

Discrezionalità amministrativa e mercati finanziari

SOMMARIO: 1. Qualificazione e finalità della discrezionalità amministrativa. – 2. Legalità e imparzialità dell'azione amministrativa. – 3. (Segue): controlli e altre forme giuridiche di tutela. – 4. Discrezionalità tecnica. – 5. La c.d. democrazia procedimentale. – 6. Incongruenze, ipocrisie, auspici.

Qualificazione e finalità della discrezionalità amministrativa.

Nell'ambito dei molteplici significati che la letteratura giuridica ha inteso conferire all'esercizio del potere espresso dall'endiadi discrezionalità amministrativa, l'enfasi sulla facoltà di scelta operata – in chiave comparativa – attraverso ponderazione degli interessi in gioco (tanto pubblici quanto privati) resta rappresentativa dell'indirizzo forse più tradizionale ma certo anche più rispondente alle funzioni concretamente svolte dall'istituto ¹. Altre accezioni di volta in volta proposte (che, con la sintesi del caso, fanno specifico riferimento al giudizio di valore ovvero alla riserva di potere dell'amministrazione, quest'ultima insindacabile in sede giurisdizionale) appaiono per un verso meno convincenti; per altro verso soprattutto meno radicate nel diritto vivente che – quanto al settore di riferimento – rappresenta il più importante indicatore della disciplina positiva, essendo noto il formante prevalentemente dottrinario e giurisprudenziale del diritto amministrativo ².

¹ Il riferimento è alla teoria della discrezionalità amministrativa elaborata da GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, ora anche in *Id., Scritti*, Milano, 2000, II, p. 387 ss.

² Confermato, *a contrario*, dalla raccolta in un codice delle numerose e frammentarie disposizioni relative al processo amministrativo talora assai risalenti nel tempo. V. l'art. 44 della l. 18 giugno 2009, n. 69, di delega al governo e il d.lgs. di attuazione 2 luglio 2010, n. 104.

Negli indicati termini, la discrezionalità amministrativa sottende perciò l'attribuzione di un potere ancorato ai fini definiti dall'ordinamento ma assolutamente libero nella scelta delle modalità attraverso cui attuare l'interesse pubblico, previo accertamento dei presupposti del suo esercizio. È affermazione antica quanto consolidata quella che la scelta può, a seconda dei casi, avere a oggetto l'*an* (adottare o non adottare il provvedimento); il *quando* (il momento dell'adozione); il *quomodo* (attraverso quali modalità o elementi accessori); il *quid* (con quali contenuti)³. Scelta non c'è (e neanche, di conseguenza, discrezionalità) ogni qual volta all'accertamento dei presupposti segua invece una soluzione obbligata e pertanto vincolante per l'amministrazione. Se questa si limita a constatare l'esistenza di un fatto storico che rappresenta il diretto presupposto della norma d'azione, la determinazione non può che risultare specularmente coerente all'accertamento. Nell'attività vincolata la trasformazione del potere in atto giuridico è pertanto essenzialmente l'automatico adattamento della norma al caso concreto, risolvendosi in una azione interpretativa. Ciò che, in punto di tecnica legislativa, si suole anche esprimere con la diversa caratterizzazione delle norme attributive del potere: precise e specifiche quelle che sottendono un'attività vincolata, generali e astratte (nella cultura tedesca sintomatiche dei c.d. "concetti giuridici indeterminati") quelle attributive di potestà discrezionali. Il rilievo, senz'altro corretto, enfatizza tuttavia un *posterius* logico non decisivo sul piano euristico ma solo su quello strumentale. La distinzione concettuale riposa infatti sulla circostanza che la prima attività ha ad oggetto l'accertamento di un fatto, essendo la scelta dell'interesse pubblico da soddisfare già risolta dal legislatore, mentre la seconda rimette i modi e i termini attraverso i quali realizzare l'interesse pubblico direttamente all'amministrazione.

Le funzioni che la discrezionalità amministrativa mira a realizzare sono intuitivamente evidenti. È infatti indispensabile, con riguardo a materie o blocchi di materie, conferire all'amministrazione una libertà di apprezzamento tale da permetterle di affrontare e risolvere tutta una serie di

³V. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*³, Torino, 2006, il quale opportunamente precisa: a) che è sempre più raro che l'amministrazione sia libera di adottare o non adottare il provvedimento; b) che è quasi del tutto sparita la discrezionalità sul termine a provvedere dopo la l. n. 241/1990; c) che permane, sia pure nei limiti della tipicità del provvedimento, la discrezionalità sul *quid*, ben potendo l'amministrazione (oltre che ovviamente rilasciare il provvedimento o rifiutarsi di farlo) adottare determinate condizioni e, naturalmente, sul *quomodo*.

fattispecie non specificamente regolate quanto alla determinazione degli obiettivi di pubblico interesse generale alla base dell'azione amministrativa. La norma che conferisce al potere pubblico una o più attribuzioni discrezionali si astiene dal disciplinare puntualmente il contenuto di attività giuridicamente rilevanti perché reputa che la miglior cura dell'interesse pubblico possa realizzarsi affidando la definizione della regola del caso concreto all'organo cui tale attribuzione è commessa. In siffatta guisa, la discrezionalità amministrativa rappresenta lo strumento ideato dall'ordinamento giuridico per il perseguimento dell'interesse pubblico concreto nell'ambito della cornice fissata dal legislatore. La relativa statuzione, risolvendosi in una valutazione di opportunità o di utilità sociale, appartiene al merito ed è perciò insindacabile. A fronte dell'esercizio legittimo della discrezionalità amministrativa, l'unico sindacato possibile è di tipo estrinseco, indiretto, limitato cioè al profilo dell'adeguatezza della motivazione, della logicità e della coerenza della scelta perseguita, della ragionevolezza dell'azione amministrativa. L'art. 1 della fondamentale legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo è di immediata eloquenza quando solennemente afferma che "l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge", specificando – con riguardo alla disciplina ivi contemplata – essere retta "da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza". La intima *ratio* della discrezionalità risiede pertanto nella realizzazione più efficace dell'interesse pubblico e sottende esigenze di efficienza, di giustizia o – più verosimilmente – di entrambe. Come è stato efficacemente osservato, "la politica estera di uno Stato, per esempio, potrebbe rivelarsi fallimentare se tutte le sue azioni fossero regolate da norme prestabilite e potessero di conseguenza essere previste con anticipo dagli altri Stati" ⁴.

2. Legalità e imparzialità dell'azione amministrativa.

All'interesse pubblico concreto che la discrezionalità amministrativa è deputata a soddisfare si contrappone l'esigenza di assicurare il rispetto del principio di legalità onde evitare che l'esercizio di tale potere possa tradursi in incontrollato arbitrio. Quasi tutti i sistemi giuridici, indipendentemente dalle famiglie d'appartenenza, presidiano tale obiettivo per il tramite di controlli amministrativi ma soprattutto giurisdizionali.

⁴ SHAPIRO, Voce *Discrezionalità*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, 2009, p. 1.

È interessante osservare come lo stesso ordinamento giuridico inglese, che formalmente non conosce una branca del diritto qualificabile – alla stregua dell’esperienza giuridica continentale – in termini di “diritto amministrativo”, sia poi caratterizzato da regole e istituti funzionalmente non dissimili. L’elemento differenziale è rappresentato dal fatto che in quel contesto, il quale ignora sfumature intermedie tra il diritto pubblico e il diritto privato, il diritto amministrativo è parte del diritto costituzionale, appartenendo specificamente al segmento afferente all’esercizio della funzione di governo delle autorità amministrative. I meccanismi di controllo degli atti sono conseguentemente rimessi all’autorità giudiziaria ordinaria al pari degli atti di qualunque altro soggetto giuridico. Soggiacciono perciò tanto al principio di legalità (*rule of law*) quanto al conseguente sindacato sull’abuso del potere (*nec ultra vires*). I risultati non sono peraltro dissimili, atteso che il giudice potrà invalidare l’atto dell’amministrazione in quanto vietato o lesivo delle regole che presiedono alla sua formazione o ancora perché frutto di irragionevole negligenza o perché viziato da abuso di delega, e così via. Mette conto invece osservare, a testimonianza del carattere universale della discrezionalità amministrativa quale strumento di tutela dell’interesse pubblico, che la differenza più consistente risulta essere quella che “nel sistema continentale si cercano tutte le strade possibili per limitare la discrezionalità amministrativa, perché si ha sempre il sospetto che la discrezionalità tenda a trasformarsi in arbitrio. Nel sistema inglese si parte dalla concezione opposta: se la discrezionalità c’è non può essere limitata, perché se la si limita si viola l’ordinamento. L’atto dell’autorità che ha ceduto il potere discrezionale o ne ha rinunciato ad una parte, è un atto, si rileva, viziato da violazione di legge, neanche, cioè, da eccesso di potere”⁵.

3. (Segue): controlli e altre forme giuridiche di tutela.

L’art. 103 della nostra Carta fondamentale prevede, al suo primo comma, che “il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi”. Il controllo sugli atti dell’am-

⁵ GIANNINI, *Presentazione* a H.W.R. Wade, *Diritto amministrativo inglese*, Milano, 1969.

ministrazione (tanto individuali quanto regolamentari) si estrinseca nel sindacato di legittimità (quello di merito è decisamente eccezionale) afferente ai tradizionali vizi dell'azione amministrativa compresi nella tripartizione incompetenza, violazione di legge, soprattutto eccesso di potere (cfr. art. 2, lett. b, l. 1034/1971 di istituzione dei Tar; art. 26 r.d. 1054/1924, t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato). Quest'ultimo, dalle connotazioni esclusivamente dottrinarie e giurisprudenziali, ha rappresentato, rappresenta attraverso l'evoluzione delle sue c.d. "figure sintomatiche" (nell'ambito delle quali mette qui almeno conto rammentare la "fortuna" di quella nota come sviamento di potere, traduzione italiana dell'altrettanto noto *détournement de pouvoir* nell'esperienza transalpina) il principale mezzo attraverso il quale estendere il sindacato sulla discrezionalità in via presuntiva, garantendo così l'imparziale esercizio di prerogative pubbliche. In siffatta guisa, "sintomi dell'eccesso di potere sono stati via via considerati la disparità di trattamento, la manifesta ingiustizia, la contraddizione con precedenti provvedimenti, il difetto e l'insufficienza della motivazione, la contraddittorietà della motivazione" ⁶. Resta ovviamente fermo che tale sindacato è rappresentativo di un controllo indiretto: nel dibattito recente sulla discrezionalità amministrativa non è più in discussione che controlli sulla legittimità della scelta discrezionale possano essere solo di questo tipo ⁷. La legittimità del provvedimento va infatti verificata con le norme che in astratto ne disciplinano il contenuto, la forma e, ove esistenti, il procedimento. E tuttavia, gli interventi sempre più incisivi della giurisprudenza sul processo di formazione della volontà dell'amministrazione a garanzia dell'istanza di legalità, segnatamente nei paesi dell'Europa continentale; la crisi della tecnocrazia amministrativa che, a partire dagli anni Sessanta del secolo trascorso, revoca in dubbio l'esistenza di un processo decisionale perfettamente razionale o scientifico nelle moderne società complesse (anche in ragione di costi transattivi intollerabili in ordine all'acquisizione di informazioni afferenti la valutazione di tutte le alternative possibili rispetto a quella prescelta); il conseguente carattere recessivo della nozione di interesse pubblico rispetto alla imparzialità dell'azione amministrativa riducono

⁶ CORSO, *Manuale*, cit., p. 284.

⁷ Cfr. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni novanta*, in *Foro it.*, 1997, V, c. 168; ROMEO, *Il giudice amministrativo nella società tardo moderna*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 183 ss.

progressivamente l'ampiezza della discrezionalità amministrativa. Meglio: alla enucleazione – da parte di dottrina e giurisprudenza – di una serie di regole e principi sull'elaborazione dei provvedimenti discrezionali segue la loro codificazione sul piano legislativo e il passaggio dalla discrezionalità pura alla discrezionalità procedimentalizzata. In particolare, “la consapevolezza che le decisioni dell'amministrazione devono cercare di soddisfare parzialmente tutti i vari interessi sociali tra loro in conflitto ha fatto sì che negli Stati Uniti i gruppi d'interesse vengano direttamente coinvolti nel processo decisionale della pubblica amministrazione”⁸.

L'esigenza di contemperamento tra libertà d'azione e imparzialità viene perciò soddisfatta innanzitutto con la disciplina del procedimento amministrativo e con la partecipazione dell'interessato allo stesso. L'accertamento dei fatti e dei presupposti è rimesso all'istruttoria; l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale “non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria... se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale” (art. 6, co. 1, lett. e, l. 7 agosto 1990, n. 241). Ciò determina un ancor più penetrante controllo da parte del giudice amministrativo sugli atti. La sostituzione della discrezionalità amministrativa con un insieme di norme e procedure giuridiche vincolanti trasferisce infatti parte della discrezionalità dall'amministrazione al giudice, ora competente a sindacare l'atto anche e soprattutto sul piano della sussistenza di eventuali vizi del procedimento. Quanto ciò giovi davvero all'interessato risulta peraltro dubbio. È stato infatti da ultimo autorevolmente osservato che “ottenere l'accoglimento del ricorso per la mancanza della comunicazione dell'avvio del procedimento o per carenza di motivazione può essere motivo di soddisfazione per il ricorrente e per il suo legale. Ma è una soddisfazione che il più delle volte ha il fiato corto perché, in assenza di un diverso preciso contenuto conformativo della sentenza, il provvedimento viene, il più delle volte, riprodotto tal quale dall'amministrazione, previa la mera emenda del vizio formale. Unico risultato dell'annullamento finisce, quindi, in tal caso con l'essere un inutile appesantimento dell'azione amministrativa ed un impaccio di pura forma alla realizzazione del pubblico interesse perseguito”⁹.

⁸ SHAPIRO, *Discrezionalità*, cit., p. 6.

⁹ In siffatti termini GIOVANNINI, *Relazione del Presidente del Tribunale amministrativo regionale del Lazio alla inaugurazione dell'anno giudiziario 2010*, p. 5 del dattiloscritto.

4. Discrezionalità tecnica.

Maggiormente controverse rispetto, da un lato, alla discrezionalità amministrativa e, dall'altro, al mero accertamento risultano le caratteristiche (e, sul piano concettuale, la stessa essenza) della discrezionalità tecnica. E invero, “solo se si accetta l'idea che la discrezionalità attiene non soltanto al momento della decisione, ma anche al momento logicamente precedente della valutazione del fatto, ha un senso la categoria della discrezionalità tecnica”¹⁰. Il suo esercizio presuppone la ricorrenza di norme dal contenuto generale e impreciso inerenti alle circostanze che legittimano il successivo dispiegarsi del potere provvedimentale. Di guisa che, rispetto al mero accertamento tecnico, la discrezionalità dell'amministrazione rileva in ordine all'accertamento dei presupposti della norma d'azione, delegando la legge all'amministrazione il compito di ravvisare l'esistenza o l'inesistenza dell'interesse da tutelare. Nel primo caso, diversamente da questo, l'amministrazione si limita invece a constatare l'esistenza di un fatto storico oggettivo. Procedo, come si è soliti affermare, alla mera “ricognizione” del presupposto, diverso essendo stabilire – con un noto esempio – la infezione di un numero determinato di individui rispetto al grave pericolo di diffusione della malattia al fine dell'adozione dei successivi provvedimenti. Da ciò la strutturale conseguente diversità del sindacato giurisdizionale che, nel primo caso, potrà avere a oggetto – ai fini del giudizio di legittimità dell'atto – la sola esistenza/inesistenza del presupposto; nel secondo la correttezza della valutazioni operate dall'amministrazione, con possibili effetti sostitutivi. Tale ultimo aspetto, di grande interesse teorico, esula dagli obiettivi di questo lavoro¹¹.

Alle corte: rispetto alla discrezionalità amministrativa, quella tecnica rappresenta una specie di *prius* logico, mirando a verificare se esista – nella fattispecie concreta – un determinato interesse da tutelare, la cui sussistenza legittima il successivo intervento dell'amministrazione attraverso la ponderazione degli interessi in gioco. Proprio perché prodromica all'esercizio della discrezionalità amministrativa in quanto forma di

¹⁰ CORSO, *Manuale*, cit., p. 177.

¹¹ Una utile (e aggiornata) rassegna degli orientamenti dottrinali e, soprattutto, della giurisprudenza amministrativa in ordine al sindacato sulla discrezionalità tecnica è in GALANTI, *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, in *Banca d'Italia, Quaderni di ricerca giuridica*, 2009, 64.

qualificazione del fatto, “si potrebbe osservare che tale discrezionalità tecnica non ha proprio nulla di discrezionale e che, chiamandosi così per errore storico della dottrina, l’errore potrebbe essere corretto”¹².

5. La c.d. democrazia procedimentale.

Tecniche giuridiche a tutela dell’imparzialità dell’azione amministrativa e ampiezza del controllo sull’esercizio della discrezionalità sono, nei confronti delle c.d. autorità amministrative indipendenti, amplificati. Caratteristiche di questa categoria di soggetti pubblici quanto a loro genesi, natura giuridica, struttura, attribuzioni, obiettivi, *governance* e altri concomitanti e spesso divaricati requisiti esulano dagli scopi di questo scritto. Per ciò che qui rileva, basti solo sommariamente ricordare che le forme d’intervento di siffatti enti (tanto in chiave di garanzia quanto di regolazione) risultano (diversamente dall’approccio pianificatore del passato sintomatico di un modello di mercato amministrato) ispirate all’accettazione del modello di mercato regolato di concorrenza, coerente alla quale è l’introduzione di correttivi amministrativi tesi a eliminare gli effetti negativi della libera concorrenza “soggettiva” (e i corrispondenti “fallimenti del mercato”) prevalentemente in tre possibili direzioni: garantire la trasparenza delle operazioni e dei contratti; garantire la stabilità di imprese e intermediari operanti in settori “sensibili”; assicurare tutela ai contraenti “più deboli”¹³. Del pari, sempre in termini dichiaratamente approssimativi, mette conto far menzione dei risultati ormai acquisiti da letteratura giuridica e giurisprudenza maggioritarie che identificano le peculiarità dell’indipendenza nei seguenti tre principali indicatori: *i)* indipendenza *funzionale*, intesa quale capacità di determinare la propria azione nell’esercizio dei poteri attribuiti da legge senza soggezione al potere regolamentare e direttivo dell’autorità di go-

¹² GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, p. 486.

¹³ Negli indicati termini MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, p. 154. Della copiosa letteratura giuridica sulle autorità amministrative indipendenti ci si limita qui a richiamare i contributi più recenti e perciò il volume collettaneo curato da D’ALBERTI, PAJNO, *Arbitri dei mercati, Le autorità indipendenti e l’economia*, Bologna, 2010; la ricerca di LA SPINA, CAVATORTO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2008; quella di NAPOLITANO, ZOPPINI, *Le autorità al tempo della crisi*, Bologna, 2009. Con specifico riferimento all’oggetto di questo lavoro, v. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001.

verno; *ii*) indipendenza *organizzativa*, intesa come capacità di autode-terminarsi in termini di strutture organizzative, contabili, del personale; *iii*) indipendenza *manageriale*, consistente negli accorgimenti e nelle garanzie previsti dalla legge o dalla struttura all'organismo, al fine di mettere al riparo le persone fisiche preposte alla titolarità di codesti uffici da influenze esterne.

I provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti soggiacciono – oltre che al controllo giurisdizionale – alle regole del giusto procedimento (inteso come procedimento partecipato e, quanto ai procedimenti a carattere contenzioso e sanzionatorio, nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione) fissate dalla l. 241/1990. Con specifico riguardo alle autorità operanti nel settore finanziario (Banca d'Italia, Consob, Isvap e Covip) è espressamente previsto, in aggiunta alla generale applicabilità della legge sul procedimento amministrativo per l'adozione di provvedimenti individuali (sia pure nei limiti della compatibilità), che quelli di natura regolamentare o di contenuto generale (esclusi i provvedimenti attinenti all'organizzazione interna) “devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono”. Tali atti dovranno inoltre essere accompagnati “da una relazione che ne illustra le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori. Nella definizione del contenuto degli atti di regolazione generale” tali autorità “tengono conto in ogni caso del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari. A questo fine, esse consultano gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori” (art. 23 l. 28 dicembre 2005, n. 262 sulla tutela del risparmio).

La norma deroga espressamente, *in parte qua*, alla legge sul procedimento amministrativo che, per converso, sottrae all'obbligo di motivazione proprio “gli atti normativi e quelli a contenuto generale” (cfr. art. 3, co. 3, l. n. 241/1990); del pari, questa categoria di provvedimenti è espressamente esclusa dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione (art. 13).

La *ratio* della deroga dipende senz'altro dalla acquisita consapevolezza da parte del legislatore delle ricadute nei mercati presidiati dalle autorità in discorso del principio di sussidiarietà recentemente codificato dall'art. 118 Cost. (è infatti emblematico il richiamo al complementare

principio di proporzionalità, “il quale rappresenta il criterio di misura del principio di sussidiarietà”¹⁴). Il “primato” del privato sul pubblico sotteso a tale principio fondante rende difatti evidente la delicatezza dei compiti svolti in sede regolatoria dalle autorità amministrative indipendenti, atteso che le relative statuizioni possono addirittura “sostituirsi all’autonomia privata, imponendo, ad esempio, ad operatori di un determinato mercato comportamenti ‘asimmetrici’ che mai un operatore di mercato porrebbe spontaneamente in essere”¹⁵ o anche considerando il ruolo che le regole di comportamento poste in via regolamentare da tali autorità in capo agli intermediari del mercato tendono a configurarsi quali norme integrative dell’autonomia privata, ascrivendosi a ragione nell’alveo di quei “fenomeni nuovi” del diritto privato capaci di trasmettere da discipline settoriali a principi di parte generale del contratto¹⁶. La vicenda anche giurisprudenziale afferente alla conseguenze della violazione delle regole di condotta nei mercati mobiliari è, sotto questo profilo, esemplare¹⁷.

E tuttavia, *a latere* dalle ricadute di tale principio, il maggior rigore nei confronti dell’attività normativa sub primaria di tali autorità si giustifica soprattutto nel e si nutre del *deficit* di rappresentatività democratica e dunque di sovranità che caratterizza siffatti organismi. La loro estraneità alla tradizionale ripartizione dei poteri e la sottrazione al circuito di responsabilità delineato dall’art. 95 Cost. comporta infatti, con le parole del Consiglio di Stato, che “l’indipendenza e la neutralità delle autorità p(ossa) trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale”. Ciò in quanto “non è pensabile che l’attività di

¹⁴ COSÌ DEL PRATO, *Principio di sussidiarietà e regolazione dell’iniziativa economica privata. Dal controllo statale a quello delle autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 262.

¹⁵ L’inciso appartiene a MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, p. 65.

¹⁶ Cfr., sul punto, almeno PATTI, *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 748; ROPPO, *Il contratto del duemila*², Torino, 2005; *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa, Torino, 2009.

¹⁷ Il riferimento è alla nota questione inerente alle conseguenze giuridiche della violazione delle regole di comportamento nell’intermediazione mobiliare (e, segnatamente, alla c.d. nullità “virtuale”), i cui sviluppi hanno condotto alla giurisprudenza di Cassazione (dapprima con la sentenza n. 19024/05, poi con le SS.UU. del 17 dicembre 2007, n. 26725) con cui si è stabilito che i rimedi da applicare variano a seconda della situazione in cui versa il risparmiatore, in ogni caso stabilendosi che il contratto non può essere dichiarato nullo se tale sanzione non sia espressamente prevista.

regulation venga svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati”. Invero, “la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio”, risultando “strumento essenziale per arricchire la base conoscitiva dell’attività di regolazione... la consultazione preventiva, volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati”¹⁸.

La Banca d’Italia (che, con Consob, Isvap e Covip è destinataria della prescrizione del menzionato art. 23 della legge sulla tutela del risparmio nella parte in cui prevede specifiche discipline attuative della norma) ha provveduto con un regolamento di rilevante interesse (del 24 marzo 2010, in G.U., Serie generale, del 4 maggio 2010, n. 102). È intanto significativo che nel preambolo si precisi, tra l’altro, “l’opportunità di improntare a principi di trasparenza e consultazione, *oltre l’ambito obbligatorio di applicazione* dell’art. 23... anche le attività poste in essere dalla Banca al fine di concorrere nella definizione delle scelte di *policy* e regolamentari da parte di autorità, istituzioni e organismi con cui la Banca coopera o collabora nelle sedi nazionali e internazionali” e che si ritenga di avvalersi “di strumenti *ulteriori e integrativi rispetto a quelli indicati nel richiamato art. 23*, al fine di rafforzare la trasparenza dell’attività di vigilanza e promuovere il confronto con gli operatori, i consumatori e le altre categorie interessate”. Più nello specifico e con la sintesi del caso, quanto all’attività di vigilanza la Banca d’Italia definisce e sottopone a pubblica consultazione entro dicembre di ciascun anno, un programma delle attività tese all’adozione di atti normativi riferiti ai dodici mesi successivi (art. 2); conduce, in relazione a ciascun atto, l’analisi dei “fallimenti di mercato e regolamentari” e individua “una o più opzioni regolamentari dirette a realizzare le finalità generali e gli obiettivi specifici di vigilanza”, realizzando una specifica analisi d’impatto della regolamentazione (art. 3); prevede una pubblica consultazione avente durata “di norma non inferiore a sessanta giorni” (art. 4); esplicita le motivazioni degli atti in una apposita relazione e contempla una revisione periodica (triennale) di tutti gli atti normativi (artt. 6 e 7). Circo-scrive i casi di deroga a esigenze di necessità e urgenza nonché a ragioni

¹⁸ Cons. St., sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2004; in termini – tra le tante – Cons. St., 29 maggio 2006, n. 3272; 27 dicembre 2006, n. 7972. Da ultimo, Cons. St., 2 marzo 2010, n. 1215. *Amplius*, sul punto, CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in *Arbitri dei mercati*, cit., p. 75 ss.

di riservatezza in costanza, in particolare, di eccezionali mutamenti delle condizioni di mercato ovvero quando la conoscenza del provvedimento prima della sua adozione possa compromettere il conseguimento delle finalità (art. 8).

6. Incongruenze, ipocrisie, auspici.

A fronte dell'orientamento che individua nella descritta "democrazia procedimentale"¹⁹ lo strumento di più avanzata composizione dell'interesse pubblico col principio di legalità non mancano – sul piano della recente analisi teorica – voci di dissenso tese a far constare, per un verso, che tale equilibrio di fatto simula, sotto mentite spoglie, una forte riduzione della discrezionalità amministrativa; per altro verso che l'attuale contesto economico e sociale lascia intravedere istanze di segno diverso tese a importanti rivisitazioni del movimento pendolare della discrezionalità amministrativa. Ciò sia in considerazione del rilievo che la cultura del procedimento e della negoziazione sottende necessariamente una politica di piccoli passi mentre spesso si rendono necessari interventi di maggior portata, sia perché siffatto operare corre il rischio di "rendere il processo decisionale lento, poco snello e farraginoso, laddove i problemi del mondo richiedono un'azione più rapida, efficiente e fondata sulla cooperazione"²⁰. L'esempio comunemente addotto riguarda la politica ambientale, in ordine alla quale si invocano maggiori poteri discrezionali dell'esecutivo. Né mancano più generali avvertenze su eventuali indesiderati effetti collaterali della regolazione, ben potendo discipline troppo dettagliate produrre – insieme a riduzioni dell'incertezza – maggiori flessibilità comportamentali da parte dei destinatari. Regole formali e istruzioni dall'alto costituiscono infatti precise risorse; rappresentano un assetto informativo in grado di indicare dove si appuntino le attese del regolatore; facilitano la risposta a eventuali giustificazioni; forniscono nuovi spazi all'inventiva tesa ad aggirare le regole poste. A ciò consegue che "in situazioni altamente regolamentate, disposizioni, regole e prassi consolidate si presentano come un surrogato del mondo reale, riducen-

¹⁹ L'espressione appartiene a RABITTI BEDOGNI, *Le nuove funzioni e i nuovi poteri di vigilanza della Consob*, in *Arbitri*, cit., p. 370.

²⁰ SHAPIRO, *Discrezionalità*, cit., p. 8. In termini non dissimili, RUSSO, *Analisi economica della discrezionalità amministrativa: un'introduzione*, in *Giust. amm.*, 2008, p. 267.

do coinvolgimento e responsabilità individuali, spostando l'attenzione dai risultati al rispetto delle procedure, dando luogo a una maggiore flessibilità di reazione” ²¹ e, nel settore finanziario, al possibile *moral hazard*.

La crisi finanziaria, poi economica, ora anche del debito sovrano che progressivamente investe settori sempre più ampi della società civile (la metafora efficacemente proposta evoca, come in un *videogame*, la proliferazione di mostri) ha diverse (e complesse) origini che chiamano in causa, quali principali imputati, rilevanti insiemi di discipline giuridiche significativamente destrutturate a partire dagli anni Novanta del Novecento ²². Sollecita, per quanto qui rileva, riflessioni in ordine alla accertata eccessiva influenza di gruppi di pressione e *lobbying* sull'attività regolamentare afferente i mercati di banca, finanza, assicurazioni, essendosi fin dall'inizio della crisi osservato che “una della cause fondamentali era la totale inadeguatezza del quadro regolatorio rispetto alla grande evoluzione della finanza degli ultimi venti anni” ²³. Produce perciò una reviviscenza delle analisi anche economiche relative al noto rischio di “cattura” delle autorità di regolamentazione, superficialmente (o anche strumentalmente) accantonate a favore di una più cospicua letteratura sull'indipendenza della regolazione prevalentemente incentrata “su come salvaguardare i regolatori dalle influenze della politica, meno su come evitare la cattura dall'industria”. Si è solo occasionalmente tenu-

²¹ GALEOTTI, *La tutela dei consumatori in Italia: presupposti e contorni di un problema aperto*, in *Consumatori, ambiente, concorrenza. Analisi economica del diritto*, a cura di Mattei e Pulitini, Milano, 1994, p. 170.

²² V., nell'ambito dei contributi dei giuristi, CARRIERO, *La crisi dei mercati finanziari: disorganici appunti di un giurista*, in *Scritti di diritto dell'economia*, Milano, 2010, p. 323 ss.; ID., *Banche e rischio di credito*, in *Crisi finanziaria: quali regole per la banca?* in *Dir. banc.*, 2010, p. 544 ss.; ID., *Previsioni, opinioni, certezze: le agenzie di rating*, in corso di stampa in *Europa e dir. priv.*; ROSSI, *Crisi del capitalismo e nuove regole*, in *Riv. soc.*, 2009, p. 929 ss.; ID., *Capitalismo e diritti umani*, in *Riv. soc.*, 2011, p. 3 ss.; NIGRO, *Crisi finanziaria, banche, derivati*, in *Dir. banc.*, 2009, p. 13; *Un anno con tredici lune: crisi e diritto*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, p. 3 ss.; MATTEI, *Senza diritto che mercato è?* in *Il sole 24 ore* del 5 giugno 2009; SICLARI, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 45 ss.; VISENTINI, *Le nuove frontiere del diritto commerciale nella crisi economica*, in *Dir. fall.*, 2009, p. 593; IRTI, *Crisi mondiale e diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009; *La crisi dei mercati finanziari*, a cura di Rispoli Farina e Rotondo, Milano, 2009; *Impresa bancaria e crisi dei mercati finanziari*, a cura di Principe, Napoli, 2010.

²³ ONADO, *Regole dopo la crisi? No, grazie*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2009, p. 562.

to conto “del ruolo dei gruppi d’interesse per interpretare l’adozione di una certa normativa, mentre si continua(va) ad assumere che le regole e i comportamenti dei regolatori siano ispirati all’obiettivo del bene pubblico e di correzione degli errori del mercato”²⁴. Da ciò la rinnovata enfasi per questioni afferenti ai conflitti d’interesse, alla *accountability* nei confronti dei risparmiatori, ai divieti delle c.d. *revolving doors*, ai limiti ai compensi degli amministratori *et similia*, nella acquisita consapevolezza che quando le opportunità economiche in gioco sono elevate, l’informazione asimmetrica, la regolazione complessa, la coesione dei gruppi di pressione diviene decisiva ai fini dell’individuazione delle scelte disciplinari. La partecipazione dei cittadini o anche quella delle associazioni dei consumatori (caratterizzata dai noti problemi di “azione collettiva”) al procedimento diviene infatti mera apparenza se non un vero e proprio monumento all’ipocrisia di tale indimostrata democrazia economica, potendosi con difficoltà non lontane dalla missione impossibile additare casi di interlocuzione diretta da parte del *quisque de populo* su ipotesi regolamentari relative ai rafforzamenti patrimoniali degli intermediari o anche a divieti di vendite allo scoperto. Gli esempi sono naturalmente suscettibili di moltiplicazione in via esponenziale. Il risultato, univoco, è che gli effetti di tale politica regolamentare sono quelli di rendere contemporaneamente (e paradossalmente) recessivi sia l’interesse pubblico che i principi di legalità e di imparzialità dell’azione amministrativa.

A questo rilievo può accompagnarsi una considerazione. Supposta, per mero esercizio teorico, la intrinseca veridicità dell’affermazione che nessuno si sia accorto di nulla fino alla emersione della crisi (veicolata nell’immaginario collettivo dalla nota domanda *why did nobody notice*

²⁴ MACCHIATI, *L’interesse pubblico nella regolamentazione finanziaria*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2009, p. 229 che, a ben vedere, ripropone l’ancestrale, genetico problema di organismi della specie: essere stretti nell’alternativa “di non possedere forza di decisione adeguata ai problemi o di perdere la neutralità, scegliendo gli interessi di parti in conflitto e rivelando così la loro intrinseca politicità” (IRTI, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, p. 43). Che quello dell’autonomia delle scelte dei regolatori rispetto agli interessi degli intermediari della finanza rappresenti attualmente il più complesso snodo per l’adozione di efficaci e condivise prospettive di riforme è, tra l’altro, autorevolmente testimoniato dallo stesso Governatore della Banca d’Italia quando, in sede di Considerazioni finali del 31 maggio 2010, riconosce che “solo quando governi e regolatori potranno lasciar fallire le istituzioni che lo meritano, senza provocare catastrofi come quella seguita la fallimento di *Lehman*, essi avranno riacquisito vera indipendenza rispetto all’industria dei servizi finanziari” (p. 6).

it? rivolta dalla regina Elisabetta agli economisti inglesi)²⁵, mette conto chiedersi, nella opposta prospettiva che taluna tra le autorità di regolazione avesse invece avuto percezione dei fatti che stavano per accadere, quale strumentario avrebbe potuto impiegare per prevenire gli eventi. Se, come è d'obbligo rispondere, questi fossero consistiti in discipline astratte e generali, la loro preliminare divulgazione, il contraddittorio, la eventuale negoziazione, in una parola la procedimentalizzazione, avrebbe (a tacere anche di ipotesi collusive e di eventuali contromisure da parte dei destinatari) nel migliore dei casi fortemente depotenziato l'efficacia delle regole, spuntando così le armi a disposizione del garante del pubblico interesse²⁶. Ammessa infatti anche la esistenza di poteri attivabili in casi di necessità e urgenza, è ben evidente che il loro esercizio suppone la ricorrenza di una fattispecie irrimediabilmente destinata a deteriorarsi a fronte dell'ordinario esercizio dell'attività regolatoria (le similitudini con i giudizi cautelari attivabili nel caso di pregiudizio grave e irreparabile dei beni oggetto di tutela è di tutta evidenza), mentre invece l'ipotesi prefigurata prescinde dalla ricorrenza di tali presupposti per inerire invece alla ordinaria attività di supervisione regolamentare motivata dal ragionevole convincimento di possibili crisi future forse certe nell'*an*, indubitabilmente invece incerte nel *quando* e nel *quomodo*²⁷. *Breviter*: era in passato convincimento diffuso che, per la sua efficacia, l'attività di supervisione (e la sottesa discrezionalità amministrativa) dovesse nutrirsi di riservatezza, circospezione (evitare "*rumors*") e tempestività. Le recenti vicende ripropongono prepotentemente l'attualità di tali insegnamenti.

²⁵ Sulle c.d. "previsioni fallite" degli economisti e sullo stupore della regina v. PETRINI, *Processo agli economisti*, Milano, 2009. Il punto di vista della Banca d'Italia è espresso da DRAGHI, *Gli economisti e la crisi. Intervento alla 50ª riunione della Società italiana degli economisti*, Roma, 22 ottobre 2009.

²⁶ È recente la consapevolezza, anche della dottrina italiana, che "l'introduzione di istituti volti all'acquisizione degli interessi in gioco... ingenera rischi di *ossificazione* dei programmi regolatori, quali l'eccesso di rigidità e la lentezza delle procedure che, in quanto volte all'adozione di norme a contenuto tecnico, destinate ad una rapida obsolescenza, richiedono, al contrario, rapidità e snellezza". Così DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, p. 954.

²⁷ Non basta perciò la deroga al principio della partecipazione motivata sulla scorta di una interpretazione estensiva dell'art. 7 l. n. 241/90 nei soli casi di urgenza e/o in quelli che riguardano l'emanazione di provvedimenti marginali, come ormai riconosciuto anche dalla giurisprudenza (cfr. Tar Lombardia, 20 dicembre 1997; id., 27 gennaio 2003).

Si è soliti peraltro ricordare che, con riguardo alle autorità amministrative indipendenti, non verrebbe in gioco una vera e propria discrezionalità amministrativa quanto piuttosto una discrezionalità tecnica. Ora, di là anche dalla menzionata incerta (e controversa) caratterizzazione di questa ultima figura, mette qui conto almeno osservare la diversa natura dei poteri regolatori e di supervisione delle altrettanto diverse autorità. Per categorie concettuali ed epistemologiche, una cosa è infatti qualificare concrete fattispecie negoziali o comportamentali con riferimento ai divieti generali contenuti nelle leggi o nella normazione secondaria di riferimento, attività questa non molto dissimile da quella (di legittimità o di liceità) che può svolgere il giudice in sede di accertamento d'illeciti a fini civilistici. Altra, ben diversa cosa effettuare un accertamento diagnostico sulla solidità patrimoniale dell'intermediario ai fini di eventuali interventi di rigore, attività codesta che invece ricorda le ben note difficoltà di valutare *ex ante* la ricorrenza o no dei presupposti (incerti nella loro stessa identificazione) dell'insolvenza. Mentre nel primo caso può senz'altro convenirsi con la ricorrenza dei presupposti caratterizzanti la c.d. discrezionalità tecnica, non altrettanto invece nel secondo, ove, da un lato, viene in gioco un vero e proprio potere di scelta dell'interesse pubblico concreto da perseguire nella comparazione e, dall'altro, rileva l'assenza di soluzioni di continuità tra questo momento valutativo e l'ulteriore eventuale attività provvedimentale. Appare infatti scontato che la ricorrenza o no del giudizio di sana e prudente gestione a fini di stabilità di una banca, di un intermediario finanziario o di una impresa assicurativa non potrà non riflettersi sul successivo provvedimento autorizzatorio o liquidatorio, divenendo questo (contrariamente a quanto caratterizza la discrezionalità tecnica) un vero e proprio atto vincolato agli esiti di quel giudizio valutativo ²⁸. Trattasi perciò di discrezionalità amministrativa.

Se corrette sono le considerazioni esposte, da ciò deriva che questa diversità potrà trovare adeguato riscontro nelle tavole di eventuali future leggi che intendano farsi carico di restituire a talune tra queste autorità ambiti di discrezionalità amministrativa certo sottoposti ai più rigorosi sindacati giurisdizionali ma tuttavia svincolati da ingombranti e inefficaci pastoie procedurali. Un esempio per tutti può, nel nostro ordinamento, essere rappresentato dalla Banca d'Italia. A fronte della

²⁸ Si esprime sul punto una opinione perciò parzialmente dissenziente rispetto a Tar Lazio, 9 agosto 2005, n. 6157, in *Giur. it.*, 2005, p. 2421.

odierna ritenuta sua riconduzione all'alveo delle autorità amministrative indipendenti, residuano – anche in ragione del concorso di competenze monetarie e creditizie – profili di specialità utili a revocare in dubbio la sua corrispondenza a tale famiglia di soggetti giuridici con specifico riguardo alla molteplicità e delicatezza delle funzioni svolte ²⁹. Anche dopo l'assegnazione al Sistema europeo di Banche centrali (SEBC) composto dalle banche centrali nazionali e dalla Banca centrale europea della definizione attuazione della politica monetaria della comunità (art. 105 del Trattato), la Banca d'Italia concentra attribuzioni monetarie, creditizie, amministrative, normative, di vigilanza che non hanno uguali riferimenti in altre autorità indipendenti, emblematici di “un potere forte in una struttura forte predisposta per l'esercizio di quel potere” ³⁰. Da tali diversità occorrerà ripartire per individuare formule normative utili a conferire a soggetti diversi dalla pubblica amministrazione in senso stretto una legittimazione “dall'alto” all'esercizio della discrezionalità amministrativa. Non omettendo di considerare che, risultando inammissibile nell'ambito dei mercati finanziari la configurazione di uno spazio vuoto di diritto, l'unica alternativa a ciò è rappresentata dalla riappropriazione di tali spazi, strutturalmente propri di organi tecnici, da parte della politica.

GIUSEPPE LEONARDO CARRIERO

²⁹ CARRIERO, *Autorità indipendenti e tutela del consumatore: la Banca d'Italia*, in *Contratto e impresa*, 1999, specie p. 707 ss.

³⁰ PREDIERI, *Il potere della banca centrale: isola o modello?*, Firenze, 1996, p. 211.