla Commissione n. P4970/08(FR) del 15 settembre 2008 della deputata del Parlamento Europeo Anna Zaborska.

³⁰ Il riferimento principale è l'analisi dettagliata e acuta di B.S. NOVECK, *Wiki-Government. How technology can make government better, democracy stronger and citizens more powerful*, Brookings Institution Press, (2009) pp. 1-224. L'Autrice, una giurista docente della New York University Law School è stata nominata consigliere dell'Amministrazione Obama sulle questioni relative all'innovazione tecnologica e delle riforme governative nel biennio 2009-2011.

³¹ Una delle critiche più comuni e infondate è la mancanza di affidabilità delle informazioni contenute su *Wikipedia*. Questa critica non tiene conto che le informazioni pubblicate sono soggette a un processo di filtraggio in alcuni casi ben maggiore di quello delle informazioni pubblicate nelle enciclopedie redatte secondo tradizionali criteri editoriali. A sostegno di questa tesi, si veda lo studio condotto da J. GILES, "Internet Encyclopedias go head to head", in *Nature* Vol. 438 (2005) pp. 900-901.

³² L'ufficio Brevetti Americano (USPTO) ha creato una piattaforma che consente a chiunque di collaborare nella valutazione delle nuove domande di brevetto per la parte relativa all'esame della novità industriale: *Peer-to-patent*.

dalla pionieristica e sporadica sperimentazione ad una più razionale applicazione del *crowdsourcing*, per esempio individuando i settori in cui il *crowdsourcing* può aumentare l'efficienza dell'azione amministrativa (acquisizione di beni immateriali quali appunto manufatti artistici quali logo, oppure pareri e/o informazioni rilevanti) e prevedendo disposizioni dirette a rendere obbligatoria la previa valutazione dell'utilizzo di queste innovative modalità di approvvigionamento di servizi immateriali³³.

6. Le Agenzie Europee Web 2.0: una conclusione *in fieri*

Questa breve nota vuole richiamare l'attenzione degli studiosi delle istituzioni europee a riflettere sul potenziale ruolo delle Agenzie europee nell'acquisizione, gestione e comunicazione delle informazioni offerte dal Web 2.0. L'uso dei *social networks* e dei "premi", il *crowdsourcing* rappresentano per le Agenzie europee una concreta possibilità di rinnovare la loro missione attraverso interventi che hanno un modestissimo impatto finanziario (e che anzi possono portare, in tempi di aumentati vincoli di bilancio, ad un uso più efficiente delle risorse) e che non richiedono lunghi e incerti (dal punto di vista politico) processi di revisione del quadro legislativo in cui esse operano e una ridefinizione dei rapporti ed equilibri con la Commissione Europea. Chiaramente i nuovi modelli di partecipazione e apertura amministrativa del Web 2.0 non sono esenti

³³Molteplici potrebbero essere le forme che potrebbe assumere un intervento che, fondandosi su ragioni di efficienza economica dell'azione amministrativa, mira a favorire l'uso del *crowdsourcing*: da una forma di controllo attraverso le regole finanziarie delle Agenzie, diretto a verificare l'effettiva necessità di determinati impegni di spesa in presenza di valide alternative fondate sul *crowdsourcing*, anche in ossequio del principio di "sana gestione finanziaria", a quella di promuovere un uso strategico delle procedure di appalto per stimolare l'innovazione delle piattaforme Web 2.0, in linea con recenti interventi programmatici sia in tema di appalti che in tema di innovazione tecnologica dell'Unione: Cfr. Comunicazione della Commissione *Preparare il nostro futuro: elaborare una strategia comune per le tecnologie abilitanti fondamentali nell'UE* COM (2009) 512 def; Comunicazione della Commissione *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, COM (2011) 15 def.

da problematiche di ordine giuridico [e non] quali la scelta linguistica delle comunicazioni delle Agenzie³⁴, l'elaborazione di idonei strumenti di controllo degli atti delle Agenzie in materia di informazione e comunicazione³⁵ o, infine, le problematiche relative alla protezione della privacy per quanto riguarda l'uso dei *social networks*.

D'altro canto, occorre far seguire alle buone intenzioni presentate nei documenti programmatici concrete misure dirette alla modernizzazione dell'organizzazione amministrativa delle Agenzie. Non si vede ad esempio come poter giustificare la perdurante assenza di un obbligo per le Agenzie europee corrispondente a quello che l'Unione ha imposto agli enti pubblici degli Stati membri con la Direttiva 2003/98/EC relativa al riutilizzo delle informazioni del settore pubblico³⁶. Un intervento di tal genere, che pure con un limitatissimo impatto finanziario, porterebbe ad una "esplosione" di dati utili all'innovazione tecnologica e alla creazione di beni e servizi per i cittadini europei e alla possibilità di promuovere forme di *governance* collaborativa³⁷. Le applicazioni del Web 2.0 presentano benefici ed esternalità positive quali la costruzione di

³⁴ In tema si rimanda alle attente riflessioni contenute nei contributi del volume E. CHITI, R. GUALDO (A CURA DI), *Il regime linguistico dei sistemi comuni europei. L'Unione tra multilinguismo e monolinguisimo*, Quaderno della Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Milano, Giuffrè (2008).

³⁵ In assenza di un rapporto di responsabilità di carattere politico dei vertici delle Agenzie verso il Parlamento e di un riconoscimento della possibilità di sindacato giurisdizionale diretto, gli atti di comunicazione sembrerebbero essere sottoposti solo all'intervento del Mediatore Europeo e/o a un controllo diffuso di veridicità delle informazioni di tipo "reputazionale".

³⁶ La Commissione, ha per esempio, fatto propri i principi della Direttiva 2003/98/EC attraverso l'adozione della Decisione 2006/291/Euratom, EC del 7 Aprile 2006 sul riutilizzo delle informazioni della Commissione che però *ratione personae* non si applica alle Agenzie europee.

³⁷ Cfr. J.D. DONAHUE- R.J. ZECKHAUSER, *Collaborative Governance. Private roles for public goals in turbulent times*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, (2011) pp.1-290; L. AMMANNATI, *Regulation Information and New Information technology. Do wiki-based instruments play an influential role in regulatory procedures at the global level*, contributo presentato al Congresso Internazionale dell'*International Institute of Administrative Sciences*, Losanna 4-8 Luglio 2011.

uno spazio pubblico europeo di partecipazione dei cittadini alle attività delle istituzioni e delle amministrazioni europee³⁸.

Per concludere, questi processi di ristrutturazione delle Agenzie europee ispirati alle dinamiche del Web 2.0 dovrebbero essere considerati non alla stregua di pionieristiche iniziative “tecnocratiche” ma come strumentali al fine di attuare concretamente i principi di *apertura, efficacia e indipendenza* dell’amministrazione europea sanciti dal nuovo articolo 298 del TFUE.

³⁸ Appare ad esempio pertinente richiamare in questa sede il Regolamento (UE) 211/2011 di attuazione del diritto di iniziativa dei cittadini introdotto dall’Articolo 11 del Trattato sull’Unione Europea che prevede la possibilità di presentare un sostegno *elettronico* alle proposte: Cfr. Articolo 6 del Regolamento che esplicita la possibilità di raccogliere adesioni di sostegno per via elettronica, e prevede le caratteristiche dei sistemi di raccolta di queste adesioni. La Commissione è tenuta a sviluppare e successivamente a mantenere “*un software con codice sorgente aperto*”, messo a disposizione gratuitamente che presenti le pertinenti caratteristiche tecniche e di sicurezza necessarie per ottemperare alle disposizioni del regolamento in ordine ai sistemi di raccolta per via elettronica.

L'Autorità bancaria europea.

Prime riflessioni intorno ad un modello "europeo" di vigilanza

*Davide Diverio **

Summary. In this note the Author aims to illustrate a first analysis of the legislation regulating the new European Banking Authority established by the Regulation (EU) n. 1093/2010. In particular, he aims to draw attention to the tasks and powers of the Authority (and its Board of Supervisors) and explains that when it adopts an individual decision addressed to a financial institution, in the case of breach of the EU law and especially in emergency situations, it shall act without the Commission control. Finally the A. expresses some doubts about the effectiveness and the nature of the Authority as a real European institution.

1. L'istituzione dell'Autorità bancaria europea

Con l'adozione, il 24 novembre 2010, da parte del Parlamento europeo e del Consiglio del Regolamento (UE) n. 1093/2010¹ è stata istituita l'Autorità bancaria europea nell'ambito del più generale Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF), di cui fanno parte il Comitato per il rischio sistemico (CERS), le due autorità "gemelle" delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali e degli strumenti finanziari e dei mercati, il comitato congiunto delle autorità europee di vigilanza oltre alle singole autorità nazionali di vigilanza degli Stati membri. Il pacchetto

* Università degli Studi dell'Insubria, Varese

¹ In *G.U.U.E.* L 331 del 15.12.2010, p. 12 e ss.

di proposte normative presentato dalla Commissione il 23 settembre 2009 all'esplicito fine di colmare le «serie lacune nella vigilanza finanziaria, sia di natura specifica che in relazione al sistema finanziario nel suo complesso»² che la recente crisi finanziaria aveva evidenziato è così giunto con un rapido *iter* legislativo alla definitiva approvazione conservando nella sostanza l'impianto delle originarie proposte dell'esecutivo europeo, pur presentando, come si dirà, alcuni non trascurabili elementi di novità rispetto alle indicazioni iniziali della Commissione.

Le ragioni che hanno indotto le istituzioni europee ad adottare tali normative emergono evidenti già dalla lettura del primo considerando del Regolamento in parola dove i modelli di vigilanza nazionali sono ritenuti del tutto inadeguati a «stare al passo con la globalizzazione finanziaria e la realtà integrata e interconnessa dei mercati finanziari europei, nei quali numerosi istituti finanziari operano a livello transnazionale»³. La crisi finanziaria avrebbe dunque palesato, in particolare, due motivi di rilevante preoccupazione: da un lato, il difetto di «cooperazione, coordinamento, applicazione uniforme del diritto dell'Unione e fiducia tra le autorità di vigilanza»⁴; dall'altro, quasi in via logico-consequenziale, il serio rischio per la stabilità del mercato finanziario europeo con l'ovvia ricaduta concreta di una minore tutela per gli operatori di tale mercato, soprattutto per gli investitori e i depositanti. Da tali considerazioni l'idea che fosse opportuno (e forse effettivamente necessario) un intervento normativo a livello dell'Unione europea, peraltro secondo una logica consolidata secondo cui poste le basi per l'armonizzazione di un dato mercato, ogni questione, in particolare se problematica, attinente a tale mercato debba essere affrontata e risolta (perché meglio) a livello

² Così la relazione della Commissione alla proposta di Regolamento del Parlamento e del Consiglio che istituisce l'Autorità bancaria europea, doc. COM (2009) 501 def., p. 2 ed in termini pressoché identici si esprime anche il primo considerando del Regolamento.

³ Considerando 1 del Regolamento (UE) n. 1093/2010.

⁴ *Ibidem*.

dell'Unione⁵. La Commissione aveva così tradotto, piuttosto fedelmente, nel pacchetto di proposte normative in discorso i risultati del rapporto presentato dal gruppo di alto livello presieduto da Jacques de Larosière, istituito su invito dello stesso esecutivo europeo al fine di immaginare possibili scenari di risposta al problema della crisi finanziaria internazionale⁶.

2. L'Autorità bancaria europea: una nuova Agenzia europea?

Ad un primo esame, l'Agenzia pare chiaramente il modello di riferimento dell'Autorità bancaria europea (così come delle altre autorità gemelle)⁷. Basti pensare alla esplicita attribuzione ad essa della personalità giuridica autonoma, con una disposizione (l'art. 5) che ricalca quasi pedissequamente le analoghe previsioni che si rivolgono alle Agenzie esistenti; alla sua composizione – anche se, come si dirà, più da un punto di vista formale che sostanziale –, con la presenza, in particolare, di un consiglio di amministrazione (artt. 45-47); ai suoi stessi compiti e poteri, fra i quali, ad esempio, fornire «pareri alle istituzioni dell'Unione» ed elaborare «orientamenti, raccomandazioni e progetti di norme tecniche di regolamentazione e di attuazione» che si fondino su singoli atti legi-

⁵ Sul punto, per tutti, L. S. ROSSI, *Il buon funzionamento del mercato comune: delimitazione dei poteri tra CEE e Stati membri*, Giuffrè, Milano, 1990.

⁶ Si tratta del Report – The High-level Group on Financial Supervision in the EU, 25.2.2009, reperibile sul sito internet della Commissione europea all'indirizzo http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_it.pdf.

Per un commento, *ex multis*, M. CARDI, "La riforma della vigilanza sui mercati finanziari negli Stati Uniti e in Europa", in *Contr. Impr./Eur.*, 2010, pp. 273-294, alle pp. 285-289; M. ONADO, "La supervisione finanziaria europea dopo il Rapporto de Larosière: siamo sulla strada giusta?", in *Bancaria – Sp. Issue*, 2009, pp. 16-26.

⁷ Sulle Agenzie dell'Unione europea pare qui sufficiente il rinvio a E. CHITI, *Le agenzie europee: unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, CEDAM, Padova, 2002; V. SALVATORE, "Le agenzie europee. Un nuovo strumento di *governance* per l'Unione", in Polo Interregionale di Eccellenza Jean Monnet di Pavia (ed.), *L'Unione europea e la società europea*, Pavia, 2010, pp. 45-56.

slativi europei (art. 8). Vero è, tuttavia, che tale Autorità, così come le Autorità delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali e degli strumenti finanziari e dei mercati, rappresenta la trasformazione dei precedenti Comitati previsti dalle singole direttive settoriali, costituite in ossequio al modello Lamfalussy, e ad una più attenta riflessione (come si dirà) tale circostanza si dimostra essere particolarmente utile nel tentativo di classificare l'Autorità bancaria attribuendole una giusta collocazione rispetto al *genus* Agenzia europea.

Con particolare riguardo alla sua composizione, l'art. 6 prevede che l'Autorità bancaria europea sia composta da un consiglio delle autorità di vigilanza⁸, da, appunto, un consiglio di amministrazione⁹, da un presidente¹⁰, da un direttore esecutivo¹¹ e, infine, da una commissione di ricorso¹². Al pari delle Agenzie, anche l'Autorità in esame dispone dunque

⁸ A norma dell'art. 40, esso è composto da un presidente, dal capo dell'autorità pubblica nazionale competente per la vigilanza degli enti creditizi in ogni Stato membro, da un rappresentante della Commissione, da un rappresentante della Banca centrale europea, da un rappresentante del CERS, da un rappresentante per ciascuna delle altre due autorità di vigilanza. Di tali componenti i soli capi delle autorità di vigilanza nazionali dispongono del diritto di voto.

⁹ Esso comprende, ai sensi dell'art. 45, il presidente e altri sei membri del consiglio delle autorità di vigilanza eletti da e fra i membri con diritto di voto dello stesso consiglio delle autorità di vigilanza.

¹⁰ Il Presidente, designato per cinque anni dal consiglio delle autorità di vigilanza, è un professionista indipendente impiegato a tempo pieno scelto al termine di una procedura di selezione aperta «in base ai meriti, alle competenze, alla conoscenza degli istituti e dei mercati finanziari, nonché all'esperienza in materia di vigilanza e di regolamentazione finanziaria» (art. 48).

¹¹ Tale figura, che ha il compito principale di gestire l'Autorità e preparare i lavori del consiglio di amministrazione, è nominata dal consiglio delle autorità di vigilanza, previa conferma del Parlamento europeo. Anch'esso, come il Presidente dell'Autorità, deve essere un professionista indipendente impiegato a tempo pieno che assicuri meriti e competenze negli identici ambiti (art. 51).

¹² La commissione di ricorso è un organismo congiunto delle Autorità europee di vigilanza ed è composto da sei membri, «persone di indubbio prestigio che abbiano dato prova delle conoscenze pertinenti e di esperienza professionale, anche nell'ambito della vigilanza, a livello sufficientemente elevato in campo bancario, assicurativo, delle pensioni aziendali e professionali, dei mercati azionari o altri servizi finanziari»: due nominati dal consiglio di amministrazione

di un consiglio di amministrazione chiamato tuttavia a giocare un evidente ruolo di secondo piano rispetto al consiglio delle autorità di vigilanza al quale il Regolamento attribuisce i più significativi poteri di azione, prevedendo di fatto che sia esso ad adottare le decisioni più rilevanti che rientrano nella competenza dell'Autorità bancaria. Se, infatti, al consiglio di amministrazione spetta un ambito di intervento che, eccettuata beninteso la rilevante competenza di bilancio, potremmo definire tutto sommato limitato o, comunque, più consueto in materia di poteri delle Agenzie, provvedendo esso, ad esempio, a compiti di ordine generale di vigilanza e gestione dell'attività generale dell'Autorità, è il consiglio delle autorità di vigilanza cui è conferita la competenza all'adozione delle «decisioni» di cui al capo II del regolamento, ovverosia i provvedimenti veri e propri, con rilevanza esterna, che l'Autorità può assumere.

3. I poteri dell'Autorità bancaria europea in caso di violazione del diritto dell'Unione e in situazioni di emergenza

Vale la pena, dunque, soffermarsi proprio sui penetranti poteri di azione che il Regolamento attribuisce all'Autorità (e dunque al consiglio delle autorità di vigilanza) e, in particolare, sugli artt. 17 e 18 recanti, rispettivamente, la disciplina della «violazione del diritto dell'Unione» ad opera di un'autorità nazionale e dell'«intervento in situazioni di emergenza». Occorre evidenziare, in via preliminare, come le due fattispecie rappresentino senz'altro ipotesi piuttosto particolari, venendo in causa soltanto in casi, è da ritenere, eccezionali e limitati, consistendo la maggior parte dell'attività dell'Autorità nella formulazione di pareri alle istituzioni e nell'elaborazione di orientamenti e progetti di norme tecniche di regolamentazione e attuazione. Tuttavia, è proprio su casi del genere – il secondo in particolare – che, di fatto, riposa l'intera *ratio* della genesi stessa dell'Autorità, posto che l'opportunità di dar vita a tale soggetto è

dell'Autorità, previa consultazione del consiglio delle autorità di vigilanza; i restanti conformemente ai regolamenti (UE) n. 1094/2010 e n. 1095/2010 (art. 58).

evidentemente stata individuata dalle istituzioni europee (ma non solo) proprio nella necessità di intervenire rapidamente e con efficacia a fronte di episodi di conclamata crisi finanziaria europea così come, seppure in modo più sfumato, di mancato rispetto delle normative pertinenti ad opera delle Autorità e delle istituzioni finanziarie nazionali.

Più specificamente, l'art. 17 prevede che, in caso di mancata o scorretta applicazione del diritto europeo dei mercati finanziari da parte di un'autorità nazionale, l'Autorità europea possa avviare, di propria iniziativa o su richiesta di una o più autorità nazionali, delle istituzioni europee, del «gruppo delle parti interessate nel settore bancario», apposite indagini e, al loro termine («non oltre due mesi dall'avvio dell'indagine»), trasmettere all'autorità nazionale interessata una raccomandazione in cui indicarle quale condotta debba intraprendere. Qualora l'autorità nazionale non si conformi (entro un mese dal ricevimento) a tale ultima raccomandazione, la Commissione «può esprimere un parere formale per chiedere all'autorità competente di prendere le misure necessarie per rispettare il diritto dell'Unione» (art. 17, paragrafo 4). È nel caso in cui anche il parere formale della Commissione sia disatteso dall'autorità nazionale che l'Autorità europea dispone di un importante e penetrante potere di intervento potendo rivolgersi direttamente al singolo istituto finanziario (scavalcando dunque di fatto ed estromettendo la competenza dell'organo nazionale) «imponendogli di prendere misure per rispettare gli obblighi imposti dal diritto dell'Unione, tra cui la cessazione di ogni eventuale pratica». Ciò in presenza di due significative condizioni. In primo luogo, occorre che le disposizioni del diritto dell'Unione inapplicate o applicate scorrettamente dall'autorità nazionale prevedano «obblighi direttamente applicabili agli istituti finanziari»; in secondo luogo, deve essere «necessario rimediare tempestivamente a tale inosservanza al fine di mantenere o di ripristinare condizioni neutre di concorrenza sul mercato o per assicurare il regolare funzionamento e l'integrità del sistema finanziario». Se la prima delle due condizioni richieste non desta alcun dubbio né d'ordine interpretativo né dal punto

di vista della sua *ratio*, ci si deve invece domandare quale soggetto (e con quali procedure) possa sancire la necessità dell'intervento tempestivo. Infine, occorre sottolineare come, per espressa previsione del Regolamento, la decisione dell'Autorità debba essere conforme al parere formale espresso dalla Commissione, la quale, peraltro, mantiene naturalmente intatta la propria competenza all'avvio della procedura di infrazione, nei confronti dello Stato membro la cui autorità si sia resa responsabile della violazione del diritto europeo, ai sensi dell'art. 258 TFUE.

L'articolo successivo, il 18, disciplina invece, in maniera invero piuttosto complessa, il c.d. «intervento in situazioni di emergenza». La norma si apre con una indicazione, di carattere generale, secondo cui l'Autorità europea dispone del potere di «facilita[re] attivamente» e, se necessario, coordinare le misure adottate dalle autorità nazionali «in caso di sviluppi negativi che possano seriamente compromettere il regolare funzionamento e l'integrità dei mercati finanziari nonché la stabilità generale o parziale del sistema finanziario dell'Unione». Il paragrafo 2 chiama invece in causa il Consiglio dell'Unione europea al quale è attribuito il potere, in consultazione con la Commissione e con il CERS (e se del caso anche con le altre Autorità di vigilanza), di indirizzare all'Autorità europea una decisione con cui «determina l'esistenza di una situazione di emergenza». Tale decisione, che può anche essere stata richiesta dall'Autorità stessa, oltre che dalla Commissione o dal CERS, è costantemente riesaminata dal Consiglio che può revocarla in ogni momento e decade, se non rinnovata, entro il termine di un mese dalla sua adozione. In presenza di tale provvedimento del Consiglio e qualora si versi in situazioni eccezionali nelle quali, con una formula pressoché identica a quella già impiegata all'articolo precedente, sia «necessaria un'azione coordinata delle autorità nazionali per rispondere a sviluppi negativi che possano seriamente compromettere il regolare funzionamento e l'integrità dei mercati finanziari o la stabilità generale o parziale del sistema finanziario dell'Unione», l'Autorità europea dispone, anche in

questo caso, di un potere diretto all'adozione di decisioni individuali nei confronti delle autorità nazionali perché assumano ogni provvedimento necessario (e previsto dal diritto europeo vigente) «per affrontare tale sviluppi, assicurando che gli istituti finanziari e le autorità competenti rispettino gli obblighi fissati in tale normativa». Analogamente a quanto previsto dall'art. 17, il mancato adeguamento, da parte dell'autorità nazionale, alla appena citata decisione dell'Autorità europea consente a quest'ultima, ancora fatti salvi i poteri della Commissione *ex art. 258* TFUE ed in caso di obblighi europei direttamente applicabili, di adottare una decisione nei confronti di un singolo istituto finanziario «imponendogli di prendere le misure necessarie per rispettare gli obblighi imposti da tale normativa, tra cui la cessazione di ogni eventuale pratica». Anche in questa ipotesi, il Regolamento impone che vengano soddisfatte due, che potremmo ben definire ormai, consuete condizioni: da un lato, l'autorità nazionale non debba aver applicato (o applicato in maniera scorretta) gli atti di diritto dell'Unione europea pertinenti; dall'altro, vi siano motivi di urgenza che rendano necessario ripristinare senza indugio «il regolare funzionamento e l'integrità dei mercati finanziari o la stabilità generale o parziale del sistema finanziario dell'Unione».

Come ricordato, ad adottare le descritte decisioni è il consiglio delle autorità di vigilanza con delibere assunte, ai sensi dell'art. 44, paragrafo 1, a maggioranza semplice dei suoi membri, ciascuno dei quali dispone di un voto. Occorre tuttavia ricordare come i membri del consiglio delle autorità di vigilanza con diritto di voto siano soltanto i capi delle autorità di vigilanza nazionali, disponendo i restanti (ovverosia il presidente e i rappresentanti della Commissione, della Banca centrale europea, del CERS e delle altre due Autorità) di una sola funzione consultiva.

4. La natura ibrida dell'Autorità bancaria europea

Se si pone l'accento, dunque, sul concreto atteggiarsi dell'Autorità, concentrandosi sulla composizione e sulle funzioni dei suoi organi, in particolare del consiglio delle autorità di vigilanza, evidente organo cen-

trale per la rilevante titolarità di competenza decisionale "esterna" e vincolante che gli è attribuita¹³, può dunque dubitarsi che essa sia del tutto ascrivibile alla categoria delle Agenzie europee [del resto non è contemplata come tale dal suo Regolamento istitutivo]. Pur nella consapevolezza che in tale *genus* rientrano oggi anche soggetti fra loro molto differenti, e sia perciò poco agevole individuare un unico modello di Agenzia, parrebbe più corretto inquadrare l'Autorità in discorso nel più generale ambito della cooperazione amministrativa fra le autorità degli Stati membri, per quanto – potrebbe dirsi – rafforzata e dotata (elemento di evidente originalità) di una propria struttura autonoma ed organicità. Una sorta, dunque, di modello ibrido che a prima vista potrebbe richiamare il gruppo europeo dei regolatori delle telecomunicazioni¹⁴ e, in maniera ancor più convincente proprio in virtù della sua

¹³ Si ribadisce qui quanto già affermato ovvero che le ipotesi oggetto di attenzione, in particolare quella che fa capo all'art. 18 del Regolamento, sono sì ipotesi ben peculiari ma è stato, nella sostanza, proprio per il loro concreto verificarsi (e dunque per far fronte ad esse) che le istituzioni europee si sono determinate all'intervento normativo istituendo così l'Autorità bancaria (così come le Autorità gemelle e gli stessi CERS e SEVIF). In altri termini, la visione senz'altro parziale delle attribuzioni dell'Autorità che qui si attua è motivata dall'intenzione di esaminare tale organo e le sue attribuzioni a partire proprio dalle esigenze concrete alla base della sua istituzione (privilegiando quegli aspetti che, del resto, sono stati maggiormente oggetto d'attenzione anche della opinione pubblica).

¹⁴ Si veda la decisione della Commissione del 29 luglio 2002 che istituisce il gruppo dei "regolatori europei per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica" (in *G.U.C.E.* L 200 del 30.7.2002, p. 38 e ss.), a partire dalla direttiva n. 2002/21/CE del 7 marzo 2002 che istituisce un quadro normativo comune per le reti e i servizi di comunicazione elettronica [direttiva quadro] (in *G.U.C.E.* L 108 del 24.4.2002, p. 33 e ss.). Sul punto, in dottrina, S. CASSESE, "Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni", in S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Ed. Laterza, Bari, 2003, pp. 105-112, in particolare alle pp. 108-110; F. DONATI, "L'influenza del diritto comunitario nel settore delle telecomunicazioni", in A. TIZZANO (ed.), *Il processo d'integrazione europea: un bilancio 50 anni dopo i Trattati di Roma*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 181-188, il quale, a proposito di tale soggetto, usa l'espressione «organismi a costituzione "mista"» (p. 187).

struttura ed organizzazione, l'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia ex Regolamento (CE) n. 713/2009¹⁵.

In relazione all'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori dell'energia, tuttavia, va riconosciuto che il legislatore europeo abbia, per così dire, fin dall'inizio gettato la maschera. In quel caso, ciò cui esso intende pervenire è, infatti, un ente europeo dotato di personalità giuridica autonoma nel quale si persegue espressamente (e in maniera strutturata) la cooperazione fra autorità nazionali. Peraltro, al di là di una prima assimilazione, tale Agenzia e l'Autorità bancaria europea si distinguono poi per alcuni rilevanti aspetti, fra i quali, ad esempio, la composizione del consiglio di amministrazione e, soprattutto, le stesse funzioni loro assegnate, molto meno penetranti quelle dell'Agenzia rispetto a quelle dell'Autorità bancaria europea, non potendo la prima adottare decisioni vincolanti a rilevanza esterna. Del resto, funzione precipua dell'Autorità bancaria europea non è certo quella di svolgere attività di regolazione ma di vigilanza ed in ciò risiede l'elemento di maggiore originalità dell'ente in esame nel confronto con le Agenzie europee ad oggi esistenti¹⁶. In proposito, vale la pena evidenziare due punti. Da un lato, la già menzionata origine dell'Autorità che è quella della trasformazione dei Comitati di cui alla procedura Lamfalussy. Può sostenersi che tale trasformazione abbia soltanto in parte modificato le funzioni di tale soggetto, già deputato seppure in senso lato a compiti di vigilanza, completando un percorso evolutivo teso quanto meno ad attenuare, se non ad eliminare del tutto, le mancanze per dir così tipiche dello stesso modello del Comitato, prima fra tutte proprio l'assenza di poteri vincolanti nei confronti delle Autorità nazionali¹⁷. Dall'altro, il particolare mer-

¹⁵ In *G.U.U.E.* L 211 del 14.8.2009, p. 1 e ss.

¹⁶ Quanto alle funzioni svolte, infatti, pur nella varietà delle sfumature, quella della regolazione appare accumulare molte delle Agenzie ad oggi esistenti. In merito, E. CHITI, *Le agenzie europee*, cit., pp. 329-336.

¹⁷ Sul punto, interessanti risultano le considerazioni di L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 283-284, pur se espressamente riferite alla vigilanza del mercato degli strumenti finanziari. Sui comitati, *ex multis*, M. P. CHITI, "L'organizzazione amministrativa comunita-

cato nel quale è destinata a muoversi l'Autorità bancaria: un mercato armonizzato in cui, in virtù dell'operare delle direttive bancarie via via succedutesi nel corso del tempo, vige un generale principio di mutuo riconoscimento secondo il quale le condizioni per l'accesso e l'esercizio della attività economica in questione sono fissate, appunto, da tale normativa europea che impone il principio dell'*home country control* la cui attuazione è in concreto demandata alle singole autorità nazionali¹⁸. In altri termini, e come si evince chiaramente dall'esame delle funzioni che l'Autorità bancaria europea è chiamata a svolgere, a disciplinare concretamente l'avvio dell'attività di un istituto finanziario nel territorio dell'Unione europea restano le direttive settoriali ed il generale principio del mutuo riconoscimento che esse dettano non interferendo in alcuno modo con questi il Regolamento istitutivo dell'Autorità bancaria europea.

Avuto riguardo alle sottolineate e particolarissime prerogative del suo comitato delle autorità di vigilanza, e tentando di utilizzare categorie concettuali già in uso in dottrina¹⁹, si potrebbe dunque pensare che l'Autorità bancaria europea non si discosti troppo da quella peculiare modalità di concretizzazione della signoria comunitaria sul diritto amministrativo nazionale che conduce all'«istituzione di organizzazioni comuni dei regolatori nazionali, in sede comunitaria»²⁰. Tale signoria, però, pare qui realizzarsi in maniera ancor più evidente e marcata e ciò a

ria», in M. P. CHITI, G. GRECO (eds.), *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, Parte Generale, tomo I, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 415-466, alle pp. 439-442.

¹⁸ In merito, *ex multis*, pare qui sufficiente il rinvio a G. ALPA, "Armonizzazione del diritto comunitario dei mercati finanziari nella prospettiva della tutela del consumatore", in G. ALPA, F. CAPRIGLIONE (eds.), *Diritto bancario comunitario*, UTET, Torino, 2002, pp. 11-26; G. BENACCHIO, *Diritto privato dell'Unione europea*, CEDAM, Padova, 2010, pp. 417-431; G. GODANO, "Le banche", in A. TIZZANO (ed.), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 375-438, in particolare alle pp. 393-396.

¹⁹ Il riferimento è a S. CASSESE, "La signoria comunitaria sul diritto amministrativo", in S. CASSESE, *Lo spazio, cit.*, pp. 93-104, alle pp. 101-103, per quanto l'A. conduca la propria analisi sulla funzione di regolazione.

²⁰ *Ibidem*, p. 101.

motivo del fatto che, come detto, la funzione messa in comune non è quella di regolazione ma, appunto, quella di vigilanza.

5. La legittimità del Regolamento istitutivo

Poste tali premesse, occorre ora domandarsi se, avuto riguardo soprattutto al penetrante potere di decisione del consiglio delle autorità di vigilanza nelle ipotesi di intervento dell'Autorità in situazioni di emergenza *ex art. 18*, il Regolamento (UE) n. 1093/2010 possa ritenersi legittimo in considerazione dell'evidente indebolimento delle prerogative della Commissione che esso attua. Vengono in considerazione due differenti profili. Il primo, di natura formale, incentrato sulla verifica della legittimità dell'atto da condursi in relazione alla scelta della sua base giuridica e all'attribuzione delle funzioni che esso attua a vantaggio dell'Autorità. Il secondo, di carattere pratico-politico, legato al concreto bilanciamento dei poteri fra le istituzioni europee e fra esse e gli Stati membri.

Quanto al primo profilo, va detto che la scelta dell'art. 114 TFUE (già art. 95 TCE)²¹ quale base giuridica del Regolamento istitutivo della Autorità bancaria europea pare in linea di principio corretta, soprattutto sulla base delle più recenti pronunce dei giudici di Lussemburgo. Nella sentenza del 2 maggio 2006, nella causa *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio*²², infatti, la Corte di giustizia ha avuto modo di precisare, con riferimento al Regolamento istitutivo dell'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione ed alla sua base giuridica, l'art. 95

²¹ Disposizione che, come è noto, costituisce la base giuridica per l'adozione, da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, delle «misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno».

²² Corte di giustizia, 2 maggio 2006, causa C-217/04, *Regno Unito c. Parlamento e Consiglio*, in *Racc.*, 2006, p. I-3771 e ss. Fra i precedenti, Corte di giustizia, 18 novembre 1999, causa C-209/97, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, 1999, p. I-8067 e ss., della quale si vedano, in particolare, le conclusioni dell'Avvocato generale Saggio.

TCE, che tra i provvedimenti adottati dal legislatore europeo sulla base di tale disposizione può senz'altro figurare «l'istituzione di un organismo comunitario incaricato di contribuire alla realizzazione di un processo di armonizzazione nelle situazioni in cui, per agevolare l'attuazione e l'applicazione uniformi di atti fondati su tale norma, appaia appropriata l'adozione di misure di accompagnamento e di inquadramento non vincolanti»²³. Evidentemente, ha ricordato la stessa Corte, le funzioni attribuite a tale organismo devono «riconnettersi strettamente alle materie che costituiscono oggetto degli atti di ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri»²⁴ e ciò accade «qualora l'organismo comunitario così costituito fornisca prestazioni alle autorità nazionali e/o agli operatori idonee ad incidere sull'attuazione omogenea degli strumenti di armonizzazione e ad agevolarne l'applicazione»²⁵. Qualche dubbio, semmai, può porsi in relazione all'attribuzione di competenze attuato dal Regolamento in parola. In effetti, fra le funzioni che l'Autorità è chiamata ad esercitare, accanto a quelle pacificamente delegabili di natura consultiva vi sono, e le abbiamo evidenziate, quelle che consentono al consiglio delle autorità di vigilanza di adottare decisioni vincolanti dal contenuto (anche) marcatamente discrezionale seppure prive di carattere generale. Tale aspetto è stato del resto toccato anche di recente dalla Corte di giustizia che, in situazioni per certi versi analoghe, ha esplicitamente ricordato che «la delega può avere ad oggetto soltanto poteri esecutivi, esattamente definiti»²⁶.

²³ Corte di giustizia, 2 maggio 2006, *cit.*, punto 44 delle motivazioni.

²⁴ Corte di giustizia, 2 maggio 2006, *cit.*, punto 45 delle motivazioni.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Corte di giustizia, 26 maggio 2005, causa C-301/02 P, *Tralli c. BCE*, in *Racc.*, 2005, p. I-4099 e ss., punto 43 delle motivazioni. Il tema, come è evidente, rinvia ai più ampi approfondimenti svolti intorno alla c.d. "dottrina Meroni" (a partire, appunto, dalla pronuncia della Corte di giustizia, 13 giugno 1958, causa 9/56, *Meroni*, in *Racc.*, 1958, p. 11 e ss.) sulla quale, per tutti, si rinvia a E. CHITI, *Le agenzie europee*, *cit.*, 363-383 e alla bibliografia *ivi* citata; e a R.

Rispetto al secondo dei profili accennati, quello dell'equilibrio interistituzionale, il tema vero, come si diceva, è quello della compressione dei poteri della Commissione – come detto, in limitati e specifici casi – a vantaggio dell'Autorità e, nello specifico, del suo consiglio delle autorità di vigilanza. In effetti, in sede di preparazione del Regolamento in oggetto, le alternative praticabili si riducevano astrattamente a due opzioni. La prima consisteva nell'attribuzione di competenze di vigilanza di carattere micro-prudenziale ad un'unica istituzione già esistente e, su tale via, la scelta sarebbe poi stata quella di decidere se di una tale attribuzione avrebbe potuto beneficiare la stessa Commissione, soluzione per certi versi naturale perché del tutto coerente con le prerogative che i Trattati assegnano all'esecutivo europeo, ovvero la BCE rispetto alla quale, ancora ai sensi dei Trattati, può probabilmente escludersi una competenza a livello di vigilanza macro-prudenziale ma non quella rivolta ai singoli istituti bancari²⁷. La seconda alternativa era invece quella di istituire un organo *ex novo*. Strada che la Commissione ha deciso di intraprendere seppure non in maniera del tutto pura, per dir così, posto che, come ricordato, l'Autorità bancaria europea rappresenta la trasformazione di un'entità già esistente, sebbene con prerogative e ruoli differenti. A destare più di una perplessità, non soltanto sul piano strettamente giuridico ma anche su quello politico-istituzionale, la circostanza che a tale ente si siano volute attribuire funzioni che, in linea di principio, spettano all'esecutivo europeo e che queste funzioni siano svolte in concreto da un organo di tale ente dal quale la Commissione sia di fatto del tutto assente. Vero è che, proprio con riguardo alla salvaguardia delle proprie competenze, rispetto alle proposte iniziali (e può ben dirsi paradossalmente, perché in esse l'esecutivo europeo si era per certi versi presentato più debole) la posizione dell'esecutivo europeo è

ROSSOLINI, "Le agenzie comunitarie", in *Dir. Com. Sc. Int.*, 2008, pp. 29-71, alle pp. 47-51.

²⁷ Sul punto, G. GODANO, "La vigilanza bancaria europea. Problemi e prospettive", in *Queste istituzioni*, 2009, pp. 29-45, alle pp. 41-43.

senz'altro migliorata. Si pensi, ad esempio, alla disciplina di cui all'art. 17 che nella prima versione del Regolamento non lo vedeva nemmeno coinvolto nel dialogo fra il consiglio delle autorità di vigilanza e la singola autorità nazionale presunta responsabile della violazione del diritto dell'Unione. V'è, tuttavia, di più. Nella disciplina dell'intervento in situazioni di emergenza di cui all'art. 18 del Regolamento si prevede che il Consiglio dell'Unione europea «determin[i] l'esistenza di una situazione di emergenza ai fini del presente regolamento», ponendo così le basi per il successivo intervento dell'Autorità bancaria. Nella versione originaria della proposta di regolamento, tale ruolo era attribuito alla Commissione, ora invece ridotta ad un ruolo meramente consultivo al pari del CERS ed (eventualmente) delle altre Autorità. L'indebolimento delle prerogative dell'istituzione cui competono, in linea generale, poteri di vigilanza è evidente: il consiglio delle autorità di vigilanza (dal quale essa è di fatto esclusa) può adottare decisioni vincolanti nei confronti dei singoli istituti finanziari qualora a giudizio degli Stati membri (riuniti nel Consiglio), e non, dunque, dall'istituzione chiamata a promuovere l'interesse generale dell'Unione adottando le iniziative appropriate a tale fine (art. 17 TUE), sussistano situazioni di emergenza per la stabilità del mercato finanziario europeo.

6. Considerazioni conclusive

E' indubbio che la crisi finanziaria del 2007 e del 2008 imponesse all'Unione europea una risposta concreta idonea ad incidere sui limiti palesati dall'assenza di coordinamento nel meccanismo di funzionamento delle autorità di vigilanza degli Stati membri. Occorre però chiedersi se l'istituzione dell'Autorità bancaria europea risponda in maniera effettiva e, soprattutto, rispettosa delle prerogative istituzionali previste dai Trattati a tale esigenza di intervento. Il modello prescelto, che si è definito come una sorta di ibrido in cui la cooperazione delle autorità amministrative nazionali trova apposite struttura ed organicità, rischia, in determinate ipotesi, di depotenziare il ruolo della Commissione e per

tale motivo va osservato con particolare attenzione; posto che, in ogni caso, si dovrà poi valutarne il suo concreto operare. Senza voler in alcun modo mettere in discussione la rilevanza, peraltro ormai di rango, per così dire, costituzionale, dopo la riforma dei Trattati attuata dal Trattato di Lisbona, di un'amministrazione europea (intesa come vera e propria amministrazione congiunta fra istituzioni europee e organi nazionali)²⁸, v'è da domandarsi se non si sarebbe potuto adottare un modello differente, maggiormente rispettoso, in primo luogo, delle competenze della Commissione. Utile punto di riferimento cui ispirarsi avrebbe, ad esempio, potuto essere il sistema di cooperazione fra le autorità garanti della concorrenza e la Commissione previsto dal Regolamento (CE) n. 1/2003 nel quale è ben evidente che l'esecutivo europeo continui ad esercitare le proprie competenze in posizione dominante²⁹. Il rischio, in definitiva, della costruzione così attuata è che l'Autorità bancaria europea non rappresenti molto più che la semplice somma dei vertici delle autorità di vigilanza dei singoli Stati membri³⁰ e che, dunque,

²⁸ Così anche M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 185-186. Vedi anche E. CHITI, "La cooperazione amministrativa", in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, pp. 241-245.

²⁹ In merito, pare qui sufficiente il rinvio, *ex multis*, a A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIMBENE, S. AMADEO (eds.), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2007; J.-F. BELLIS, I. VAN BAELE, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2009.

³⁰ A tal proposito, peraltro, va salutata con favore la modifica adottata in sede di discussione della proposta di Regolamento che ha eliminato, almeno per le decisioni del consiglio delle autorità di vigilanza qui esaminate, la regola per cui le modalità di voto sarebbero state (in modo che pare veramente poco comprensibile) quelle previste dal Trattato UE per le votazioni in seno al Consiglio. Quanto al ruolo e alle specifiche competenze delle autorità nazionali, pare significativo ricordare, almeno in nota, come, nel corso dell'esame delle proposte di Regolamento volte all'istituzione del Sistema europeo di vigilanza finanziaria in seno al Parlamento italiano, la 6ª Commissione permanente (Finanze e tesoro) avesse, al contempo, ritenuto opportuno «attribuire alle tre autorità poteri di intervento diretto nei confronti di singoli operatori nei casi di mancata osservanza delle regole poste dalle autorità nazionali, restando comunque fermo che, in prima battuta, la titolarità dei poteri sanzionatori e di intervento nei loro confronti spetta agli organi nazionali di vigilanza» (Risoluzione della 6ª

per l'assenza di un significativo ruolo della Commissione e, in taluni casi, per il coinvolgimento addirittura del Consiglio, la risposta dell'Autorità a fenomeni di crisi europee continui ad essere troppo legata a particolarismi ed interessi nazionali³¹. Va, infine, rimarcato come, a fronte di tale paventato rischio le istituzioni europee non abbiano di fatto opposto significativi tentativi di resistenza. Qualche timido segnale è giunto dal Parlamento europeo, cui si devono i più rilevanti emendamenti rispetto alla proposta di Regolamento iniziale³², incluse le evidenziate modifiche volte a riportare la Commissione all'interno della procedura prevista dall'art. 17. Il timore è che l'esigenza, tutta politica, di adottare in tempi brevi la disciplina in oggetto abbia forse fatto perdere di vista le implicazioni giuridico-istituzionali dell'intera operazione.

Commissione permanente (Finanze e tesoro), approvata nella seduta del 6 maggio 2010, Doc. XVIII n. 32).

³¹ Alcune riflessioni di medesimo genere sono condotte, ad esempio, da S. SCREPANTI, "La dimensione ultrastatale delle autorità indipendenti: i "sistemi comuni" europei e globali", in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2009, pp. 913-972, a p. 962.

Conclusioni di analogo tenore sono state inoltre svolte in relazione ai recenti interventi delle istituzioni europee in materia di aiuti di Stato alle istituzioni finanziarie. In merito, sia concesso il rinvio a D. DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al mercato del trasporto aereo e alle banche. Dalla crisi di settore alla crisi di sistema*, Giuffrè, Milano, 2010, in particolare alle pp. 220-233.

³² Si rinvia alla Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 22 settembre 2010, doc. P7_TA-PROV(2010)0336, A7-0163/2010 [reperibile sul sito internet del Parlamento europeo, www.europarl.europa.eu].

**Economia sociale di mercato e nuovi rapporti di
partenariato pubblico-privato:
l'esperienza dell'iniziativa per le medicine innovative (IMI)
ed il coinvolgimento dell'Agenzia Europea dei Medicinali**

Enrica Pavione^{*}

Summary. The economic and financial crisis that has affected all developed countries have introduced elements of a strong break with the more recent past, questioning the fundamentals of the process of globalization. The globalization marked a break point in the relations between state and market, leading to the superiority of market mechanisms for public institutions. This led to a marginalization of the state in managing the economy, giving a role of supplementing the economic actors with greater market power, typically large enterprises. These phenomena have accelerated the debate around the theme of globalization and the need for redefining the public-private relationships.

Europe is now building a new model of public-private relationships, founded on the principle of subsidiarity. The Lisbon Treaty aims to achieve a new stage of European unification, the economic union, through a constitutional order based on subsidiarity and the explicit reference to the social market economy. In this sense, the lessons derived from the historical model of social market economy can be generalized to understand the importance of institutions in establishing a new socio-economic model and a new global order.

This paper aims at contributing to the debate on the future prospects of the European socio-economic model. Starting from the theme of social market economy in a historical perspective, in order to understand

^{*} Università degli Studi dell'Insubria, Varese

the relevance today, the study aims at highlighting the examples of concrete achievements which are currently affecting the core Europe. The reference is, in particular, to innovative cluster, innovative business models, which are emerging original public-private relations, in which the public actor plays a central role in strategic planning. In this light, the paper examines the experience of the Initiative for Innovative Medicine (IMI) and the role played by the European Medicines Agency. In this sense, it is interesting to understand whether these phenomena can be given a contribution to the construction of a new social market economy and therefore to serve as interpretive key to understanding the changes taking place.

1. Premessa

La crisi economico-finanziaria che ha interessato tutti i paesi industrializzati ha introdotto elementi di forte discontinuità rispetto al più recente passato, mettendo in discussione i fondamenti del processo di globalizzazione. Quest'ultimo ha segnato un punto di rottura nei rapporti tra Stato e mercato, portando all'affermazione della superiorità dei meccanismi di mercato rispetto alle istituzioni pubbliche. Ciò ha determinato una marginalizzazione dello Stato nel governo dell'economia e ridimensionato il ruolo delle istituzioni, anche sul mercato interno, affidando un ruolo di supplenza agli attori economici dotati di maggiore potere di mercato, tipicamente le grandi imprese.

In questo quadro, il mercato si è in un certo senso appropriato delle funzioni svolte storicamente dalle istituzioni pubbliche, mettendo in discussione la loro stessa legittimazione.

Questi fenomeni hanno accelerato il dibattito intorno al tema della globalizzazione e alla necessità di ridefinizione dei rapporti pubblico-privato. L'esigenza di impostare, in un'ottica rinnovata, gli equilibri tra poteri pubblici e iniziativa privata riporta l'attenzione, quasi inevitabilmente, al periodo storico degli anni Trenta e alla svolta neo-liberale che ha orientato i sistemi economici dei paesi sviluppati.

Si fa riferimento, in particolare, al *New Deal* rooseveltiano, che caratterizza l'esperienza statunitense e alla *Soziale Marktwirtschaft* (Economia sociale di mercato) di origine tedesca. Entrambi i modelli hanno rappresentato un momento di profondo cambiamento per l'economia e la società, delineando con chiarezza un nuovo modo di intendere il mercato e l'economia.

Il primo rafforza il ruolo dell'autorità pubblica per superare i fallimenti del mercato; il secondo, sviluppandosi in un contesto allora fortemente accentrato, mira a creare un sistema di mercato, aperto al contributo fattivo di tutti gli attori economici.

Pur partendo da basi istituzionali profondamente diverse, sia il *New Deal* che l'Economia sociale di mercato affermano un nuovo rapporto pubblico-privato, attribuendo un ruolo rinnovato alle autorità pubbliche per promuovere lo sviluppo dei sistemi economici e la tutela dell'interesse generale¹. Per sostenere il processo di modernizzazione dell'economia, entrambe le esperienze mirano a definire un assetto rinnovato tra economia e istituzioni, per garantire un ordine economico e sociale stabile e duraturo.

I modelli d'impresa e il rapporto Stato-mercato delineati dal *New Deal* hanno conservato sostanziale validità per tutto il XX secolo, influenzando la storia economica dei paesi industrializzati². A propria volta, l'Economia sociale di mercato ha plasmato lo sviluppo della *core Europe*, in particolare della Germania, a partire dal secondo dopoguerra.

In Europa si sta oggi affermando una nuova tappa nell'evoluzione dei rapporti pubblico-privato, fondata sul principio di sussidiarietà. Il Trattato di Lisbona si propone infatti il raggiungimento di una nuova fase

¹ P. SARACENO, *Iniziativa privata e azione pubblica nei piani di sviluppo economico*, Giuffrè Editore, Milano, 1959.

² Per approfondimenti sui caratteri del *New Deal* si rimanda a D. VELO, "L'evoluzione in Europa dei rapporti pubblico-privato nei settori ad alto contenuto di innovazione: l'impresa di interesse generale", in R. CAFFERATA, M. MARTELLINI, D. VELO, *Liberalizzazioni, impresa pubblica, impresa d'interesse generale nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2007.

dell'unificazione europea, l'unione economica, attraverso un ordine costituzionale fondato sulla sussidiarietà e il richiamo esplicito all'Economia sociale di mercato. In tal senso, gli insegnamenti derivanti dal modello storico di Economia sociale di mercato possono essere generalizzati per cogliere la portata degli assetti istituzionali nel contribuire ad indirizzare le grandi svolte dello sviluppo economico³.

È alla luce di queste brevi considerazioni, che appare utile approfondire il tema dell'Economia sociale di mercato⁴, sia in una prospettiva storica, funzionale a comprenderne l'attualità, sia analizzando alcuni esempi di realizzazioni concrete che stanno attualmente interessando i paesi della *core Europe*. Il riferimento, in particolare, è a tutte quelle esperienze istituzionali e imprenditoriali innovative, che vanno delineando relazioni pubblico-privato originali, in cui l'attore pubblico assume un ruolo centrale nella programmazione strategica. In questo quadro, si colloca, ad esempio, l'esperienza dei *cluster* tecnologici⁵ e, più in generale, il rinnovato ruolo assegnato alle Agenzie europee nel supportare la *partnership* pubblico-privato in particolari comparti, quali la sanità.

In questo senso, si tratta di comprendere se e in quale misura tali fenomeni possano essere riportati al modello di Economia sociale di mercato e fungere pertanto da chiave interpretativa per comprendere i cambiamenti in atto.

³ D. VELO, "Governance in a Border-Free World: Economy and Currency", in AA.VV., *Globalisation and Multicultural Societies*, University of Notre Dame, Notre Dame Press, 2003.

⁴ D. VELO, "The European Model. The Evolution of the European Economic and Institutional Order towards a Social Market Economy", in *The European Union Review*, n.1, 2011.

⁵ Sul tema si veda L. BOTTINELLI, E. PAVIONE, *Distretti industriali e cluster tecnologici: strategie emergenti di valorizzazione della ricerca e dell'innovazione*, Giuffrè Editore, Milano, 2010.

2. I fondamenti dell'Economia sociale di mercato: una prospettiva storica

Il primo contributo teorico e pratico all'ideazione del modello di Economia sociale di mercato risale agli inizi del secolo scorso e si deve a W. Rathenau, economista e imprenditore, la cui formazione in una delle maggiori imprese della Germania, la AEG (*Allgemeine Elektrizitäts Gesellschaft*), influenzò profondamente il suo pensiero. A partire da un'analisi lucida della situazione della Germania di inizio secolo, caratterizzata da una spiccata concentrazione del potere economico in capo al sistema bancario, il progetto di Rathenau prevede la creazione di una "nuova economia" e di una "nuova società", dove tutti gli attori trovano uguali spazi di azione e di partecipazione⁶.

Il richiamo, seppure implicito, al principio della sussidiarietà nel pensiero di Rathenau appare evidente ed è avvalorato dall'idea dell'Autore di costruire un modello socio-economico di collaborazione tra Stato e attori privati. In questa ottica, i rapporti tra Stato e mercato si concretizzano nella previsione di interventi che orientano le diverse forze verso l'interesse generale.

Contrastando la programmazione centralizzata dell'industria e sostenendo una maggiore partecipazione dei lavoratori nella gestione delle imprese, Rathenau getta inoltre le basi per lo sviluppo della concertazione, elemento caratterizzante l'Economia sociale di mercato, che si traduce nella previsione di meccanismi di influenza e di controllo dei lavoratori nell'ambito delle imprese⁷.

⁶ W. RATHENAU, *L'economia nuova*, Einaudi Editore, Torino, 1976; W. RATHENAU, "Lo Stato nuovo, la società nuova, lavoro", in R. RACINARO (a cura di), *Lo Stato nuovo e altri saggi*, Napoli, 1980.

⁷ Per approfondimenti, si veda J. FIGGE, *Mitbestimmung auf Unternehmens-ebene in Vorschläge der Europäischen Gemeinschaften*, Nomos, Baden-Baden, 1992.

Le teorie di Rathenau rappresentano la base su cui, negli anni Trenta, si è innestata la cosiddetta scuola ordoliberalera, da più parti considerata ideologa dell'«Economia sociale di mercato»⁸.

Il celebre Manifesto degli ordoliberali del 1936 intitolato «Il nostro compito» cade in un periodo storico di profonda crisi, caratterizzato dal venire meno dell'ordine politico-economico preesistente. In questo quadro, la prospettiva ordoliberalera, mettendo al centro della propria attenzione la persona (intesa come soggetto libero, ma fallibile) ricerca un ordine economico coerente con quello politico e sociale, fondato su tre principi chiave: solidarietà, mercato, sussidiarietà. Lo Stato stabilisce le regole centrali di un'economia basata sulla libera concorrenza ed assume il ruolo di garante della loro applicazione. Alla base della scuola citata si pone un sistema di regole di rango costituzionale per assicurare il funzionamento dell'economia di mercato.

I cardini propri della scuola ordoliberalera si pongono in contrasto sia con i principi del liberismo, che del collettivismo, dei quali vengono messi in luce i relativi limiti: l'eccessiva fiducia nelle capacità di autoregolazione del mercato nel primo caso, l'eccessiva centralizzazione burocratica nella gestione dei processi economici, nel secondo. Il superamento di tali limiti si ritrova nel concetto di costituzione economica, che fa riferimento alla formalizzazione, nel testo costituzionale, dell'assetto dei rapporti tra attori economici, al fine di inquadrare e orientare il sistema economico e sociale. La costituzione economica viene, in questo modo, a configurarsi come una precisa scelta politico-istituzionale, da cui scaturisce un insieme ordinato di relazioni pubblico-privato, in grado di garantire la stabilità del sistema economico.

Su queste basi, viene a delinearsi un modello di economia di mercato che tratteggia nuove relazioni pubblico-privato, dove il processo econo-

⁸ W. EUCKEN, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, JCB Mohr, Tübingen, 1952; D. GROSSER, T. LANGE, A. MÜLLER-ARMACK, B. NEUSS, *Soziale Marktwirtschaft: Geschichte, Konzept, Leistung*, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin, Köln, II Edizione, 1990.

mico è rimesso all'autonomia dei privati e allo Stato spetta il ruolo di garante della correttezza dei meccanismi concorrenziali.

In questo quadro, la concorrenza assume particolare importanza, ponendosi come meccanismo di coordinamento dei progetti individuali e la costituzione economica trova prioritaria attuazione anche attraverso una precisa disciplina concorrenziale, resa effettiva attraverso una congrua attività amministrativa e giuridica.

Accanto alla scuola ordoliberal, tra gli autori che hanno contribuito ad alimentare il dibattito intorno al tema dell'Economia sociale di mercato⁹, un ruolo di primo piano spetta a W. Röpke, il cui pensiero evidenzia significativi punti di contatto con la dottrina sociale della chiesa¹⁰. L'Autore sottolinea l'aspetto umanistico dell'Economia sociale di mercato, ponendo al centro dell'attenzione la persona, come soggetto che realizza il bene all'interno di una comunità. Tale impostazione appare allineata con le istanze più classiche della dottrina economico-sociale della chiesa, laddove evidenzia come la presenza dello Stato non debba limitare la sfera di libertà dell'iniziativa personale, quanto piuttosto garantire e tutelare i diritti essenziali della persona¹¹.

Nei suoi scritti più celebri, Röpke riprende le radici cristiane del liberalismo, mettendo in evidenza il primato dell'etica sul mercato, i valori, i diritti e i bisogni della persona, al punto che il suo pensiero è stato spesso etichettato come umanesimo liberale¹².

Le riflessioni che portarono l'Autore a teorizzare la necessità di un umanesimo liberale sono state originate da un lato dalla crisi della so-

⁹ Nel presente lavoro vengono citati solo i principali studi sull'Economia sociale di mercato, senza pretese di esaustività.

¹⁰ A QUADRIO CURZIO, "European Union and Italian Federalism. Is there a Catholic Thought?", in *The European Union Review*, n.1, 1997.

¹¹ Si vedano, in proposito, le diverse encicliche, dalla *Rerum novarum*, alla *Cari-tas in veritate*.

¹² Nelle versioni in italiano, si vedano le seguenti opere: W. RÖPKE, *Civitas Hu-mana*, Rizzoli, Milano, 1946; W. RÖPKE, *Umanesimo liberale*, Rubbettino Editore, Catanzaro, 2000; W. RÖPKE, *Democrazia ed economia*, Il Mulino, Bologna, 2004.

cietà, dall'altro dalla constatazione dei limiti del capitalismo e del collettivismo.

I diversi contributi teorici all'Economia sociale di mercato evidenziano tutti, in maniera implicita o esplicita, l'importanza della sussidiarietà come strumento che permette di perseguire l'interesse pubblico e di cogliere la complessità della società, valorizzando la libera iniziativa degli individui e dei corpi sociali intermedi. Tra lo Stato e ogni singola persona si colloca infatti una serie di corpi intermedi all'interno dei quali ogni singolo individuo entra in relazione con altri soggetti, dando vita ad un insieme complesso di relazioni.

La costruzione di una società fondata sulla sussidiarietà implica la presenza di istituzioni capaci, da un lato, di essere vicine ai cittadini e di valorizzarne la libera iniziativa, dall'altro, di perseguire l'interesse pubblico nel rispetto delle esigenze dei singoli. Appare pertanto evidente come la sussidiarietà assuma importanza non solo nella sua dimensione verticale, riconducibile al decentramento e allo snellimento dell'apparato burocratico, ma anche e soprattutto nella prospettiva orizzontale, quale strumento essenziale per valorizzare tutti gli attori della società civile, garantendo la coesione sociale.

I capisaldi propri dell'Economia sociale di mercato non ebbero modo di diffondersi in Germania durante il periodo nazista, ma divennero il modello di riferimento della ricostruzione politica ed economica del dopoguerra, trovando nel cancelliere K. Adenauer uno dei massimi esponenti ed ispirando il modello di sviluppo tedesco, fino ai giorni nostri.

Il dibattito intorno al modello dell'Economia sociale di mercato appare oggi particolarmente attuale e tale da superare i confini tedeschi. L'ordine istituzionale ed economico dell'Economia sociale di mercato appare infatti coerente con il federalismo e con il principio costituzionale della sussidiarietà che rappresentano i principi fondanti del processo di integrazione europea.

3. L'attualità dell'Economia sociale di mercato nell'esperienza europea

L'attualità del tema dell'Economia sociale di mercato è testimoniata dal fatto che il contesto socio-economico odierno, come negli anni Trenta del secolo scorso, si caratterizza per una forte discontinuità rispetto agli equilibri passati, che pone in luce la necessità di ridefinire le relazioni tra i principali agenti economici. E' in questo quadro che, seppure con approcci diversi, in tutti i paesi industrializzati si avverte l'esigenza di riflettere sul fallimento del liberismo *tout court* e di individuare nuove modalità di azione in ambito economico, ridefinendo il ruolo delle istituzioni pubbliche.

I cambiamenti in atto suggeriscono la necessità di ripensare il rapporto tra l'economia e la società, superando la separazione tra sfera economica e sociale; nell'attuale contesto, infatti, ordine sociale ed ordine economico difficilmente trovano composizione nel luogo di lavoro, a causa delle profonde modificazioni che hanno interessato quest'ultimo. Parallelamente, l'internazionalizzazione delle funzioni produttive contribuisce ad accentuare le disparità tra modelli sociali nazionali. Appare pertanto evidente il ruolo delle istituzioni nel guidare la ricerca di un nuovo ordine economico e sociale.

In questo quadro, il tema della costituzione economica appare quanto mai attuale, soprattutto nello scenario europeo, dove il processo di unificazione vede la necessità di un ulteriore passo in avanti che assuma la veste di unione economica.

Si tratta pertanto di avviare una riflessione profonda su come declinare i pilastri dei maestri fondatori dell'Economia sociale di mercato nella realtà attuale, tenendo conto ovviamente del nuovo contesto socio-economico, culturale e valoriale.

Emerge la necessità di individuare forme di statualità innovativa che sappiano cogliere le opportunità offerte dall'attuale fase di rottura. È in questo senso che possono essere interpretate le rinnovate relazioni pubblico-privato che si stanno realizzando nel contesto europeo con riferimento a specifici contesti settoriali.

L'Europa, in anni recenti, ha infatti ridefinito le sue modalità di intervento a supporto della ricerca e dell'innovazione individuando forme innovative di collaborazione pubblico-privato in alcuni settori. In particolare ciò si è declinato nella realizzazione di progetti industriali innovativi fondati sulla catalizzazione di risorse e competenze intorno ad originali forme di *partnership* tra attori pubblici e privati che hanno saputo raggiungere posizioni di *leadership* a livello mondiale¹³.

Queste iniziative di interesse generale si sono concentrate sui settori strategici dell'economia, ad alta intensità di conoscenza, in considerazione della capacità ad essi riconosciuta di fungere da volano per lo sviluppo economico complessivo. Il progredire sempre più rapido della società della conoscenza enfatizza, infatti, il ruolo svolto dalle componenti intangibili e dalla ricerca per il conseguimento di un vantaggio competitivo in tutti i settori dell'economia.

Tali esperienze di avanzata sperimentazione possono rappresentare la base di partenza su cui ridefinire il ruolo svolto dalle istituzioni pubbliche nel processo di sviluppo economico.

In questo senso, indicazioni interessanti derivano dall'esperienza dei *cluster* tecnologici, gruppi di imprese attive nei settori *knowledge intensive*¹⁴, che si caratterizzano per la capacità di aggregare, su un dato

¹³ D. VELO (a cura di), *L'Europa dei progetti. Imprese, innovazione, sviluppo*, Giuffrè Editore, Milano, 2007.

¹⁴ Nel mutato scenario competitivo, uno dei fenomeni che sta emergendo con forza è quello della concentrazione spaziale di attività ad alto contenuto tecnologico, che si sta affermando non solo nei paesi più avanzati, ma anche in quelli emergenti. Per identificare queste aree di concentrazione di attività *high-tech*, la letteratura utilizza diverse espressioni: distretto tecnologico, *cluster* tecnologico, *innovative milieu*, *valley*, *etc.* Le diverse espressioni presentano significati simili e, al di là delle differenze nominali, rimarcano l'aspetto della concentrazione geografica e della specializzazione settoriale. Nel presente lavoro viene utilizzata l'espressione *cluster* tecnologico, per sottolineare sia l'aspetto della contiguità territoriale, che il carattere innovativo delle attività svolte. Per approfondimenti, si veda E. PAVIONE, "L'esperienza dei *cluster* tecnologici: spunti di riflessione per un nuovo modello di governance dei distretti manifatturieri", in L. BOTTINELLI, E. PAVIONE, *Distretti industriali e cluster tecnologici: strategie emer-*

territorio, attori pubblici e privati attorno a progetti innovativi di ampio respiro strategico. I principali tratti distintivi che caratterizzano tali forme aggregative sono riconducibili alle rinnovate relazioni pubblico-privato e alla presenza di una cabina di regia, che svolge un'importante funzione di guida nello sviluppo dei *cluster* fin dalle fasi di avvio. In alcuni comparti strategici per lo sviluppo del contesto economico e sociale europeo, quali la sanità e l'industria farmaceutica, spicca il ruolo delle Agenzie europee come cabina di regia nella promozione di innovative forme di *partnership* pubblico-privato, per la realizzazione di progetti di ampio respiro; è il caso dell'*Innovative Medicine Initiative*, entità giuridica innovativa, destinata a potenziare la competitività del settore farmaceutico europeo.

3.1 I rapporti pubblico-privato nell'esperienza dei cluster tecnologici

I *cluster* tecnologici rappresentano, in prima approssimazione, forme aggregative tra imprese, caratterizzate dallo svolgimento di attività ad alto contenuto di innovazione. L'elemento portante attorno al quale si sviluppano i *cluster* tecnologici è rappresentato dalla ricerca scientifica, concentrata soprattutto sulla frontiera dei settori innovativi (tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni, biotecnologie, nanotecnologie, *etc.*). Questo tipo di ricerca scientifica presenta notevoli aspetti applicativi e si trasforma in innovazione tecnologica, non tanto nei laboratori di R&S di grandi imprese o centri di ricerca isolati, quanto all'interno di reti articolate, dove si sviluppano significative sinergie tra i vari attori coinvolti, pubblici e privati. In particolare, l'aggregazione tra questi attori - istituzioni locali e nazionali, imprese, università, centri di ricerca, *etc.* - intorno a progetti innovativi appare fattore critico di successo imprescindibile, in grado di favorire il coordinamento e la cooperazione tra gli operatori stessi.

genti di valorizzazione della ricerca e dell'innovazione, Giuffrè Editore, Milano, 2010.

Le peculiarità dei *cluster* tecnologici, caratterizzati da livelli elevati di rischio finanziario e operativo, necessità di investimenti ingenti e orientamento strategico di lungo periodo rendono fondamentale l'apporto specifico di un soggetto propulsore, che si pone come motore di sviluppo del *cluster* stesso¹⁵.

Le esperienze internazionali più avanzate mostrano come nei *cluster* tecnologici il principale fattore di successo sia rappresentato dall'intervento di una cabina di regia, che ne guida lo sviluppo, soprattutto nelle fasi iniziali del ciclo di vita, secondo logiche di tipo *top down*, differenti a seconda dei contesti competitivi e dei settori coinvolti. Ciò costituisce un fattore distintivo rispetto ai tradizionali distretti manifatturieri, oggi in fase di profonda ridefinizione strategica ed organizzativa, che storicamente si sono sviluppati secondo modelli spontanei di tipo *bottom-up*¹⁶.

Il ruolo di regia e di programmazione strategica può essere svolto dall'attore pubblico e/o dalle cosiddette *bridging institutions*, istituzioni ponte che svolgono il preciso compito di agevolare il trasferimento tecnologico, ponendosi quali volano di sviluppo del *cluster*. Esse possono essere costituite da imprese, università, centri di ricerca e fungono da Agenzie strategiche per lo sviluppo, grazie alla loro capacità di coordinamento e alla *leadership* nel campo dell'innovazione. In generale, le *bridging institutions* svolgono un'attività di direzione dell'attività del *cluster*, attraverso la diffusione dell'innovazione e, in alcuni casi, promuovendo lo sviluppo di *sub-cluster* o di nuove imprese *high tech*¹⁷.

¹⁵ H. LÖFSTEN, P. LINDELÖF, "Science Park and the Growth of New Technology Based Firms. Academic Industry Links, Innovation and Markets", in *Research Policy*, n. 31, 2002, pp. 859-876.

¹⁶ P. ROBERTSON, D. JACOBSON, R.N. LANGLOIS, *Innovation Processes and Industrial Districts*, Department of Economics Working Paper Series, University of Connecticut, 2008.

¹⁷ T.F. BRESNAHAN, A. GAMBARELLA, A.L. SAXENIAN, "Old Economy Inputs for New Economy Outcomes: Cluster Formation in the New Silicon Valleys", in S. BRESCHI, F. MALERBA (eds.), *Clusters, Network and Innovation*, Oxford University Press, New York, 2005.

Nel caso di imprese e/o università, l'attività di coordinamento dell'istituzione ponte trova giustificazione innanzitutto nella superiore capacità di innovazione e nelle risorse possedute (finanziarie e manageriali), che permettono di guidare la crescita del *cluster*, sia per mezzo della formazione tecnica e manageriale, che attraverso operazioni di *spin off*. Inoltre, favorendo la diffusione di una comune base di competenze tra le imprese della rete, esse si pongono quali *technological gatekeeper*, aumentando la capacità di ricezione e assorbimento di nuove conoscenze nell'ambito del *cluster* e attirando ricercatori, manager, investitori. In tal modo, esse contribuiscono al miglioramento continuo delle attività di R&S per tutte le imprese del *cluster*.

L'analisi delle principali esperienze internazionali suggerisce la presenza, con qualche approssimazione, di due modelli di sviluppo dei *cluster* tecnologici: il primo, di matrice anglosassone, vede nella presenza di imprese e/o di università il motore di avvio delle esperienze innovative; il secondo, tipico dell'Europa continentale, riconosce un ruolo chiave all'iniziativa pubblica. Gli elementi di contaminazione tra i due modelli sono numerosi.

Il primo modello comprende, in modo particolare, le esperienze maturate negli Stati Uniti e in Gran Bretagna.

Negli Stati Uniti, il ruolo di cabina di regia è stato svolto soprattutto dalle università, e in particolare dalle iniziative degli studiosi e dalla loro capacità di tradurre le ricerche scientifiche in attività imprenditoriali di successo. L'importanza delle iniziative di *spin off* e l'elevato numero di *start up* attive nei settori di punta confermano il ruolo di ponte dell'università nell'avvio delle reti tecnologiche.

Le caratteristiche del contesto istituzionale, sociale ed economico propri degli Stati Uniti hanno storicamente favorito l'avvicinamento dell'università alle necessità dell'industria. Rilevano, in particolare, alcuni caratteri del contesto americano: la presenza di un sistema universitario competitivo, con un'importante presenza di università private dotate di elevate capacità di autofinanziamento, il trasferimento di ingenti fi-

nanziamenti concessi dal governo federale alle università in ambiti strategici definiti, quali la difesa e la sanità, lo sviluppo del *venture capital*, la massiccia presenza di laboratori di ricerca industriale nel settore privato, le cui conoscenze spesso provengono da personale universitario.

La Gran Bretagna presenta una situazione per molti versi simile agli Stati Uniti; l'analisi delle principali esperienze di *cluster* testimonia il ruolo chiave delle università come volano per l'avvio di iniziative nei settori ad alta intensità di conoscenza.

Nell'ambito del modello anglosassone, è possibile osservare realtà distrettuali, in cui l'elemento propulsore non è tanto costituito dalle imprese e/o dalle università, ma dall'iniziativa pubblica.

L'Europa continentale, pur presentando situazioni differenziate, vede, in generale, la presenza di *cluster* tecnologici, dove il fattore di avvio viene largamente a dipendere dall'iniziativa pubblica. Si tratta di una soluzione organizzativa che trae origine dalla visione che storicamente è stata assegnata all'attore pubblico, come soggetto responsabile della tutela dell'interesse generale.

I *cluster* originati su iniziativa dell'attore pubblico, secondo logiche di tipo *top down* costituiscono spesso il frutto dell'intersezione di diverse tipologie di intervento pubblico: le politiche di gestione del territorio e di sviluppo locale e/o regionale, le politiche di supporto alla ricerca e all'innovazione, le politiche volte al miglioramento della competitività delle imprese. In alcuni casi, dopo una fase iniziale caratterizzata dall'avvio spontaneo di iniziative di aggregazione, l'intervento pubblico si pone come strumento per sostenere lo sviluppo del *cluster* e per guidarne le traiettorie strategiche.

In questa prospettiva, i *cluster* tecnologici si pongono come strumenti integrati di sviluppo del territorio, che coinvolgono il pubblico e il privato nella creazione, diffusione, apprendimento e applicazione di nuova conoscenza. Essi sono in grado di riprodurre, in una logica di laboratorio permanente, le condizioni naturali che hanno in passato favorito l'affermarsi di realtà come i distretti industriali.

In questa ottica, i *cluster* assumono la funzione di beni collettivi, sia dal punto di vista delle imprese, che da quello del soggetto pubblico¹⁸.

La concezione di *cluster* tecnologico come strumento di politica industriale si trova al centro delle azioni avviate da alcuni Stati e regioni europei, che vedono tali realtà quali iniziative privilegiate per il rilancio dell'innovazione nei sistemi territoriali.

A livello europeo non è ad oggi possibile individuare una politica industriale nel senso pieno del termine, che assegni alle istituzioni pubbliche un ruolo di cabina di regia in grado di guidare lo sviluppo del sistema socio-economico nel suo complesso, anche attraverso la valorizzazione dei *cluster* tecnologici. Ciò nonostante, rilevano alcune esperienze particolarmente significative, Francia e Germania *in primis*, in cui il ruolo di cabina di regia nella promozione dei *cluster* innovativi in settori ritenuti strategici viene svolto dall'attore pubblico, seppure con modalità molto diverse.

Sia in Francia che in Germania, gli interventi di politica industriale hanno inizialmente trovato attuazione in una dimensione tradizionale, che si è concretizzata con l'adozione di misure volte a garantire condizioni di contesto favorevoli alla competitività industriale: l'incentivo alle attività di ricerca e sviluppo e le azioni tese al miglioramento nel funzionamento dei mercati e della proprietà intellettuale rappresentano gli strumenti principali in tal senso. In entrambi i paesi, tali misure hanno consentito di catalizzare le risorse e le competenze necessarie per realizzare progetti innovativi, spesso collocati lungo la frontiera tecnologica.

Accanto a queste misure, la politica di rilancio dell'innovazione attraverso i *cluster* tecnologici si è tradotta nella ricerca di forme originali di cooperazione tra soggetti pubblici e privati, in grado di catalizzare risorse e competenze qualificate e di favorire lo sviluppo di formule impren-

¹⁸ W.R. BARNES, L.C. LEDEBUR, "Toward a New Political Economy of Metropolitan Regions", in *Environment and Planning C: Government and Policy*, vol. 9, 1991, pp. 127-141.

ditoriali innovative¹⁹. In questo senso, nei *cluster* tecnologici assume importanza il concetto di *government*, che sottende l'idea che il loro governo possa strutturarsi secondo modalità eterogenee, coinvolgendo diversi soggetti, secondo una logica di sussidiarietà.

E' proprio la presenza di rapporti collaborativi innovativi tra soggetti pubblici e privati che suggerisce come i *cluster* tecnologici possano essere intesi come strumento avanzato di politica industriale, volto alla valorizzazione della conoscenza e al rilancio dei sistemi economici nel loro complesso.

È per queste ragioni che le più recenti esperienze di *cluster* tecnologici si pongono oggi come laboratorio istituzionale ed imprenditoriale privilegiato per la sperimentazione di soluzioni strategico-organizzative originali, aperte al contributo di tutti gli attori e di tutti i settori produttivi, in funzione delle sfide che il mutato contesto competitivo impone.

Le diverse forme che assumono i rapporti pubblico-privato all'interno dei *cluster* tecnologici possono essere concepite come esempio di un percorso di sviluppo orientato alla definizione di un nuovo ordine liberale, fondato su un equilibrato rapporto tra Stato e mercato e sulla sussidiarietà. La configurazione dei rapporti pubblico-privato che si verifica nei *cluster* tecnologici pone questi ultimi come strumenti di implementazione dell'Economia sociale di mercato e quindi come possibile chiave interpretativa per comprendere i fenomeni in atto nelle società industrializzate.

3.2 Il ruolo delle Agenzie europee nello sviluppo di forme innovative di partnership pubblico-privato: l'*Innovative Medicine Initiative*

Nel cammino verso un rinnovato modello di Economia sociale di mercato, che riconosce e valorizza il ruolo delle relazioni pubblico-privato, il contributo delle Agenzie europee appare di importanza centrale, in quanto espressione del principio di sussidiarietà che, come sottolineato, si pone storicamente alla base dell'Economia sociale di mercato.

¹⁹ Significativa a tale proposito è l'esperienza dei poli di competitività francesi.

In questo quadro, una delle esperienze principali realizzate in Europa è costituita dall'*Innovative Medicine Initiative* (IMI), impresa comune²⁰ avviata in ambito sanitario, con lo specifico obiettivo di contribuire al rilancio della competitività dell'industria farmaceutica europea e, nel contempo, al benessere della popolazione²¹.

Alla base dell'istituzione dell'impresa comune IMI si colloca la constatazione da parte della Commissione europea della necessità di un intervento di respiro europeo, per fronteggiare la perdita di competitività della ricerca farmaceutica, rispetto ad altri contesti. L'IMI si propone infatti di avviare iniziative di ricerca paneuropee di grandi dimensioni, tali da non poter essere contemplate da soggetti privati²².

L'attività dell'IMI, in particolare, è organizzata intorno a quattro pilastri di attività:

- sicurezza dei farmaci, con l'obiettivo di ridurre i tempi di individuazione dei farmaci con il miglior rapporto costi-benefici e con maggiore probabilità di successo;
- efficacia, per sviluppare maggiori conoscenze circa le reazioni dei pazienti alle nuove molecole e contribuire allo sviluppo del farmaco personalizzato;
- sviluppo del *knowledge management*, attraverso un approccio alla ricerca orientato alla condivisione delle competenze e dell'informazione;
- formazione e aggiornamento del personale.

²⁰ L'impresa comune europea rappresenta uno degli strumenti che le istituzioni comunitarie individuano per il sostegno di iniziative europee in ambito economico. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Report on European Technology Platforms and Joint Technology Initiatives: Fostering Public-Private R&D Partnership to Boost Europe's Industrial Competitiveness*, Commission Staff Working Document, SEC(2005) 800.

²¹ G10 MEDICINES, HIGH LEVEL GROUP ON INNOVATION AND PROVISION FOR MEDICINES, *Recommendations for Action*, 2002.

²² S. BRUZZI, "Le nuove politiche a sostegno della ricerca nel settore farmaceutico. Le esperienze statunitense ed europea a confronto", in D. VELO (a cura di), *Il governo dello sviluppo economico e dell'innovazione in Europa*, Giuffrè Editore, Milano, 2009.

È per fronteggiare progetti di grande entità che l'IMI catalizza attori pubblici e privati intorno ad aree di ricerca ritenute strategiche. In tal senso, l'*Innovative Medicine Initiative* rappresenta una formula di cooperazione pubblico-privato, che vede tra i soggetti fondatori attori pubblici e privati, tra cui *in primis* la Commissione europea e la *European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations*, EFPIA. Questi ultimi rappresentano i principali finanziatori; la Commissione, in particolare, è tenuta a versare risorse finanziarie, mentre l'EFPIA contribuisce a mettere a disposizione risorse materiali e immateriali e competenze da destinare alle attività di ricerca.

Accanto a questi soggetti, numerosi sono i partner, pubblici e privati, che partecipano all'*Innovative Medicine Initiative*: grandi imprese farmaceutiche, piccole e medie imprese, organizzazioni di pazienti, ospedali, università e centri di ricerca. In questo quadro, si colloca l'Agenzia Europea dei Medicinali, chiamata a svolgere un ruolo strategico di primo piano nell'ambito dell'impresa comune.

Attualmente l'IMI rappresenta una delle iniziative più significative di cooperazione pubblico-privato in Europa, ponendosi quale modello di innovazione istituzionale ed imprenditoriale anche per altre esperienze in altri settori.

4. Conclusioni

Gli ultimi decenni del XX secolo hanno conosciuto profondi cambiamenti, che hanno interessato i sistemi economici mondiali, con effetti tuttora evidenti. Fenomeni quali la globalizzazione delle economie, l'internazionalizzazione e lo sviluppo scientifico e tecnologico hanno prodotto effetti di enorme portata, che hanno modificato l'ordine economico mondiale, influenzando le basi del vantaggio competitivo a livello di paesi, territori e organizzazioni.

La formazione di un sistema economico globale integrato non è progredita di pari passo con la definizione di forme di governo sovranazio-

nale; si è pertanto definito un mercato al di fuori del controllo di uno stato nazionale.

E' proprio in questa fase di significativa modificazione degli equilibri preesistenti che emerge la necessità di individuare forme di statualità innovativa che sappiano cogliere le opportunità offerte dal momento di rottura.

In tal senso appare rilevate l'insegnamento che può derivare dal modello di Economia sociale di mercato, fondato sui principi della sussidiarietà e della solidarietà, a cui i recenti trattati europei attribuiscono crescente importanza.

I nuovi rapporti pubblico-privato che stanno emergendo in alcune esperienze imprenditoriali di eccellenza realizzate a livello europeo, quali i *cluster* tecnologici e l'*Innovative Medicine Initiative*, sembrano evidenziare come il modello di Economia sociale di mercato stia trovando concreta realizzazione a livello europeo. In tal senso, indicazioni rilevanti possono essere fornite dal tratto più innovativo che caratterizza tali forme aggregative: la presenza di una cabina di regia. Questo elemento, cui è stato riconosciuto ad oggi un ruolo marginale dalla letteratura di riferimento, rappresenta il perno su cui poter individuare modalità e strumenti per la promozione di nuovi rapporti pubblico-privato.

Le esperienze evidenziate possono pertanto rappresentare una base di partenza su cui ridefinire il ruolo svolto dalle istituzioni pubbliche nel processo di sviluppo economico e una possibile chiave di lettura per interpretare i cambiamenti in atto nei rapporti pubblico-privato. Si tratterà di vedere, nei prossimi anni, come tali cambiamenti incideranno nel processo di sviluppo del sistema economico e sociale europeo verso un innovativo ordine istituzionale.

Oltre il dibattito attuale: appunti per un'agenda di ricerca sul processo di *agencification* nell'Unione Europea

*Edoardo Chiti**

Summary. In this contribution, the Author briefly sketches a research agenda on the agencification process in the EU legal order. Taking the achievements of legal and political science as a starting point, it suggests that three main aspects of the agencification process should be further investigated. Firstly, a systematic inquiry of the empirical dimension of the European agencies' system would allow a more accurate and less formal understanding of the agencification process. Secondly, a reconstruction of the instruments of control to which the various agencies are subject could shed light on their normative foundations and capacity to develop good administrative practices. Thirdly, scientific reflection should focus on the current remarkable transformations of the consolidated model, giving account of the constant evolution of legal and institutional reality.

1. Tre problemi per lo studio delle Agenzie europee

Raramente un modello organizzativo è stato oggetto di tanti fraintendimenti. Le Agenzie europee sono state dapprima considerate organismi tra loro troppo diversi per essere riconducibili a un disegno unita-

* Università degli Studi della Tuscia, Viterbo

rio¹. Quindi, si è visto in esse degli embrioni di autorità indipendenti e un primo passo verso la costruzione di uno «Stato regolatore» in Europa². Poi, nell'ambito di teorie più generali sulla dinamica e sulla legittimazione del processo di integrazione europea, sono state intese come strutture di *governance* qualitativamente distinte dalle più tradizionali strutture di *governing* e destinate ad attenuare la funzione di queste ultime nel ciclo politico dell'Unione³. Tutte queste linee ricostruttive, però, si sono rivelate sbagliate o parziali. Le Agenzie europee sono venute rapidamente caratterizzandosi quali organismi accomunati da caratteristiche specifiche, in grado di delineare uno schema istituzionale generale. Si sono differenziate da altre amministrazioni dell'Unione, a partire dalle autorità indipendenti⁴. E non si sono poste in concorrenza con le pre-

¹ Non solo dalla scienza giuridica e politica, ma anche dalle stesse istituzioni europee, che hanno spesso lamentato l'incerta natura e l'eccessiva differenziazione delle agenzie europee: si veda, ad esempio, COM (2005) 59.

² Si veda, ad esempio, G. Majone, *Regulating Europe*, London, 1996.

³ Così, ad esempio, P.F. Kjaer, *Between Governing and Governance. On the Emergence, Function and Form of Europe's Post-National Constellation*, Oxford, Hart, 2010.

⁴ Per una sintesi recente dei tratti distintivi del modello delle agenzie europee e del suo effettivo funzionamento, sia consentito rinviare a E. Chiti, *An important part of the EU's institutional machinery. Features, Problems and Perspectives of European Agencies*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 1395 ss.; per una ricostruzione più ampia, E. Chiti, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, Cedam, 2002, *passim*. Sotto il profilo strettamente organizzativo, le agenzie europee sono organismi per un verso ausiliari rispetto alla Commissione, per altro verso strutturati in modo tale da realizzare, attraverso i propri uffici di vertice, una pluralità di relazioni tra le amministrazioni nazionali e tra queste ultime e la Commissione. I poteri loro conferiti, poi, sono per lo più strumentali, preordinati all'esercizio di poteri finali da parte di altre amministrazioni, nazionali ed europee. Le agenzie europee, inoltre, operano quali coordinatori di sistemi amministrativi comuni, composti da amministrazioni nazionali, miste ed europee la cui attività è resa interdependente attraverso specifiche tecniche di integrazione amministrativa. Esse sono soggette, da ultimo, ad una pluralità di meccanismi di controllo, che si applicano in modi differenziati nei vari casi e che spaziano dagli istituti della rule of law al controllo delle istituzioni politiche, al controllo che le singole componenti dei sistemi comuni europei settoriali esercitano le une rispetto alle altre.

sistenti istituzioni politiche, le cui scelte di fondo contribuiscono ad attuare nel sistema giuridico europeo.

Oggi che le ricostruzioni complessive tendono a convergere intorno ad una comprensione condivisa del processo di *agencification* in Europa, pur con una ovvia e salutare diversità di accenti e prospettive, come dimostrano anche i saggi raccolti nel presente volume, può essere utile tentare di mettere a fuoco i problemi principali che si aprono per la ricerca scientifica. Che non può continuare a indugiare sui problemi già battuti, ma deve scavare a fondo all'interno della realtà istituzionale delle Agenzie europee. In tre direzioni principali.

2. L'indagine empirica del sistema delle Agenzie europee

La prima direzione è quella di una più accurata comprensione del concreto funzionamento delle Agenzie europee. La riflessione sulle Agenzie si è basata, sin qui, essenzialmente sul quadro normativo e sulla giurisprudenza, mentre la prassi amministrativa è stata esaminata, nella migliore delle ipotesi, attraverso l'esame della letteratura grigia relativa ad alcune specifiche Agenzie. Ciò che è mancato è un tentativo di indagine empirica sul funzionamento del complessivo "sistema delle Agenzie europee". Si tratta di un'autentica lacuna, che una riflessione giuridica intenzionata a misurarsi con ricostruzioni multidimensionali dell'amministrazione europea dovrebbe, ora, tentare seriamente di colmare.

Un robusto contributo in questo senso era stato promesso, nel marzo del 2008, dalla Commissione, che si era impegnata a partecipare alla discussione sul futuro del sistema delle Agenzie fornendo alle istituzioni politiche dell'Unione un quadro complessivo e trasversale del loro assetto e del loro funzionamento⁵. La valutazione è stata svolta da un gruppo di società di consulenza, che ha operato in maniera indipendente, ma in attuazione di un mandato relativamente dettagliato della

⁵ Si veda la comunicazione COM (2008) 135 final, *The European Agencies - The Way Forward*.

Commissione e in costante dialogo con le istituzioni politiche dell'Unione⁶. Le conclusioni dell'indagine sono presentate in un lungo rapporto di quattro volumi, aggiornato al dicembre 2009 e reso pubblico nel 2010.

I risultati, però, sono profondamente deludenti.

E' interessante l'attenzione posta a problemi poco evidenziati dalla scienza giuridica che si è occupata del processo di *agencification*. I più gravi riguardano singole Agenzie, ed in particolare Cepol, sulla quale sono espressi giudizi molto duri. Altre Agenzie presentano problemi minori: rispetto all'Agenzia europea per i medicinali, ad esempio, si osserva che l'architettura dei comitati scientifici è divenuta, nel tempo, eccessivamente complessa e richiede una razionalizzazione. Oltre a evidenziare problemi sin qui non rilevati, il rapporto conferma alcuni inconvenienti già noti agli studi sulle Agenzie europee. Il principale riguarda la *governance* delle Agenzie, ed in particolare la composizione del consiglio di amministrazione. Per un verso, collegi eccessivamente ampi, che danno voce ad amministrazioni di 27 paesi, finiscono per essere poco efficaci, oltre che troppo costosi. Per altro verso, gli interessi che vi sono rappresentati non garantiscono sempre il buon funzionamento dell'ufficio: ad esempio, la partecipazione dei direttori degli organismi nazionali per la proprietà intellettuale nel comitato del bilancio dell'Ufficio del marchio comunitario dà luogo, in alcune circostanze, ad un conflitto tra l'interesse dell'agenzia europea e gli interessi delle autorità nazionali, con essa potenzialmente concorrenti.

La riflessione sui problemi del sistema delle Agenzie, peraltro, avrebbe richiesto un ben diverso lavoro di scavo. Restano in ombra o sono del tutto ignorate, in effetti, alcune questioni di fondo sulle quali dati e in-

⁶ Le quali sono state chiamate a valutare i prodotti intermedi del processo di valutazione e la rispondenza del rapporto finale ai criteri di qualità predefiniti dalla Commissione. I meccanismi del controllo della Commissione e delle altre istituzioni politiche sul gruppo di valutazione si possono ricostruire leggendo il vol. IV del rapporto *Evaluation of the EU Decentralised Agencies in 2009*, a cura di Ramboll Management, Euréval e Matrix, p. 2 ss.

formazioni sarebbero preziosi. E' il caso, ad esempio, del rapporto con i privati. Alcune Agenzie, come noto, stabiliscono un dialogo stabile ed istituzionale con il settore privato, che si svolge talora all'interno di uno degli uffici di vertice dell'organismo europeo. Ma è difficile valutare, in mancanza di analisi empiriche e studi di caso, il concreto funzionamento di questo dialogo, capire se inneschi pratiche neocorporative, individuarne benefici e inconvenienti. Allo stesso modo, è solo sfiorato il problema dei poteri delle Agenzie: i quali hanno carattere per lo più strumentale all'esercizio di poteri finali da parte di altre autorità pubbliche, nazionali ed europee, in linea con le tradizionali, ma discutibilissime, interpretazioni restrittive del principio *Meroni* fissato dal giudice europeo; ma non per questo sfuggono al problema delle garanzie e dei diritti dei destinatari dell'azione amministrativa, il cui sviluppo è diseguale e richiederebbe un serio ripensamento da parte del legislatore europeo e delle stesse Agenzie. Ancora, avrebbe meritato una riflessione accurata il problema delle tecniche di integrazione tra le varie amministrazioni - nazionali, europee e miste - che compongono i sistemi comuni settoriali coordinati dalle Agenzie europee. La scienza giuridica ne ha posto in evidenza i tratti caratteristici, i punti di forza e di debolezza, le molteplici implicazioni sui sistemi amministrativi nazionali. Ma queste indicazioni andrebbero incrociate, ora, con i risultati di indagini empiriche, volte a misurare l'efficacia delle tecniche di integrazione, la capacità dei procedimenti amministrativi composti di rispondere alle esigenze dei singoli settori, il concreto funzionamento degli organi misti.

Il rapporto, insomma, non mantiene la promessa della Commissione di un'accurata valutazione delle Agenzie europee. Esso non si misura con il loro reale funzionamento, che resta, in mancanza di studi di caso condotti con gli strumenti della scienza dell'amministrazione, largamente inesplorato, ma si concentra sul complessivo disegno istituzionale che risulta dalle norme istitutive e da alcuni atti di indirizzo, quali i programmi annuali di lavoro. In tal modo, finisce per aggiungersi agli ormai ricchi studi della scienza giuridica europea sulle Agenzie dell'Unione,

senza offrire un vero valore aggiunto. E lascia alla riflessione scientifica l'onere di approfondire la comprensione del concreto funzionamento delle Agenzie europee.

3. La ricostruzione degli strumenti di controllo

La seconda direzione nella quale è auspicabile che muova lo studio delle Agenzie europee è quella degli strumenti di controllo.

Il processo di *agencification* nell'ordinamento europeo è stato accompagnato dallo sviluppo di vari meccanismi di controllo. Il controllo è, anzitutto, interistituzionale: se negli ordinamenti nazionali la pubblica amministrazione trova il proprio ancoraggio in un centro unitario, rappresentato dal governo, nel sistema europeo essa dipende da un potere esecutivo composito, condiviso dalla Commissione, dal Consiglio e dagli Stati membri, che possono esercitare talune prerogative nei confronti delle Agenzie europee. Un secondo strumento di controllo è quello che i giudici europei assicurano sull'attività di alcune Agenzie europee. A questo si aggiungono gli istituti della *rule of law*, che comprendono sia le garanzie procedurali di intervento degli interessati, pubblici e privati, nei procedimenti di fronte alle Agenzie europee, sia l'insieme degli obblighi procedurali ai quali le Agenzie sono soggette. Vi è, infine, un controllo istituzionale interno al sistema comune europeo settoriale coordinato dall'agenzia europea, che le singole componenti del sistema svolgono le une rispetto alle altre.

Lungi dal combinarsi in un quadro coerente ed unitario, però, tali strumenti danno luogo ad un «campo gravitazionale», che si applica in maniera diseguale ai vari tipi di Agenzie europee.

Gli strumenti di controllo, in primo luogo, trovano un ampio sviluppo rispetto alle Agenzie europee dotate di poteri propriamente finali, come l'Ufficio di armonizzazione nel mercato interno. Questo tipo di Agenzie gode di un non trascurabile grado di autonomia rispetto alla Commissione ed alle altre istituzioni politiche. Ed è assai limitato il controllo intraistituzionale, svolto reciprocamente dalle varie componenti dell'am-

ministrazione europea settoriale. E tuttavia, l'autonomia di tali Agenzie europee non implica che non vi siano obblighi nei confronti delle istituzioni politiche, esemplificati dall'obbligo di presentare una relazione annuale al Parlamento europeo, al Consiglio ed alla Commissione. L'attività posta in essere da questo tipo di Agenzie europee, poi, è soggetta ad un articolato e completo sistema di tutela giurisdizionale, la cui importanza è testimoniata dalle numerose controversie decise dai giudici europei. A ciò si aggiunge che gli istituti della *rule of law* sono particolarmente sviluppati. La disciplina dei procedimenti di fronte alle Agenzie europee dotate di poteri finali, in particolare, può essere considerata delle applicazioni dello schema noto come «interest representation model»⁷, là dove impongono «un modello di regolazione fondato sulla partecipazione degli interessi, in modo da assicurare decisioni fondate sulla conoscenza dei fatti e su un ragionevole e motivato equilibrio degli interessi»⁸.

Il controllo è meno sviluppato rispetto alle Agenzie europee che svolgono un'attività consultiva o di assistenza tecnica nei confronti di istituzioni europee e nazionali. Tali Agenzie sono soggette a varie potestà della Commissione. Ma non è chiaro se l'istituzione sovranazionale faccia un uso effettivo delle proprie potestà: ad esempio, la Commissione è spesso chiamata ad approvare il programma di lavoro annuale e pluriennale dell'agenzia, ma l'approvazione pare non di rado un esercizio meramente rituale. Le Agenzie europee che svolgono un'attività consultiva o di assistenza tecnica, poi, sono soggette ad un controllo decisamente limitato da parte delle istituzioni politiche diverse dalla Commissione, così come da parte degli organismi amministrativi che compongono il

⁷ Il riferimento, com'è evidente, è alla riflessione di Richard B Stewart: si veda, ad esempio, *The Reformation of American Administrative law*, in *Harvard Law Review*, 1975, p. 1667 ss.; Id., *Madison's Nightmare*, in *The University of Chicago Law Review*, 1990, p. 335 ss.; S. Breyer, C.R. Sunstein e R. Stewart, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text and Cases*, V ed., Aspen Publishers, 2002.

⁸ S. Cassese, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2003, p. 35 ss., p. 47.

sistema comune europeo settoriale. La loro attività, ancora, non è sempre sindacabile di fronte ai giudici europei, anche se il silenzio di alcuni regolamenti istitutivi non impedirebbe ad un soggetto interessato di agire invocando il principio stabilito dalla Corte di giustizia nella nota sentenza *Les Verts*. Anche la *rule of law* è assai rudimentale, in connessione con il limitato grado di procedimentalizzazione dell'attività di questo tipo di Agenzie europee.

Gli strumenti di controllo tendono a divenire ancora più evanescenti rispetto ad un terzo tipo di Agenzie europee, quelle che coordinano sistemi comuni preposti alla produzione di informazione di qualità destinata ad essere utilizzata dalle istituzioni europee e nazionali nello svolgimento delle proprie funzioni amministrative. Alla funzione svolta, limitata alla produzione di informazione, il legislatore europeo fa discendere l'inutilità tanto di un controllo giurisdizionale quanto di un insieme di garanzie procedurali a tutela degli interessati e della completezza dell'istruttoria.

La scienza giuridica, che ha sin qui appena sfiorato il tema, dovrebbe misurarsi con questa varietà di assetti, abbandonando le affermazioni astratte a favore di una ricostruzione puntuale della realtà giuridica e di una valutazione dei punti di forza e di debolezza dei disegni che vengono emergendo. Quali sono esattamente i meccanismi di controllo ai quali sono assoggettati le varie Agenzie europee? Si tratta di strumenti che consentono effettivamente di orientare l'esercizio del potere amministrativo alle esigenze della buona amministrazione? Oppure, al contrario, la loro architettura potrebbe essere migliorata e resa meno rudimentale? Quale equilibrio stabiliscono tra garanzia dei destinatari dell'azione amministrativa ed efficienza del potere pubblico? E quali sono i loro effetti sulla legittimazione dell'amministrazione europea? Si può sostenere che il graduale sviluppo di principi, regole e pratiche di controllo contribuisca a rafforzare tale legittimazione? In caso positivo, come interagisce questo sviluppo con la lenta e sofferta costruzione di un patrimonio costituzionale comune, che sta al cuore del costituziona-

lismo europeo e annovera il principio democratico tra i propri tratti costitutivi?

4. Lo studio delle trasformazioni del modello

La terza direzione principale nella quale dovrebbe orientarsi lo studio delle Agenzie europee è quella delle trasformazioni del modello consolidato. Il quale è oggi soggetto ad una significativa complicazione.

Il modello tradizionale di agenzia europea, incentrato su un ente ausiliario rispetto alla Commissione e chiamato a strutturare, attraverso i propri uffici di vertice, una pluralità di relazioni tra le amministrazioni nazionali e tra queste ultime e la Commissione, non ha esaurito la propria forza attrattiva e la propria funzione nel sistema amministrativo europeo. Ad essa viene affiancandosi, però, un nuovo tipo di agenzia, che si distingue dalla figura tradizionale perché le amministrazioni nazionali delle quali struttura la cooperazione non sono amministrazioni ordinarie ma autorità indipendenti, e per il fatto di essere chiamata ad operare in maniera indipendente tanto dai privati quanto dalle istituzioni politiche dell'Unione, inclusa la Commissione. Lo sviluppo di questo nuovo tipo di Agenzie europee è esemplificato, in particolare, dalle riforme operate in alcuni settori significativi dello spazio socio-economico europeo, quali l'energia e la vigilanza finanziaria.

La stessa figura tradizionale di agenzia europea, poi, sembra destinata ad essere utilizzata, nel prossimo futuro, in modo del tutto nuovo rispetto al passato. Le tendenze che si registrano in altri ambiti di azione dell'Unione europea, in effetti, sembrano andare nella direzione della istituzione di Agenzie le quali, per un verso, si pongano in un rapporto di ausiliarità con altri organismi ed operino quali meccanismi di cooperazione e di integrazione tra amministrazioni diverse, analogamente a quanto avviene nelle Agenzie riconducibili al modello consolidato, per altro verso, si discostino da tale modello per il fatto di essere chiamate ad operare come uffici ausiliari rispetto ad organismi diversi dalla Commissione e volte a strutturare la cooperazione amministrativa tra

le amministrazioni nazionali e tra queste ed un organismo europeo diverso dalla stessa istituzione sovranazionale. La Banca centrale europea, ad esempio, sta valutando da tempo la possibilità di istituire un'agenzia europea che operi al suo fianco per lo svolgimento di specifici compiti nell'attuazione del programma Target2-Securities (T2S), volto ad offrire ai sistemi di deposito accentrato una piattaforma tecnica comune per il regolamento in moneta di banca centrale delle transazioni in titoli⁹.

I due «movimenti» richiamati, naturalmente, hanno caratteri e tempi ben diversi. Il primo è uno sviluppo ormai maturo e spinge verso l'istituzione di Agenzie sottratte all'influenza della politica e del mercato, che trovano nella neutralità e nella indipendenza la propria ragion d'essere. Il secondo, invece, spinge verso l'istituzione di Agenzie che, come nel modello tradizionale, operano essenzialmente in funzione servente rispetto ad un altro organismo europeo. Ed i suoi tempi sono ben più lenti, giacché la discussione tra le istituzioni europee sulla possibilità di istituire Agenzie di questo tipo è stata appena avviata, con riferimento ad ambiti molto particolari del mercato interno e delle politiche dell'Unione. I due sviluppi, però, producono un medesimo effetto, che è quello di attenuare se non addirittura mettere radicalmente in discussione il legame, sin qui stabile e relativamente forte, tra l'agenzia europea e la Commissione.

E' anche con queste trasformazioni che la scienza giuridica dovrà misurarsi nel prossimo futuro, se vuole contribuire alla comprensione e al miglioramento del processo di *agencification* nell'ordinamento europeo. Quali sono le strutture profonde dei mutamenti in atto? Si può dire che essi rispondano alle esigenze funzionali dell'attuazione amministrativa delle normative e delle politiche europee? Oppure, al contrario, producono a loro volta alcuni problemi?

⁹ Su questo sviluppo, E. Chiti, *Le trasformazioni delle agenzie europee*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, p. 72 ss.

Quanto allo sviluppo di Agenzie europee indipendenti, ad esempio, è agevole osservare che la discussione tra le istituzioni politiche dell'Unione sulla possibilità della loro istituzione nei settori dell'energia e della vigilanza finanziaria non chiarisce la *ratio* funzionale della costituzione di autorità indipendenti in alcuni ambiti di azione dell'Unione, né le ragioni in base alle quali queste dovrebbero essere preferite alle Agenzie tradizionali, dotate di una limitata autonomia dalle istituzioni politiche, ed in particolare dalla Commissione. Anche assumendo che il criterio per l'attribuzione della indipendenza sia chiaramente individuato, poi, l'assetto organizzativo che viene delineandosi non sembra del tutto risolto. Il problema principale di alcune delle riforme operate, ad esempio quella del settore dell'energia, è quello della natura composita e plurale del regolatore europeo, articolato in un regolatore strettamente sovranazionale, la Commissione, ed un regolatore comunitario ma composito, che dà voce ai regolatori dei vari Stati membri. Pur giustificabile sotto vari profili, tale soluzione resta barocca ed il ricorso ad una sola e più forte autorità europea di regolazione avrebbe rappresentato una soluzione istituzionale più lineare.

Quanto alla possibile istituzione di Agenzie che operino in funzione servente rispetto ad un organismo europeo diverso dalla Commissione, essa rischia di innescare dei conflitti interistituzionali le cui conseguenze non sono facilmente prevedibili. Il modello delle Agenzie europee ha svolto, negli ultimi due decenni, una funzione specifica: ha permesso lo svolgimento di compiti tecnici attraverso una organizzazione la quale, per un verso, si appoggia sulle amministrazioni nazionali, per altro verso, è soggetta ad alcune prerogative della Commissione. Proprio in virtù di questo doppio legame, con le amministrazioni nazionali e con la Commissione, la figura dell'agenzia europea si è rivelata politicamente accettabile tanto per gli Stati membri quanto per le istituzioni politiche dell'Unione, come dimostra, del resto, il costante rafforzamento del processo di *agencification* negli ultimi due decenni. Le nuove Agenzie, invece, rappresenterebbero una soluzione istituzionale assai meno

condivisa: sia perché non sarebbero immediatamente riconducibili alla Commissione, ed anzi rafforzerebbero altre componenti del sistema amministrativo europeo; sia perché alcuni organismi europei diversi dal legislatore comunitario, come la BCE, potrebbero essere tentati di istituire direttamente, con un proprio atto regolativo, un'agenzia che operi come ufficio ausiliario nei loro confronti. Vi sono buone ragioni per ritenere che questo nuovo tipo di Agenzie sia compatibile con l'ordinamento giuridico europeo. Ma sarebbe ingenuo non rilevare che questa evoluzione altererebbe profondamente i rapporti tra le autorità europee, dando luogo a processi che potrebbero rappresentare una fonte di arricchimento per l'ordinamento europeo, ma anche determinare uno stallo o un rallentamento nella costruzione del sistema amministrativo dell'Unione.

Note sugli Autori

Vincenzo Salvatore

Università degli Studi dell'Insubria, Varese. È capo del servizio giuridico dell'Agenzia Europea per i Medicinali (Londra).

Lucia Musselli

Professore associato di Diritto amministrativo e docente di Diritto dell'informazione presso l'Università degli Studi di Milano

Lorenzo Cuocolo

Professore associato di Diritto pubblico comparato presso l'Università commerciale "Luigi Bocconi", Milano

Laura Ammannati

Professore ordinario di Diritto pubblico dell'economia presso l'Università degli Studi di Milano

Simone Gabbi

Dottore di ricerca in legislazione alimentare e membro del Servizio giuridico dell'Autorità europea per la sicurezza alimentare

Alessandro Spina

Dottore di Ricerca in Law and Economics presso l'Università di Siena. Membro del servizio giuridico dell'Agenzia Europea dei Medicinali (Londra)

Note sugli Autori

Davide Diverio

Dottore di Ricerca in Diritto delle Comunità europee nell'Università degli Studi di Bologna, è ricercatore confermato di Diritto dell'Unione Europea presso la Facoltà di Economia dell'Università degli Studi dell'Insubria,

Enrica Pavione

Ricercatore di Economia e Gestione delle Imprese presso la Facoltà di Economia dell'Università degli Studi dell'Insubria, Varese

Edoardo Chiti

Professore associato di Diritto dell'Unione Europea presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università della Tuscia (Viterbo). E' membro dell'*European Group of Public Law* e dell'Istituto per le ricerche sulle pubbliche amministrazioni (Irpa)

ISBN
978-88-96890-02-8

Jean Monnet Centre of Pavia
Università degli Studi di Pavia



Education and Culture DG

Lifelong Learning Programme