

Francesco Capriglione

**IL RAPPORTO TRA POLITICA ED AMMINISTRAZIONE.
LE AMMINISTRAZIONI INDIPENDENTI (*)**

Sommario: 1. Premessa. - 2. Le amministrazioni indipendenti: caratteri e funzioni. - 3. *Segue*: loro inquadramento costituzionale. - 4. La legge n. 241 del 1990....- 5. *Segue*:... e la legge n. 262 del 2005. - 6. I recenti orientamenti legislativi: il decreto lgs. n. 303 del 2006... - 7. *Segue*: il d.d.l. governativo sul nuovo ordinamento delle autorità indipendenti. - 8. Conclusioni.

1. Da tempo la dottrina giuridica ha illustrato il fenomeno delle c.d. amministrazioni indipendenti, soffermandosi in particolare sui contenuti del rapporto fra politica ed amministrazione, quale s'individua con riguardo alla realtà giuridica che caratterizza tali figure soggettive (cfr. tra gli altri AA.VV., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, a cura di Bassi e Merusi, Milano, 1993; AMOROSINO, *Le amministrazioni di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*, in Banca e borsa, 1995, I, p. 58; NICCOLAI, *I poteri garanti della costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996).

Decisamente significativa deve ritenersi in materia la conclusione cui è pervenuto un acuto studioso, a giudizio del quale la individuazione della natura e della funzione svolta da tali amministrazioni disvela “la dissimulazione del ruolo politico delle autorità”, per cui ben può dirsi che “con la politica esse sono in un rapporto ambiguo, perennemente irrisolto”, che tuttavia deve essere valutato e preso in considerazione “poiché la tecnica prolifera nel vuoto della politica” (cfr. così MONTEDORO, *Le*

* Testo della *Relazione* svolta il 15 marzo 2007 al «Congresso giuridico per l'aggiornamento forense», organizzato dal Consiglio Nazionale forense, Roma.

amministrazioni indipendenti e la vigilanza sui mercati finanziari, in Foro amm., 2004, p. 3005).

Ed invero, la nuova dimensione della politica - come attività libera nel fine che si propone di effettuare le scelte di fondo della comunità e, dunque, che si ritiene capace di interpretare le istanze che provengono dalla società civile secondo criteri di razionalità strumentale (cfr. la vasta letteratura in argomento ed in particolare BOBBIO, *Politica*, in *Dizionario di politica*, a cura di Bobbio e Matteucci, Torino, 1976) - va ricercata essenzialmente nel riferimento al cambiamento dell'organizzazione pubblica, nel quale rileva la posizione riconosciuta a talune istituzioni, che sul piano delle concretezze risultano destinatarie di una *delega* da parte della politica alla regolazione di specifici settori dell'ordinamento. Si evidenzia, dunque, in modalità inequivoche il superamento del tradizionale schema dell'apparato statale, stante la possibilità (che per tal via si determina) di svolgere in forma *neutrale* alcuni significativi interventi pubblici.

Si è in presenza di un fenomeno che consente di delineare un quadro ordinatorio della funzione pubblica ben diverso da quello conosciuto in epoche passate. Nell'era moderna, infatti, l'attivazione di autorità, munite di autonomia, che esercitano funzioni in altri tempi riconducibili all'azione dello Stato segna il tramonto della sacramentale formula organizzativa che aveva connotato lo *stato di diritto*. La *neutralità* incide in maniera netta sulla sfera dei poteri dello Stato, per un verso sottraendo a quest'ultimo il *governo* ed il *controllo* di comparti che richiedono un costante riscontro di conformazione giuridica, per altro incentivando il riconoscimento di una maggiore forza dei *poteri prescrittivi e descrittivi* del medesimo.

Tralascio di soffermarmi in questa sede sugli aspetti specifici della problematica concernente l'ambito dimensionale della *neutralità* - ed in particolare se è possibile ascrivere a tale modulo una valenza solo *dissimulata* (dove la qualificazione dell'attività svolta da tali autorità alla stregua di « *mediazione tra la pretesa di politicità e la pretesa di neutralità dell'economia*») (cfr. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, p. 113) -, per incentrare, invece, la presente indagine su taluni effetti che dalla neutralità derivano e, più in generale, sulle implicazioni dell'intervenuta modifica del "rapporto tra saperi", che ha fatto seguito all'affermazione di nuove figure autoritative rispondenti, per l'appunto, all'indicato modello organizzatorio.

Quel che in questa sede mi propongo di verificare è, dunque, non tanto la collocazione istituzionale delle amministrazioni che si definiscono come *indipendenti* - tematica cui da tempo la dottrina ha dedicato ampio interesse - quanto le implicazioni *in subiecta materia* di alcuni recenti innovazioni legislative (e mi riferisco, in particolare, al decreto lgs. n. 303 del 2006), nonché di un disegno di legge presentato dal Governo che sembra destinato a modificare in maniera decisa la relazione che intercorre tra le autorità di cui trattasi ed i pubblici poteri (cfr. il DDL contenente «*disposizioni in materia di regolazione e di vigilanza sui mercati e di ordinamenti delle autorità indipendenti predisposte ai medesimi*» all'ordine del giorno del Consiglio dei Ministri del 25 gennaio 2007). In altri termini, ritengo meritevole d'approfondimento accertare se la regolazione dei rapporti tra potere politico ed amministrazione, come definita a seguito delle leggi n. 241 del 1990 e 262 del 2005, consenta di considerare tuttora immutati gli equilibri tra le autorità di controllo del mercato finanziario e la politica, quali si erano consolidati nel tempo e, quindi, puntualizzati nei provvedimenti legislativi testé richiamati.

Al riguardo, mi sembra opportuno muovere dalla riflessione in argomento di un insigne studioso che - nel valutare il raccordo che contraddistingue regime amministrativo, potere governativo e forme di regolazione che fanno capo alle amministrazioni indipendenti - ha tenuto a precisare che il *rapporto* intrattenuto dalle autorità in parola con la *politica* varia nel tempo e si gioca su margini ristretti, donde la non definitività delle soluzioni prospettabili in materia e la permanente validità dell'interrogativo riguardante l'effettività del *ritiro* della politica dal quadro ordinatore di importanti settori dell'ordinamento e dei mercati (cfr. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1997, p. 645 ss).

2. In tale premessa, sarà bene ricordare che la presenza di una pluralità di autorità amministrative competenti nell'esercizio della regolazione e della vigilanza su settori dell'ordinamento appare in linea con una visione sistemica dell'intervento dei pubblici poteri che esalta il *momento della tecnica* nella funzione di controllo. La previsione normativa di un obbligo di collaborazione tra le medesime dà conferma di tale convincimento, consentendo la configurabilità di un *sistema di vigilanza integrato*, quale è richiesto specie con riguardo all'unità dei mercati finanziari (cfr. MONTEDORO, *Commento sub art. 7 t.u.b.*, in AA.Vv., *Commentario al*

testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, a cura di Capriglione, Padova, 2001, tomo I, p. 57 ss).

L'affermazione del modulo organizzatorio di cui trattasi individua una costruzione che dà prevalente e/o esclusivo rilievo al profilo della garanzia (tecnica) nelle scelte destinate a dar vita all'una o all'altra tra le variegate, possibili forme dello schema (di vigilanza) assumibile. Ed invero, demandare a specifiche amministrazioni indipendenti, preposte ai differenti settori dell'ordinamento, la disciplina ed il controllo sui soggetti che di questi fanno parte significa predisporre le condizioni giuridiche adeguate ad assicurare il regolare svolgimento dell'attività di cui trattasi, secondo criteri rispondenti ai fondamenti teorico-pratici che presiedono a questa ultima, oltre che garantirne lo svolgimento in regime di autonomia rispetto ad interferenze eteronome.

In proposito rilevano i dati che comunemente sono indicati come elementi caratterizzanti le figure in parola: la *relativa* separatezza dal potere esecutivo (si pensi alla sottoponibilità degli atti delle amministrazioni indipendenti al ricorso straordinario al Capo dello stato), la posizione di terzeità nei confronti degli interessi coinvolti nei settori sui quali le autorità esplicano la loro influenza ed, infine, il tecnicismo che qualifica la loro azione (cfr. tra gli altri CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in Foro amm., 1997, p. 341 ss). Da tali componenti deriva la peculiarità funzionale ed organizzativa di siffatte amministrazioni, che si compendia nell'individuazione degli indicatori dell'indipendenza che ne qualifica la figura; indipendenza che, secondo un orientamento da considerare ormai prevalente, sta a significare *non dipendenza da altri poteri*, a sua volta presupposto di interventi nei quali "sia necessario evitare che si possano sviluppare relazioni tali da incidere sull'esercizio della funzione di un soggetto, in qualche modo condizionandola" (cfr. FRANCHINI, *Le autorità indipendenti come figure organizzative nuove*, in AA.VV., *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, p. 69).

Da tener presente, inoltre, che l'autonoma capacità di orientamento di tali autorità per solito implica profili di creatività che si evidenziano soprattutto in sede di determinazione dei criteri disciplinari attraverso cui trova esplicazione l'attività di regolazione e di controllo. Quest'ultima denota un carattere che può dirsi «oggettivo», in quanto si iscrive in un contesto che appare fondato essenzialmente su valutazioni di natura tecnica (cfr. MONTEDORO, *Le amministrazioni indipendenti e la vigilanza sui mercati finanziari*, cit., p. 309); non potrà, tuttavia, estrinsecarsi in

valutazioni che siano sostitutive delle scelte di natura politica che, adottate nelle sedi competenti, identifichino le linee guida dell'azione amministrativa.

Ed invero, un intervento dell'amministrazione carente sotto il profilo della riferibilità alla politica deve ritenersi privo di legittimazione, in quanto "venuta meno la sua essenza caratterizzante, esso appare sfornito delle garanzie derivanti dalla presenza di un adeguato sistema di *check and balances*, che nei paesi anglosassoni assicura la dialettica necessaria al funzionamento della democrazia di mercato" (cfr. CAPRIGLIONE, *Struttura ordinamentale del settore finanziario*, in AA.VV., *L'ordinamento finanziario italiano*, a cura di Capriglione, Padova, 2005, tomo I, p. 139). Non a caso la dottrina, paventando gli effetti di tale evenienza, ha sottolineato, con riguardo alla connessione tra la funzione delle amministrazioni indipendenti e la soluzione dei problemi dello Stato sociale e post-assistenziale, la «fagocitazione della politica da parte dell'economia e la riduzione del ruolo dello Stato» (cfr. MANETTI, *Poteri neutrali e costituzione*, Padova, 1994, p. 5 ss).

Da segnalare, infine, il peculiare carattere che assume la presenza di amministrazioni indipendenti nella definizione del quadro autoritativo di vertice del nostro ordinamento finanziario. Si è dato luogo, per tal via, ad una innovazione strutturale che - nel riferimento al ruolo di garanzia esercitato dalle stesse (ruolo che, com'è noto, si fonda sulla interazione tra autonomia ed indipendenza) - interagisce sul legame tra politica e tecnica più che in altri settori, facendo sì che questo si atteggi in modalità mutevoli a seconda dell'ampiezza dei poteri di regolazione e di controllo che a dette amministrazioni è consentito esercitare sulla base delle prescrizioni della normativa primaria. Più precisamente, può dirsi che si realizza quella che in dottrina è stata denominata la «salvaguardia del mercato dall'indirizzo politico», espressione con cui si vuole sottolineare la tendenza dell'attività di vigilanza (almeno per la parte non orientata al settore bancario) a svincolarsi dal potere d'indirizzo politico (cfr. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in AA.VV., *Mercati e amministrazioni indipendenti*, cit., p. 153).

Alla luce di quanto precede è evidente come la possibile configurazione di un "ritiro" della politica dalle attività devolute al mercato deve far riferimento al modello organizzativo che fa capo alle amministrazioni indipendenti e varia a seconda del grado, più o meno intenso, d'indipendenza che distingue le figure in parola, che senza dubbio si presentano con carattere eterogeneo. Sicchè, mi sembra opportuno far

presente che, volendo mettere a fuoco il nesso che intercorre tra le ragioni che hanno determinato il fenomeno in parola e l'attuale crisi della politica, dovrà tenersi conto della considerazione formulata da Carl Schmitt già alla fine degli anni venti, allorché l'insigne politologo ebbe a puntualizzare come la *neutralizzazione delle funzioni pubbliche* si accompagna, per solito, al rischio di un indebolimento complessivo dello Stato (cfr. il saggio *L'epoca delle neutralizzazioni e delle politicizzazioni*, tratto da un discorso tenuto nell'ottobre 1929 al Congresso della Federazione internazionale della cultura, ora pubblicato in SCHMITT, *Le categorie del 'politico'*, a cura di Miglio e Schiera, Bologna, 1972, p. 167 ss).

3. Le considerazioni che precedono mettono in evidenza come le amministrazioni in esame incidano significativamente sul ruolo dello Stato in economia; consegue l'esigenza di procedere ad una ridefinizione delle forme dell'intervento pubblico nel sistema delle imprese a fronte della funzione svolta dalle medesime di "arbitro custode delle regole entro le quali il gioco della concorrenza e l'azione delle imprese private deve svilupparsi" (cfr. POLO, *Le Autorità indipendenti. Un'analisi economica e una proposta di riordino*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2002, n. 2, p. 369). Il riferimento al fondamento costituzionale di tali autorità consente, peraltro, di individuare i limiti della relativa azione, che si presenta comunque come derogatoria rispetto al principio della separazione dei poteri (cfr. CERULLI IRELLI, *Aspetti costituzionali e giuridici delle autorità*, in AA.VV., *L'indipendenza delle autorità*, Bologna, 2001, p. 54, secondo il quale l'indipendenza di tali amministrazioni non sta a significare loro sottrazione all'obbligo di rispondere al Parlamento, in qualità di autorità di governo di settore) e che, per le ragioni dianzi esposte, non potrà comunque ritenersi sostitutiva della "politica".

Sul punto necessita, innanzi tutto, rifarsi al noto indirizzo della dottrina che ha legittimato la posizione istituzionale di tali autorità richiamandosi ad alcune disposizioni della nostra Carta (artt. 97 e 98 Cost.) dalle quali è possibile evincere la configurabilità nel nostro ordinamento di «apparati» ai quali sono riservati spazi operativi da svolgere in posizione di indipendenza rispetto all'autorità politica (cfr. tra gli altri MASSERA, *Autonomia e indipendenza nella amministrazione dello Stato*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, pp. 453 e 479; FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, p. 575 ss). Rilevanti in argomento appaiono, altresì, le indicazioni di alcuni

studiosi che si richiamano alle norme della prima parte della Costituzione - nelle quali sono sanciti i diritti di libertà e previste specifiche garanzie a presidio dei medesimi (cfr. BARBERA, *Commento all'art. 2*, AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, 1975) - per ravvisare nella partecipazione procedimentale all'esercizio del potere il principio su cui si fonda la legittimazione costituzionale di tali amministrazioni (cfr. tra gli altri AMATO, *Autorità semi-indipendenti*, cit., p. 663; BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, in *Dir. ammin.*, 1993, p. 463 ss; LONGOBARDI, «*Amministrazioni indipendenti*» e *posizione istituzionale della amministrazione pubblica*, in A.A.V.V., *Scritti in onore di V. Ottaviano*, I, Milano, 1993, p. 549 ss).

Non v'è dubbio che il riferimento alla statuizione dell'art. 3, comma 2, Cost. consente di individuare il presupposto dell'obbligo posto a carico della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica economica e sociale del Paese (*i.e.*: del fondamento costituzionale della partecipazione). Conseguisce la possibilità di ascrivere rilievo al collegamento tra detta norma e gli artt. 2 e 18 Cost., che riconoscono specifica centralità ai diritti dell'uomo ed alle formazioni sociali, per addivenire alla conclusione di trarne indicazioni utili in vista di una evoluzione in senso liberale dell'amministrazione, che naturalmente devono essere raccordate, secondo le modalità indicate dal richiamato art. 3, al principio democratico (cfr. PUBUSA, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 1998, p. 45 ss., in particolare p. 74 ss., ove si precisa che la partecipazione dei privati [come singoli e nelle formazioni sociali] all'esercizio della funzione amministrativa è una conseguenza del tutto naturale del criterio democratico a base dell'ordinamento e del carattere impersonale dell'azione della P. A.).

Se ne deduce che le amministrazioni indipendenti identificano un modello amministrativo in linea con la Costituzione, modello antesignano di una concezione dell'amministrazione ancorata alla società ed al rispetto dei diritti individuali; donde il facile convincimento che si è in presenza di una realtà ordinamentale orientata a realizzare i valori costituzionali.

Sotto altro profilo, il dibattito relativo alla collocazione delle amministrazioni indipendenti all'interno del nostro ordinamento ha visto la dottrina prevalente ricondurre la funzione di tali autorità ad organismi amministrativi, destinati al controllo di «settori specifici e sensibili», che richiedono un'elevata specializzazione e la necessità di un adeguamento flessibile e continuo della normativa (essendo i medesimi legati alla

evoluzione tecnologica, quale si riscontra soprattutto nel campo delle telecomunicazioni, nella possibilità di formare la pubblica opinione, nella gestione dei dati, nella circolazione dei beni mobiliari) in relazione allo svolgimento di attività sempre più complesse e, per la loro natura, poco conoscibili dalla collettività.

Ciò anche se non sono mancate voci di dissenso in ordine alla possibilità che tali autorità elaborino una funzione amministrativa di tipo tradizionale, voci incentrate sulla considerazione che nella fattispecie non s'individua un'attività limitata alla sola realizzazione degli interessi predeterminati dal legislatore, in quanto (nella maggior parte dei casi) dette amministrazioni concorrono alla definizione degli stessi (cfr. DE MARCO, *Le funzioni delle autorità indipendenti*, in A.A.V.V., *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, a cura di Labriola, Milano, 1999, p. 107 ss).

In sintesi, mi sembra comunque di poter condividere lo orientamento esegetico prevalente che ritiene l' intervento posto in essere da dette autorità particolarmente adeguato alla regolazione ed al controllo di settori caratterizzati dalla tecnica (e, dunque, dalla peculiare complessità del relativo *agere*); sicché, non mi sembra possibile generalizzare sul piano concettuale assimilando *tout court* le medesime agli altri organismi dello apparato esecutivo-amministrativo.

Ed invero, la *natura amministrativa* di queste ultime – riconosciuta dalla stessa Corte di Cassazione (cfr. sez. I, sentenza 20 maggio 2002, n. 7341), che non ha ravvisato nella specie la possibilità di un *tertium genus* autoritativo – qualificandosi per l'indipendenza e la specificità della funzione, consente comunque di ravvisare i presupposti di una formula innovativa nella tutela dell'interesse pubblico; formula che interagisce sulle tradizionali modalità con cui i pubblici poteri hanno nel passato trovato estrinsecazione ed, in primo luogo, sul rapporto tra politica e tecnica che caratterizza il nostro ordinamento. Non a caso una autorevole dottrina nel rappresentare la «necessità di dare un esplicito fondamento costituzionale alle autorità indipendenti» sottolinea l'esigenza di porre «limiti alla proliferazione di apparati di questo tipo di per sé estranei al principio di legittimazione democratica dell'amministrazione» (v. sul punto DE MARTIN, *L'amministrazione pubblica e la Costituzione*, in *Amministrazione in Cammino*, maggio 2006).

Del resto, orientato nello stesso ordine logico mi sembra il tentativo effettuato da un'autorevole dottrina che, nella consapevolezza dei limiti derivanti alle autorità in esame dalla loro dimensione nazionale,

ricerca per queste un criterio di legittimazione all'esterno del nostro ordinamento positivo; per cui ne colloca il fondamento nel diritto comunitario e sostiene che le medesime non sono organi dello Stato italiano, bensì «enti autarchici della federazione europea» (cfr. MERUSI, *Democrazia e Autorità indipendenti. Un romanzo «quasi» giallo*, Bologna, 2000. p. 75).

4. Al fine di dare una risposta agli interrogativi che mi sono in precedenza posto - ed in particolare in vista della valutazione della incidenza di alcuni recenti interventi legislativi sul rapporto tra politica ed amministrazione - ritengo necessario prospettare in via preliminare la portata modernizzatrice delle leggi n. 241 del 1990 e n. 262 del 2005.

Va, quindi, ricordato che con l'introduzione della legge n. 241 del 1990 si registra, attraverso l'introduzione e la regolazione del *diritto d'accesso*, una sorta di depotenziamento correttivo della capacità d'intervento delle amministrazioni indipendenti. Ed invero, il legislatore, nel riconoscere prevalente valenza alla centralità dell'atto amministrativo, sottrae quest'ultimo alla sfera discrezionale dell'autorità, per cui esso trova nuovo radicamento nell'equilibrio tra le esigenze dell'accesso e quelle della riservatezza. La motivazione degli atti presenta, in tale contesto, un più intenso legame al principio democratico in quanto le attività delle amministrazioni indipendenti vengono ricondotte nell'ambito di un potere sindacabile; più in generale, può dirsi che il loro intervento vede ridimensionata la propria *ratio* giustificatrice al solo nesso con la conoscenza (tecnica) e con la particolare *expertise* settoriale che qualificano detti organismi neutrali.

A ben considerare, tuttavia, sul piano delle concretezze si nota che la portata innovativa della legge n. 241 del 1990 trova un forte limite nelle deroghe previste dagli ordinamenti speciali di ogni settore.

Per vero, l'accesso agli atti delle autorità amministrative indipendenti ritenuto dalla dottrina principio generale e, dunque, applicabile indistintamente al *genus* delle soggettività giuridiche amministrative (cfr. GAROFOLI, *Procedimento, accesso e autorità indipendenti*, in CARINGELLA - GAROFOLI - SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 1999) si scontra col *segreto* che la disciplina speciale pone a tutela dell'*agere* di dette autorità. Da qui la conclusione cui perviene il Consiglio di Stato secondo cui, per il diniego d'accesso alla documentazione amministrativa, è sufficiente il

richiamo nella motivazione del provvedimento relativo alla norma nella quale è radicato il segreto (cfr. Consiglio di Stato 5 giugno 1998, n. 936, in Foro amm., 1998, p. 1771). Si è in presenza di un'implicita ammissione del potere riconosciuto alle amministrazioni indipendenti di mediare il rigore prescrittivo della legge n. 241; potere che verrà esercitato senza sostanziali intralci fino all'emanazione della legge n. 262 del 2005.

La stessa Corte Costituzionale (cfr. sent. 3 novembre 2000, n. 460, in Foro it., 2001, I, c. 3055, con nota di NAPOLETANO, *Diritto d'accesso e segreto d'ufficio nell'ambito della vigilanza finanziaria*) - intervenendo sulla problematica della salvaguardia del «segreto» regolato dal testo unico della finanza (decreto lgs. n. 58 del 1998) - riconduce all'art. 47 Cost. la giustificazione della limitazione del diritto di accesso e, come osserva un'attenta dottrina, non affronta il tema «della compatibilità della disposizione che pone il segreto *assoluto* (a tutela del risparmio e della stabilità dei mercati finanziari) con il principio di ragionevolezza» (cfr. MONTEDORO, *Società e borsa [Commissione nazionale per le]*, voce in Enc. dir., VI aggiornam., p. 1039). Ciò, nonostante sembra potersi desumere dal tenore della decisione sopra menzionata che il riconoscimento del segreto è possibile solo «quando non siano in giuoco altri parametri costituzionalmente preminenti» (cfr. MONTEDORO, *op. loc., ult. cit.*).

Si delinea, pertanto, un sistema disciplinare nel quale, se a livello di regolazione generale è dato cogliere i segni di un'apertura normativa verso la *democratizzazione dell'amministrazione pubblica* (per usare un'espressione di Demartin), per altro sul piano settoriale permane la possibilità delle amministrazioni indipendenti di allentare e, dunque, limitare i controlli giurisdizionali sul proprio operato. Ciò dà spazio all'emersione di logiche burocratiche, favorite dal fatto che risultano del tutto carenti le forme di controllo sulla permanenza del nesso tra amministrativizzazione e conoscenza tecnica: si individuano i prodromi di un'autoreferenzialità che crede nell'assolutezza del proprio potere, nella illusoria convinzione che quest'ultimo possa essere esercitato autonomamente dalle autorità di settore e, dunque, prescindendo da ogni legame con la politica.

5. A fronte di una realtà che si caratterizza per una progressiva decadenza degli istituti che tradizionalmente hanno dato contenuto all'esercizio legittimo del potere amministrativo, la legge n. 262 del 2005

(c.d. legge sul risparmio) tenta un recupero della obbligatoria adozione di *atti motivati* da parte delle amministrazioni indipendenti. Al riguardo si tiene a sottolineare che “nella legge sul risparmio, con intento didascalico, il legislatore ricorda alla amministrazione indipendente Banca d’Italia, ed in particolare ad essa giova notarlo, che la motivazione è un elemento essenziale del provvedimento amministrativo” (cfr. MONTEDORO, *Procedimento e processo nella riforma sul risparmio*, in AA.VV., *La nuova legge sul risparmio*, a cura di Capriglione, Padova, 2006, p. 298).

La chiara opzione che la legge n. 262 denota per gli aspetti formali del percorso motivatorio incide, ovviamente sul rapporto dell’amministrazione indipendente con l’opinione pubblica o, più esattamente, con la società civile. E’ assiomatico, infatti, che in presenza di un potere formale sussiste l’obbligo della motivazione e, dunque, diviene concreta la possibilità di azionare il potere di *controllo democratico* che caratterizza (o dovrebbe caratterizzare) gli Stati moderni, che a detto principio intendono conformare la propria realtà istituzionale.

Particolarmente significative appaiono le implicazioni di tale scelta normativa. Si limita la possibilità, fino a quel momento consentita alle amministrazioni indipendenti, di effettuare scelte discrezionali in ordine al *mix* tra «riservatezza» e «trasparenza», tra «formale» ed «informale» che in precedenza ne aveva caratterizzato l’*agere*, preoccupato non tanto della “motivazione – giustificazione” quanto della “motivazione-esternazione” (cfr. MONTEDORO, *op. ult. cit.*, p. 297). Nel contempo, la discrezionalità è ricondotta nei termini tipici enucleati dalla teoria generale e, dunque, si estrinseca nella comparazione tra i diversi interessi che appaiono connessi allo esercizio di un determinato potere, ferma la destinazione dello stesso al raggiungimento del fine pubblico (cfr. CAPRIGLIONE, *Crisi di sistema ed innovazione normativa: prime riflessioni sulla nuova legge sul risparmio*, in Banca e borsa, 2006, I, p. 125 ss, in particolare p. 151).

Sotto altro profilo, vengono in considerazione le limitazioni che dalla legge n. 262 derivano all’esercizio di tecniche informali di regolazione. Mi riferisco all’incidenza del relativo dettato normativo sulla *moral suasion*, che da oltre mezzo secolo è stata utilizzata dalle autorità preposte al settore finanziario nello svolgimento dei compiti istituzionali alle medesime demandati dall’ordinamento (cfr. MENICHELLA, *Le esperienze italiane circa il concorso delle banche nella realizzazione dell’equilibrio monetario e della stabilità economica*, in Bancaria, 1956, p. 7 ss). Non v’è dubbio, infatti, che la c.d. *persuasione morale* si presta ad essere

ricompresa fra le forme d'intervento che si sottraggono al rigore di una stretta conformità al principio di legalità.

Ed invero, i caratteri distintivi di tale forma d'intervento rispetto alla generale attività amministrativa riconducibile ai poteri propri delle autorità di settore e, in particolare, il suo utilizzo per l'adeguamento tempestivo del sistema finanziario alle esigenze recepite al vertice dello stesso fanno sì che il relativo esercizio risulti direttamente (e prevalentemente) ricollegabile alle scelte decisionali in detta sede maturate e, dunque, non necessariamente passate al vaglio (*rectius*: al filtro) di un percorso procedimentale, destinato tra l'altro alla verifica della piena legittimità degli obiettivi perseguiti con l'azione di controllo.

Da qui la prospettiva di un'eliminazione – o, quanto meno, di un ridimensionamento – di quella che, a lungo, è stata considerata dalla dottrina una prerogativa essenziale delle autorità di controllo del settore finanziario. Come spesso accade, la patologia di talune situazioni ed il distorto uso dei poteri riconosciuti (anche in via solo informale) dall'ordinamento hanno finito con l'essere forieri di un cambiamento normativo che si propone come negatorio degli “spazi di discrezionalità” delle amministrazioni indipendenti. Ciò col risultato di determinare un ripensamento in ordine alla praticabilità di una tecnica (in alcuni casi specificatamente congrua) cui spesso si è fatto ricorso per il raggiungimento della finalità della “sana e prudente gestione” (cfr. CAPRIGLIONE, *Amministrazione e autoregolazione del mercato finanziario*, in Riv. dir. civ., 1996, II, p. 9 ss), fermo restando che la *moral suasion* rivive “tutte le volte che lo consenta l'assenza di un preciso obbligo di procedere o provvedere, tutte le volte che essa non sia di intralcio al corretto dispiegarsi delle cadenze formali delle attività amministrative” (cfr. MONTEDORO, *Procedimento e processo nella riforma sul risparmio*, cit. p. 299).

6. A fronte della legge n. 262 del 2005 che sembrava destinata ad un recupero del ruolo della politica a carico delle amministrazioni indipendenti – tant'è che, commentandone la portata innovativa, non mancavo di sottolineare come “l'indubbia necessità di innovare aspetti significativi della regolazione dell'apparato di vertice e delle funzioni della nostra banca centrale” si era risolta in un intervento che metteva a rischio “l'autonomia della stessa rispetto al potere politico” (cfr. CAPRIGLIONE, *Crisi di sistema ed innovazione normativa: prime riflessioni sulla nuova*

legge sul risparmio, cit. p. 179) - si è assistito in tempi più recenti ad una inversione di rotta negli orientamenti del nostro legislatore. Sicché, si assiste nuovamente al superamento del principio secondo cui tra la regola che fissa gli ambiti del potere prescrittivo (e ne determina i contenuti) ed il canone per il relativo esercizio deve essere assegnata una netta prevalenza alla prima.

Ed invero, negli ultimi giorni del 2006 è stato emanato il decreto lgs. n. 303 del 29 dicembre u.s. che, nel prevedere ampie forme di delegificazione a favore delle amministrazioni di controllo del mercato finanziario, ne ha significativamente ampliato il potere ora attenuando il rigore della regolazione introdotta dalla legge n. 262, ora prevedendo nuove deleghe a favore delle autorità sopra indicate. Pertanto, queste ultime finiscono, sul piano delle concretezze, col sottrarsi al vincolo dell'applicazione immediata delle prescrizioni di legge e, dunque, sono riammesse a beneficiare della facoltà di effettuare autonome valutazioni destinate a rendere flessibile la disciplina che ad esse fa capo.

In particolare, rilevano talune disposizioni che ridisegnano i poteri della Consob e della Banca d'Italia con riguardo vuoi alla definizione delle tipologie contrattuali che danno forma giuridica ai rapporti d'intermediazione finanziaria (per cui i contraenti non potranno far ricorso a differenti schematizzazioni negoziali), vuoi alle modalità tecniche di esercizio dell'«offerta fuori sede» (e, dunque, di promozione e di collocamento a distanza di servizi di investimento e di prodotti finanziari, individuando anche le fattispecie nelle quali i soggetti abilitati sono tenuti ad avvalersi di «promotori finanziari») (art. 3).

Non v'è dubbio che si è dato luogo, per tal via, ad una rinnovata espansione della logica interventistica delle autorità di controllo del mercato finanziario; consegue la possibilità di rinvenire nuove forme di mediazione tra le cadenze rigidamente formalizzate nella legge e quelle deformalizzate della *moral suasion*.

In particolare, rilevano le significative modifiche apportate nella riformulazione dell'art. 136, comma 2 *bis*, riguardante la disciplina degli obblighi previsti in materia di “operazioni con parte correlate”. Ed invero, nell'attuale dizione della norma il decreto n. 303 - oltre ad eliminare il riferimento alle società *collegate* ed a sancire l'inapplicabilità della disposizione “alle obbligazioni contratte tra società del medesimo gruppo bancario ovvero tra banche per operazioni sul mercato interbancario”- ha modificato nella sostanza il disposto dell'art. 53, comma 4, t.u.b. nel senso di riferire i poteri regolamentari riconosciuti alla

Banca d'Italia alla "disciplina (di) condizioni e limiti per l'assunzione, da parte delle banche, di attività di rischio nei confronti di coloro che possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza sulla gestione della banca o del gruppo bancario, nonché dei soggetti a essi collegati".

E' evidente come gli interventi operati dal decreto n. 303/2006 appaiono «volti a superare alcune delle criticità connesse alle modifiche apportate dalla legge n. 262/2005 attraverso il ridimensionamento dell'ambito di applicazione dell'art. 136» (v. così MORGANTE, *La disciplina delle operazioni degli esponenti bancari alla luce delle modifiche apportate alla legge sul risparmio e di quelle previste nel decreto legislativo di coordinamento. Alcune riflessioni*, in *Mondo bancario*, 2006, n. 6, p. 51), modifiche che come si è visto si risolvono in un recupero di poteri da parte della competente autorità di settore.

7. Più di recente l'approvazione di un d.d.l. governativo (avvenuta ai primi di febbraio del 2007) recante «disposizioni in materia di regolazione e di vigilanza sui mercati e di ordinamenti delle autorità indipendenti preposte ai medesimi», sembra orientata a rimettere in discussione l'intero impianto ordinatorio del settore finanziario. In esso viene proposta (o, più esattamente, "riproposta", ove si abbia riguardo all'originario d.d.l. governativo in tema di "tutela del risparmio", presentato agli inizi del 2004 e poi superato nel successivo, travagliato iter parlamentare) l'unificazione delle forme di controllo sugli appartenenti al settore finanziario, da realizzare sulla base del noto criterio della "vigilanza per funzioni"; criterio che viene assunto a presupposto di un'opzione normativa volta alla semplificazione della struttura di vertice dell'ordinamento finanziario (che, tra l'altro, si dovrebbe concretizzare nella scomparsa dell'ISVAP e della COVIP).

Si tenta di dar vita, quindi, ad un modello di "vigilanza per funzioni", nel quale la molteplicità di obiettivi che l'attività di controllo si prefigge è demandata ad autorità diverse, ognuna competente per profili specifici (su tale modello v. CAPRIGLIONE, *Quali regole, quale autorità di vigilanza per l'ordinamento finanziario italiano*, in *Mondo bancario*, 2006). La stabilità, la trasparenza e la concorrenza divengono, rispettivamente, oggetto d'intervento della Banca d'Italia, della Consob e dell'Antitrust, secondo una logica che dovrebbe essere incentrata sul superamento di pregresse concezioni volte a raccordare l'azione della vigilanza alla

tipologia soggettiva degli operatori. L'opzione per un'ottica "funzionale" (rispetto a quella istituzionale), cui in tal modo trova affermazione, fa sì che gli indicatori obiettivi del controllo appaiano ugualmente riferibili a tutti gli intermediari, nei confronti dei quali denotano pari validità (cfr. DI GIORGIO e DI NOIA, *L'impatto della tecnologia sulla regolazione: il caso italiano*, in AA.VV., *Sesto rapporto sul sistema finanziario italiano. Il governo delle banche in Italia*, a cura della Fondazione Rosselli, Milano, 2001, p. 145 ss).

Naturalmente, tale modello di vigilanza - dovendo tener conto del pluralismo autoritativo di vertice che caratterizza la struttura del nostro ordinamento finanziario - implica l'adozione di necessarie forme di coordinamento tra le "amministrazioni" cui fanno capo le diverse forme di controllo in cui si sostanzia la supervisione sul settore. La possibilità di interventi di vigilanza *trasversali*, che si estrinsecano nell'incrocio tra le attività poste in essere dalle amministrazioni di controllo, e, più in generale, le modalità in cui deve svolgersi il raccordo tra le medesime non potrà prescindere dalla ricerca di reali forme di equilibrio, donde l'esigenza di procedere all'eliminazione di poco convincenti ipotesi di codecisione che caratterizzano la normativa vigente.

A ciò aggiungasi la previsione contenuta nel richiamato d.d.l. governativo di sopprimere il CICR, a fronte della istituzione di un «Comitato per la stabilità finanziaria». E' evidente come la politica passa dall'esercizio di un ruolo attivo che prescinde dalle condizioni in cui versa il mercato, a quello di intervento limitato alla sola evenienza di situazioni di crisi; modifica istituzionale, questa, che di certo incide sull'entità (misura) delle forme d'intervento, anche se non consente di ipotizzare una completa fuoriuscita della *politica* dallo scenario attivo della vigilanza sul mercato finanziario.

Sono evidenti le difficoltà del processo in parola, alla base del quale riveste un ruolo particolarmente significativo la definizione del rapporto tra la "politica" e la "tecnica". Ed invero, la prima vede viepiù ridimensionata la sua capacità d'incidenza sulle finalità di fondo della comunità (cfr. SCHMITT, *Le categorie del politico*, Bologna, 1992), con ovvie implicazioni sulle scelte che danno contenuto ad un diritto *in fieri*, volto ad assecondare la conclusione di transizioni ed a favorire soluzioni di coerenza nella determinazione delle linee evolutive dell'ordinamento. In sintesi, la politica appare viepiù orientata ad assumere un profilo tecnocratico, che trova estrinsecazione nelle stringenti modalità della delega di poteri che è dato riscontrare a favore delle autorità indipendenti,

cui invece (sulla base di quanto in precedenza ho detto) dovrebbe competere il solo calcolo dell'adeguatezza dei mezzi ai fini.

Tralasciando di soffermarmi ulteriormente su tale profilo problematico, non posso comunque trascurare di osservare che cambiamenti così profondi del nostro ordinamento finanziario non mancheranno di aver riflessi sulle modalità di riconduzione dell'*agere* delle amministrazioni di controllo alla politica e, dunque, sulla stessa possibilità del riconoscimento della piena legittimazione democratica all'esercizio dei poteri di supervisione, che solo per tal via possono vantare coerenza col sistema democratico.

Va da sé che un rapporto virtuoso tra la politica e la tecnica deve essere improntato ad una forma di raccordo che faccia salvo il criterio della separatezza tra l'una e l'altra. Ciò, se si traduce nella esigenza di non contraddire la possibilità per la seconda di fornire alla prima adeguati supporti nell'assunzione delle relative decisioni (dove la ragionevolezza e la responsabilità dell'*agere* politico), non deve peraltro indurre ad ipotizzare possibili forme di superamento dell'interdipendenza che sussiste tra *razionalità strumentale* (intesa come agire calcolabile, fondato su un lavoro veritativo) e *decisione politica*; interdipendenza, in assenza della quale consegue il rischio di deresponsabilità nello svolgimento delle funzioni ovvero l'assunzione da parte delle autorità indipendenti di ruoli che non sono propri.

8. Sarebbe illusorio - e comunque non rispondente alla realtà giuridico istituzionale del nostro Paese - pensare che le riforme legislative (attuate nei tempi recenti o solo progettate) stiano ad indicare un *ritiro* della politica a fronte dell'intervenuta affermazione di una più completa "neutralità" della Amministrazione. Sicché, a mio avviso, sarebbe veramente ingenuo ritenere che quest'ultima possa essere sostitutiva della politica; la ipotizzata soppressione del CICR, di cui ho detto in precedenza, non consente di pervenire a tale conclusione che, comunque, trova significativi ostacoli nelle seguenti considerazioni.

In primo luogo non può trascurarsi che una riferibilità al mercato, quale presupposto di una svolta in chiave tecnica delle forme di regolazione e di vigilanza, deve fare i conti con la caratteristica del medesimo di identificare un fenomeno naturalistico, di cui è difficile configurare una qualche forma di storicizzazione. Per converso, le opzioni che portano alla costruzione del mercato (tra le quali rileva l'*ordine delle preferenze* che si

assumono nel mercato ed il progetto di una *allocazione ottimale* delle risorse) è logica conseguenza di scelte che possiamo dire sono di natura essenzialmente politica.

Sotto altro profilo, necessita aver riguardo al rischio di una possibile degenerazione tecnocratica delle forme di controllo. Non v'è dubbio che quest'ultima è negatoria della democrazia: ed invero, una realtà economica che si trincerava dietro la tecnica diviene fatalmente autoreferenziale. La recente storia finanziaria del nostro Paese ha evidenziato tristi esempi in tal senso (cfr. CAPRIGLIONE, *Crisi di sistema e innovazione normativa: prime riflessioni sulla nuova legge sul risparmio*, cit.). In questi casi l'Amministrazione finisce con proporsi come unico obiettivo ragioni di natura funzionale che ben presto assumono esclusiva centralità nel suo *agere* ovvero procede ad un'autonoma interpretazione dei *fini* da perseguire, che quindi non appaiono più riconducibili a pregresse valutazioni di natura squisitamente politica, diversamente da quanto è necessario che avvenga in base ai principi fondanti del nostro ordinamento.

Ciò si risolve in un'azione che è spesso poco attenta ai valori ed alle prospettive dell'etica ovvero di questi ultimi offre una interpretazione che possiamo definire *personalizzata* e, come tale, non rispondente ai canoni che ne contraddistinguono il fondamento. Si evidenzia una indubbia limitazione delle modalità d'intervento, che raggiungono appieno la loro finalità solo se orientate ad una crescita economica improntata a principi che raccordino le istanze del mercato a quelle provenienti dalla società civile e, più in generale, ad una cultura della solidarietà.

E' in questa direzione, infatti, che deve essere ricercata la vera essenza di un cambiamento dell'organizzazione pubblica e, dunque, identificata la *ratio* che deve guidare il nesso tra processo economico, ordine giuridico e sviluppo sociale. Un'amministrazione, che si prefigga d'incidere sulle logiche operative degli appartenenti al settore da essa controllato, deve aver ben presente come la libertà e la tecnica, da sempre ritenute fattori caratterizzanti del mercato, possono essere causa di turbamento e di squilibrio dello stesso quando si risolvono in una ingiustificata e pericolosa messa a rischio dei *valori* che devono essere a base dello sviluppo economico affinché questo si svolga e si realizzi a vantaggio dell'uomo.