

INSTANT

5

LA SOCIETÀ LIBERA E I POTERI NEUTRI

Prima Edizione Dicembre 1998
Direttore Collana: *Fabrizio Garavaglia*

Stampato in Italia
Tipografia S. Gaudenzio - Novara
Dicembre 1998

Proprietà letteraria riservata
© Società Aperta Edizioni srl
Via Perugia, 10 - 20122 Milano
Tel. e Fax 02/97295339

La pubblicazione di questo volume dà inizio alla collana dedicata agli atti dei Convegni di “Società libera”.

E’ un’opportunità che sottoponiamo all’attenzione di quanti sono interessati a tematiche culturali non distanti però dalla quotidianità del dibattito politico. “Società libera” vuole rappresentare un riferimento per chi condivide la necessità di riflettere sia su cosa una società liberale richieda per essere sostanzialmente tale, sia sulle difficoltà che la cultura liberale incontra nell’affermarsi nelle società occidentali. In futuro andremo concretizzando, sempre più, iniziative culturali, anche di cultura politica, senza voler essere per questo pare politica, seguendo due precisi indirizzi.

Innanzitutto ci occuperemo di problematiche che, a nostro avviso, rappresentano snodi cruciali da affrontare in una società che voglia caratterizzarsi per un elevato livello e per coerenti elementi di liberalismo.

Secondariamente daremo vita a momenti di confronto, bene attenti però a non sminuire il dibattito in esposizioni di maniera in cui emergono più le presenze che la tensione sui contenuti.

Siamo convinti che pur tra una pluralità e diversità di posizioni, debbano comunque evidenziarsi indicazioni utili ad una maggiore comprensione e possibilmente alla risoluzione, a nostro modo di vedere, delle tematiche individuate.

E il dibattito sui “Poteri Neutri” ne è stato il primo esempio.

Vincenzo Olita

Milano, Dicembre 1998

La tradizione liberale

Nicola Matteucci

Per una persona anziana risulta estremamente strano il fatto che per più di mezzo secolo il liberalismo sia stato condannato perché superato, inattuale oppure criticato - anche con ferocia - perché al liberalismo si voleva ricondurre assolutamente il fascismo. Ma il fascismo si dichiarò sempre antiliberale; come fu antiliberale il comunismo e una parte del pensiero cattolico. Più recentemente la scuola di Francoforte nacque con posizioni decisamente antiliberali. Abbiamo passato molti anni in cui i liberali dovevano o tacere o stare nascosti. Scrisi un saggio sul liberalismo, ma venni preso in giro in quanto l'argomento era un semplice oggetto di antiquariato da esporre in qualche mercatuccio di provincia. Chi mi prese in giro fu il grande corsivista de "L'Unità" Fortebraccio. Mi definì il generale Dalla Chiesa del liberalismo. Fedele come sono stato ai miei giovanili principi liberali, ho studiato all'Istituto Croce, poi improvvisamente ho scoperto che tutti erano diventati liberali. Mi sono trovato così spaesato, prima avevo un'identità da irridere, come faceva Fortebraccio; adesso dirsi liberali è presentare un biglietto da visi-

ta che hanno tutti. Però, in questa atmosfera nella quale tutti si definiscono liberali, scopro che quasi tutti credono di parlare di una cosa nota: invece c'è una profonda ignoranza dei principi del liberalismo. Quindi ci si definisce liberali nell'aggettivo, ma non liberali nella sostanza.

Per esperienza personale, è difficile scrivere la storia del liberalismo, che è una storia plurisecolare, per poterne condensare alcuni principi. L'unico che ha tentato di tracciare una storia del liberalismo è stato Guido De Ruggiero in un libro che tutti abbiamo letto: per completezza, a mio avviso, sotto certi aspetti è un testo insuperato, dato lo sforzo di abbracciare il fenomeno del liberalismo sul piano europeo. Però, se noi andassimo ad esaminare a fondo il contenuto di questo libro, ci accorgeremo di due cose: innanzitutto De Ruggiero non parla del liberalismo, parla dei liberalismi, al plurale: io li ho definiti i liberalismi paralleli. In secondo luogo, se andiamo a vedere i contenuti concreti degli autori esaminati, con alcuni ci troveremo in consonanza e con altri in piena dissonanza. Qualche volta ci dicono qualcosa di importante per i problemi che noi dobbiamo affrontare nel presente, altre volte invece sono pensatori a mio avviso ormai superati.

Facciamo ora un breve esame di questi quattro liberalismi paralleli. Una grande importanza per l'idealista De Ruggiero viene data al liberalismo tedesco e

ovviamente subito ricorre il nome di Hegel. Ci siamo però dimenticati che Croce ci ha ammonito che lo stato etico non appartiene alla storia del liberalismo; perché il momento etico non può essere rappresentato da un'organizzazione politica, che sia uno stato o un partito, perché l'etica appartiene solo e soltanto alla coscienza dell'individuo, il solo che ha il diritto di pronunciare giudizi di carattere etico. Però nella nostra attuale cultura politica non possiamo respingere il liberalismo tedesco perché esso ci ha dato quel concetto, che è fondamentale per noi e per il quale ogni generazione deve combattere, che è lo stato di diritto. Quello stato di diritto che è in pieno contrasto con quello stato di giustizia che proprio qui a Milano nel rito ambrosiano ogni tanto viene enucleato. Lo stato di diritto è uno stato che procede secondo delle regole giuridiche, ma che non pensa di realizzare la giustizia o lo stato etico.

Se ritorniamo alle pagine di De Ruggiero, se guardiamo a quelle dedicate alla Francia, mi sia consentito di avanzare delle mie opinioni personali. Fra parentesi ogni liberale ha le sue opinioni personali perché il liberalismo non è una dottrina, non è una fede, ma una pluralità anche discordi di voci che dialogano e discutono. Ebbene del liberalismo francese sono avversario di quell'estremo laicismo anticlericale che in gran parte lo denota. Laicismo anticlericale che riaffiora molto spesso oggi sulle pagine dei

nostri giornali ed è emerso ultimamente sulla questione del finanziamento alle scuole cattoliche. Però nel liberalismo francese c'è un nome centrale: Alexis de Tocqueville. Nella sua opera *La democrazia in America*, noi troviamo la più vigorosa e convincente conciliazione dello spirito di religione con lo spirito di libertà: di fronte alla secolarizzazione, di fronte alla modernizzazione, di fronte alle masse assetate soltanto di ottenere un maggior benessere, Tocqueville insiste che come forza di resistenza a questo materialismo può esserci soltanto lo spirito di religione. Lo spirito di religione: altrimenti noi rischiamo di abbandonarci a un dispotismo paterno, che amministri soltanto il nostro benessere.

Il liberalismo italiano: qui sono un po' polemico perché l'Italia ha un grande pensatore liberale, un pensatore le cui opere sono state tradotte in francese, in inglese e in tedesco. Ma gli italiani continuano a ignorarlo. La casa editrice Società Aperta ha ripubblicato una sua opera estremamente importante pubblicata in questo dopoguerra anche in Germania. Parlo di Marco Minghetti e della sua opera *L'ingerenza dei partiti nella pubblica amministrazione e nella giustizia*. Egli appronta nella seconda metà dello scorso secolo un problema che oggi stiamo affrontando anche noi: l'ingerenza dei partiti nella pubblica amministrazione e soprattutto nella giustizia, in quelle realtà che Marco Minghetti rite-

neva dovessero essere neutre. Neutre rispetto alla politica. Mi dispiace, ma in Italia Marco Minghetti nessuno lo legge.

Venendo alla tradizione anglosassone - intendendo sia l'inglese che l'americana - ritengo essa sia la tradizione oggi più forte: dalla Magna Charta Libertatum del 1215 sino ad oggi c'è un filo continuo che si chiama la difesa dei diritti dell'uomo. Quando nel medioevo si parlava di libertà nella Magna Charta Libertatum si intendevano proprio i diritti dei cittadini. E oggi il dibattito non solo filosofico ma anche in gran parte politico è proprio incentrato sul tema dei diritti dell'uomo. Cito solo un libro di grande successo di uno dei protagonisti dell'attuale filosofia del diritto: R. Dworkin con la sua opera *I diritti presi sul serio*.

Se il dibattito culturale è questo, anche la battaglia politica si appunta sul problema dei diritti. E noi italiani ci siamo dimenticati che abbiamo sottoscritto la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Ora questa Convenzione non è una semplice enunciazione di principi, è la base della nuova Costituzione dell'Unione Europea, quindi noi siamo tenuti a sottostare ai principi di questa Convenzione che è superiore alla nostra Costituzione. Tanti inutili dibattiti che ci sono oggi sulla distinzione tra la magistratura giudicante (la vera) e la magistratura inquirente sono tutti sorpassati, perché questo principio è già stato

stabilito chiaramente nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che fa parte del nuovo diritto pubblico europeo, cioè della Costituzione che è alla base dell'Unione Europea. Noi abbiamo sottoscritto questo impegno attraverso i nostri governi, però i governi se la sono dimenticata.

Il liberalismo non è una teoria chiusa ferma, immutabile, una dottrina che si tratta di imparare, perché il liberalismo non ha un testo fondamentale (io vi ho citato tre o quattro autori importanti, ma per comodità di discorso ne ho tralasciati altri). Nel liberalismo non c'è un interprete ufficiale: per il marxismo c'è il partito, per la chiesa c'è il Pontefice. Ma se noi ripercorriamo questa storia lunga e secolare noi vediamo che il liberalismo cambia secondo i tempi. Cambia i suoi contenuti, cambia i suoi problemi: nella storia plurisecolare del liberalismo esistono sempre dei momenti di discontinuità nella continuità. Questo cambiamento non è per opportunismo, ma è dovuto al fatto che muta l'avversario del liberalismo. Il vero avversario del liberalismo è il dispotismo, ma nei secoli il volto del dispotismo cambia. Quindi abbiamo grandi stagioni liberali: la prima nel Settecento quando il liberalismo aveva come nemico, come avversario, l'assolutismo e il primo a stabilire le coordinate necessarie per questa battaglia fu John Locke. Il secondo avversario era una certa concezione della democrazia egualitaria e livellatrice

nell'Ottocento, qui la risposta ci è venuta da un pensatore che si chiama Alexis de Tocqueville. La terza sfida al liberalismo è nel nostro secolo: il totalitarismo. E quindi il liberalismo ha dovuto rinnovare i suoi contenuti, i suoi temi proprio nel suo scontro con questa realtà ignota nel passato. Contro il totalitarismo forte abbiamo le stupende pagine di Hannah Arendt. Contro un totalitarismo più debole, che si ispira al socialismo, abbiamo le pagine di Friedrich von Hayek.

Se io dovessi riassumere rapidamente in due battute, in uno slogan, in cosa consiste il liberalismo direi: il liberalismo è stato sempre una risposta alla sfida dei propri tempi. Ed è in questa chiave che noi abbiamo pensato a questo convegno.

In questo convegno e in questa sede non vogliamo, come io ho fatto, ma a scopo meramente introduttivo, celebrare il nostro passato: veniamo da lontano, ma la tradizione non basta. No, noi siamo dei liberali e, se il liberalismo è una risposta a una sfida, proprio in quanto liberali vogliamo rispondere alla sfida del nostro tempo. Il liberalismo è una teoria empirica da un lato perché realistica, ma che ha anche dei valori, perché non accetta una realtà così com'è. E' una teoria critico-pratica del presente. A questo noi vogliamo ispirarci, perché non dobbiamo dimenticarci che il dispotismo è sempre dietro l'angolo. Il liberalismo non ha mai conosciuto momenti sicuri per la sua vit-

toria. Abbiamo visto in questi ultimi anni il panorama sociale-politico affollarsi di nuovi soggetti, le fondazioni e le authority di cui parleranno i relatori. Ma insisto sulla parola "neutro": nel suo senso forte io l'ho trovata in Montesquieu ma l'ho ritrovata anche in Humboldt.

Con questo seminario vogliamo guardare al futuro e non limitarci a celebrare il nostro passato.

FONDAZIONI

Fondazioni non profit in Italia

Pier Giuseppe Monateri

Tre questioni debbono essere affrontate. Dapprima, si racconterà una storia americana, che si suppone in qualche modo liberale. In seguito, si racconterà una storia italiana incentrata sulle fondazioni bancarie, nella loro evoluzione dalla legge Amato al progetto Ciampi/Visco attualmente in discussione al Senato. Infine, si cercherà di trarre alcune riflessioni di fondo.

La storia americana è quella con cui retoricamente si affronta sempre il discorso sulle fondazioni bancarie: in ogni convegno sulle fondazioni bancarie, il primo spunto è sempre costituito dalle *non profit* americane. La storia di queste associazioni si dipana velocemente in tre fasi: quella del “paradiso” delle fondazioni, quella dei controlli federali ed una terza fase, quella attuale, in cui si tenta di collocare tali enti in un *framework* definito rispetto ai loro intrecci con il business della politica.

In America quello delle fondazioni *non profit* è effettivamente definito come un terzo settore fra il *Government* (corrispondente a ciò che in Italia si chiama Stato) ed il business privato. Questo settore è ormai divenuto quasi importante quanto le *corporations*, ossia le grandi società per azioni. Se nel 1930 vi erano soltanto trecento fondazioni di questo tipo negli U.S.A., nel 1966 esse erano già seimila ed appena in due anni, nel 1968, erano diventate 30.200. La principale di esse, la Ford, all’epoca dei controlli federali aveva un patrimonio stimato tra i 3 e i 6 miliardi di dollari.

Anche il *business* italiano è valutabile in cifre ragguardevoli: secondo il relatore della legge in discussione al Senato, il giro di affari attuale si aggira sui 33 mila miliardi di lire, e fino a qualche anno fa si toccava la soglia dei 45 miliardi.

In estrema sintesi, la prima fase, in cui le fondazio-

ni prendono il sopravvento nel mercato americano, dura fino al 1954. Essa è caratterizzata da un'esenzione fiscale praticamente completa dei proventi degli enti *non profit*, e dal fatto che i donatori delle fondazioni potevano dedurre nei limiti del 15% del loro reddito quanto donato ad una fondazione.

All'epoca, vi sono almeno due modi alternativi per definire le fondazioni bancarie o *non profit*. Secondo il modello adottato dallo stato americano dell'Ohio, sono fondazioni quegli enti che per statuto non distribuiscono utili ai soci. Tale definizione coincide grosso modo con quella presente nel progetto Ciampi/Visco attualmente in discussione al Senato. Secondo il modello adottato dallo stato di New York, le fondazioni sono definite in funzione delle attività che esse svolgono, siano esse la prevenzione della crudeltà nei confronti degli animali randagi o la ricerca sul cancro.

Ci si imbatte di frequente nel seguente meccanismo: una società madre (*corporation*) produce una fondazione figlia in cui essa convoglia tutti i propri proventi. In Italia, al contrario, sulla base della legge Amato del 1990 sono le fondazioni a figliare società per azioni: si tratta dei cosiddetti "enti conferitari" cui viene conferita un'azienda bancaria.

Tornando all'America, sulla base del meccanismo madre-figlia, le fondazioni *non profit* divengono sin da subito strumento base di gestione degli affari e si

intrecciano con la politica, non senza l'avallo delle corti americane. In un caso del 1938 deciso dalla Corte d'Appello Federale del secondo circuito (New York), si giunge ad applicare il regime fiscale favorevole sopra indicato persino ad una fondazione che possedeva il 51% di una *corporation*. Il caso costituisce un pericoloso precedente che porta a vari tipi di abuso di questo modello giuridico: nel 1951, ad esempio, la Corte Federale del terzo circuito è chiamata a pronunciarsi in merito allo *status* giuridico della più grande società produttrice di pasta e farinacei presente sul mercato U.S.A., la Muller Macaroni, posseduta al 51% da una fondazione che per statuto devolve i propri proventi alla Facoltà di Diritto della New York University!

I dubbi sul sistema vigente, al di là degli abusi, derivavano da una questione focale: la *non profit*, non distribuendo utili, reinveste tutto, trovandosi così in posizione per così dire avvantaggiata sul mercato rispetto alle società commerciali.

La prima risposta liberale del governo americano è di salvaguardia del mercato e della concorrenza: si introducono limitazioni a livello federale, concretizzatesi perlopiù in riduzioni dei vantaggi fiscali preesistenti. Ciò nonostante, all'inizio degli anni Settanta, i due terzi delle grandi fondazioni americane sono possedute dalle maggiori *corporations* del paese e dalle famiglie più in vista. La reazione del

governo è in pratica quella di concepire la fondazione come lo strumento attraverso cui l'élite al potere si perpetua, ricevendo persino vantaggi fiscali dalla legislazione federale. Di qui il divieto, ad esempio, per qualsiasi tipo di fondazione di occuparsi di attività politiche.

La disciplina attuale negli Stati Uniti prevede tre diversi tipi di fondazione: le *mutual benefit foundations*, le *public charities* e le *private foundations*. Le *mutual benefit foundations* sono fondazioni create per il beneficio dei soci e che si occupano unicamente di business reinvestendo tutti gli utili. Esse non godono di alcun vantaggio fiscale. Le chiese, gli ospedali e le scuole sono invece classificate come *public charities* secondo la definizione del paragrafo 509 dell'Internal Revenue Code, mentre le *private foundations* sono altre associazioni che si occupano in qualche maniera dell'assistenza privata. Esse debbono destinare almeno l'85% del proprio reddito di reinvestimento a finalità favorite dalla legge. Per tutti i tipi di fondazioni sono contemplati una serie di divieti in materia di partecipazioni societarie e holding, onde, ad esempio, una *private foundation* non può essere titolare di più del 20% delle quote di una società per azioni, sommando anche le partecipazioni dei singoli membri della fondazione.

La situazione italiana è frutto di vicende e scelte differenti. Con la legge 218/1990 (cd. Legge Amato) si

è posto fine alla situazione tradizionale venutasi a creare all'epoca di Crispi, che aveva nazionalizzato tutte le fondazioni, le opere pie e di assistenza, dando il via al fenomeno della nascita delle casse di risparmio. La legge Amato ha innovato il tradizionale modello di cassa di risparmio come ente pubblico, creando un sistema in cui le fondazioni (enti conferenti) conferiscono l'azienda agli enti conferitari (gli istituti di credito). La situazione tipo è dunque quella di una fondazione proprietaria di una banca.

Il progetto attuale Ciampi/Visco mira attraverso una manovra pubblica, alla dismissione della proprietà delle banche dettando un nuovo modello statutario. Sulla base di questi dati, si impone una riflessione. A ben vedere, la storia italiana delle fondazioni nulla ha a che spartire con quella delle fondazioni americane, nate ed evolute in un dato periodo storico senza che nessuno le avesse create o regolamentate. La loro storia assomiglia un poco a quella del *trust*, che da istituto usato per trasferire la proprietà al vecchio zio è divenuto via via il grande rivale della *corporation*. Del pari, nessuno aveva progettato l'evoluzione delle fondazioni: esse sono il prodotto del mercato, che da modello per l'assistenza privata le ha trasformate nello strumento di cui si sono serviti i grandi imprenditori per tutelare i propri affari ed interessi.

La storia delle fondazioni italiane è tutta un'altra: esse sono un modello dettato dal legislatore. Le fondazioni sono il frutto di interventi statali su un cospicuo patrimonio che si era formato in più di un secolo, quello delle casse di risparmio. In realtà, la storia delle fondazioni italiane ha molto più a che fare con le *Treuhand* tedesche che con le *non profits* americane. Le *Treuhand* sono gli enti utilizzati dal governo della Germania unita per privatizzare gli ex enti di Stato della Repubblica Democratica Tedesca. Si tratta di istituzioni fiduciarie cui sono stati assegnati temporaneamente i beni di proprietà degli enti statali dell'ex Germania Est nel periodo transitorio precedente alla loro privatizzazione.

In fondo, anche quello italiano è un problema di privatizzazione, esattamente quanto è accaduto e accade in Germania per i Länder della ex R.D.T., in Polonia, in Ungheria, in Russia e così via. Il vero problema è allora come privatizzare: qui si inserisce ad esempio, la sentenza della Corte Costituzionale 31 dicembre 1993, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della legge quadro sul volontariato del 1991. Essa dispone l'obbligo per le fondazioni bancarie di prevedere nei propri statuti l'allocazione obbligatoria di almeno un quinto dei propri proventi netti in fondi speciali costituiti presso le Regioni e messi a disposizione dei costituendi enti del volontariato. Si tratta di una vera e propria

manovra pubblica con cui si vincolano le persone giuridiche private, la cui opportunità è pertanto approdata alla Corte Costituzionale. La Corte ha ribadito che nonostante il provvedimento sia lacunoso e non privo di incongruenze, esso rispetta in modo sufficientemente equilibrato l'ambito di autonomia decisionale e statutaria degli enti senza una eccessiva compressione quantitativa e di gestione degli stessi, non potendo qualificarsi come eccessivamente restrittiva la quota di un quinto destinata ad essere obbligatoriamente allocata presso le Regioni. Il messaggio della Corte è chiaro: la etero-direzione del governo deve in qualche modo essere accettata, altrimenti il volontariato non avrà mai una base economica sufficiente. Del resto, l'azione di governo è oramai indispensabile e necessaria per affrontare le mutevoli spinte di un paese e trasformarne la realtà concreta: l'atteggiamento liberale è anche questo. Occorre tuttavia chiedersi quali debbano essere i limiti di questa azione di governo. Ciò si traduce, sul piano costituzionale, nell'analisi delle libertà che debba garantire e dei limiti che si possano anteporre alle persone giuridiche tramite un'azione di governo. La domanda è questa: la nostra Costituzione è stata davvero disegnata per proteggere la libertà degli attuali consigli di amministrazione delle fondazioni bancarie? Gli attuali consiglieri di amministrazione di fondazioni non sono necessariamente i

fondatori dell'ente, spesso sono entrati nel *board* perché hanno conferito un apporto. Forse, allora, è più corretto dire che esiste un principio di libertà della fondazione per la sua esistenza futura, non attuale: il governo non fa che stabilire parametri che debbono oggi essere inseriti nello statuto della fondazione, lasciando l'ente totalmente libero di agire per il futuro, purché esso agisca nel rispetto dei parametri fissati inizialmente. Questo atteggiamento, in fondo, è accostabile a quello del legislatore americano quando esso è intervenuto condizionando pesantemente le regole statutarie delle *foundations*. In termini reali, pertanto, la manovra dello Stato volta a privatizzare, l'idea di uno "stato interventista solo per destatalizzare" non esula dai binari di un atteggiamento liberale. Sicuramente, per il futuro, per essere davvero poteri neutri, questi enti non dovranno più essere utilizzati dallo Stato per attuare manovre pubbliche.

Quella attuale è dunque una fase di transazione: la nostra storia è in fondo ancora una storia da Germania Est suscettibile di evolvere, sulla base di quanto detto, in una storia almeno un po' americana.

Neutralità fondazioni e pluralismo istituzionale

Fabio Roversi Monaco

Fino a quindici anni fa, parlare di fondazioni significava parlare di strutture private nel senso della piena autonomia gestionale e decisionale dell'ente. Oggi, parlare di fondazioni bancarie, di authorities, significa riferirsi a poteri certamente non neutri rispetto alla politica.

Le authorities vengono oramai costituite per sistemare le persone in posti chiave ed usarle, e il discorso vale soprattutto per le fondazioni bancarie. Se in un futuro queste acquisteranno quella indipendenza auspicata da molti, sicuramente oggi è ben difficile sostenere che di poteri neutri si tratti. Certamente, esse vanno rese neutre, e qui vorrei spezzare una lancia brevissima, piccolissima, a favore delle casse di risparmio, almeno delle casse di risparmio - associazione, per le quali ho partecipato alla preparazione del quesito referendario che prevedeva la nomina dei consiglieri di tali enti da parte dei presidenti delle assemblee e non direttamente dallo Stato.

Occorre considerare che la spinta verso l'affermazione del principio per cui tutto ciò che è collettivo è pub-

blico e tutto ciò che è pubblico è statale, è una spinta che nel nostro Paese si è protratta per un secolo, probabilmente di più. “quindi difficile pretendere che in poco tempo strutture anche caratterizzate dall’autonomia privata come possono essere le fondazioni nelle associazioni si manifestino effettivamente indipendenti in un sistema che ha sempre cercato di comprimerle vedendole con un occhio di sospetto. Anche lo Stato liberale, in fondo, assunse tale atteggiamento quando fu deciso di effettuare una verifica generale degli scopi delle fondazioni.

C’è quindi una lunga strada da percorrere per affrancarsi da vecchi vincoli. Difficilmente, allo stato attuale, le fondazioni possono essere considerate poteri neutri e soprattutto possono essere assimilate a strutture come le authorities o la magistratura, dove la funzione *super partes* di controllo è astrattamente così evidente. Certo, tutte queste strutture sembrano avere una caratteristica comune: esse non rispondono a nessuno. Il privato risponde all’imprenditore, l’impiegato pubblico spesso non risponde a nessuno ma è comunque inserito in un’organizzazione dotata di regole molto strette. Le fondazioni in realtà non rispondono a nessuno pur avendo una funzione così delicata!

Abbandonando il tema dei poteri neutri e venendo alle fondazioni in generale, si fa notare come esse sono espressione di atti di autonomia privata sia quando

assumono la caratteristica del patrimonio destinato ad uno scopo, sia quando hanno una caratteristica intrinseca associativa: più persone si associano ponendo in essere più atti di autonomia privata.

Nei testi si dice che le fondazioni hanno finalità di pubblica utilità. Ebbene, se c'è un'espressione da evitare questa è proprio quella della pubblica utilità: trattasi di un concetto ambiguo ed equivoco che, nel nostro Paese in particolare, è in continuo mutamento, in continua evoluzione. L'esempio della legge sull'istituzione di assistenza beneficenza pubblica o il caso delle casse di risparmio (soprattutto quelle associative) sono casi emblematici. In quest'ultima fattispecie, esisteva storicamente una strada italiana (forse europea) per la creazione di strutture non profit. Nel corso dell'Ottocento, tutto ciò che aveva attinenza al singolo e al singolo che si associava ad altri singoli per individuare obiettivi di interesse comune di interesse collettivo realizzando iniziative effettive, tutto ciò è stato rapidamente spostato nel settore del pubblico e dunque statale. Il motto era: lo Stato, sintesi di tutto ciò che è pubblico e tutto ciò che attiene all'interesse collettivo, deve essere possibilmente gestito dallo Stato o altrimenti strettamente controllato. Nel settore della sanità, dell'assistenza, dell'istruzione, delle casse di risparmio, numerosi sono gli esempi di quest'opera di trasferimento, portata avanti in larga parte dal Crispi e da altri dopo di lui. Si esprimeva la volontà di garanti-

re nel nostro ordinamento un primato dello Stato. Il risultato è stato un trasferimento di funzioni, di patrimoni, talvolta di compiti con una rete di controlli su questo tipo di istituzioni che non le ha rese né migliori, né più forti, né più indipendenti. Forse un certo rafforzamento può esserci stato nella prima fase, attraverso il filtro della classe dirigente politico-amministrativa di valore che il nostro Paese, nonostante tutto, ha avuto; non certo in questi ultimi decenni. D'altra parte cresceva una domanda di supplemento di democrazia, di supplemento di partecipazione, sino a giungere a quello che si può definire lo 'Stato pluriclasse' che accetta un'istituzione connessa allo Stato sociale. Le classi diverse dalla borghesia acquisivano potere politico e volevano acquistare potere anche amministrativo e gestionale, e nello stesso tempo desideravano ampliare le finalità collegate al miglioramento del proprio status. I politici che rappresentavano queste ultime classi volevano ampliare le finalità dello Stato, le finalità pubbliche. Così, questi organismi nati sulla volontà dei privati, sul sacrificio dei privati, sugli atti di autonomia privata, a poco a poco sono venuti meno. Nel caso delle casse di risparmio è già un miracolo che sia rimasta nelle casse a struttura associativa la regola della cooptazione fra gli uomini espressione della società locale, capaci di gestire ma anche capaci di presentare un curriculum morale significativo come parte migliore della società. Presidenti, vice presiden-

ti erano nominati dal Governo, dal Ministero del Tesoro su proposta della Banca d'Italia: persino per il presidente di una piccola cassa di risparmio era necessaria una mobilitazione di questo genere, e si esercitava anche il gradimento sulla nomina del direttore generale.

Queste espressioni di un pluralismo istituzionale, i residui di un pluralismo istituzionale che pure è esistito nel nostro Paese, e che è stato sacrificato nel nome dell'unificazione, vanno considerati con un certo rispetto. Si pensi all'art. 2 della Costituzione, all'affermazione che in esso è contenuta per cui la Repubblica riconosce gli individui cittadini sia come singoli sia nelle formazioni sociali in cui si espande la loro personalità. Si tratta di un articolo di grande rilievo e lungamente combattuto, ampiamente disputato, che certamente si sostanzia in un riconoscimento del pluralismo, un riconoscimento per lo Stato (non solo per i singoli) del valore di queste strutture associative. Sennonché l'applicazione e l'interpretazione dell'art. 2 della Costituzione è stata incentrata per una quarantina d'anni o poco meno nel senso di esaltarne il raccordo con l'art. 5 dedicato alle autonomie locali, nonché alle norme poste a tutela dei partiti e dei sindacati, per esprimerne il carattere originale, ineliminabile, o per sottolineare che le autonomie locali non derivano dallo Stato in quanto addirittura preesistenti ad esso: la Repubblica 'riconosce' e 'promuove' le

autonomie locali, non le 'costituisce'.

Pochissimi si sono occupati dell'art. 2 della Costituzione per affermare che esistono altre strutture a carattere associativo, ad esempio le casse di risparmio - associazioni, in cui si esprime il principio dell'individuo che con altri individui cerca di operare non per fini di carattere egoistico ma per finalità di carattere altruistico. I boards delle fondazioni - casse di risparmio sono spesso dotati di un'assemblea ampiamente ramificata che dovrebbe essere espressione delle forze migliori economiche, sociali e culturali della società. Non sempre è così: ma quali altre istituzioni italiane esprimono tali caratteri ed hanno valenza per l'interesse pubblico?

Per questi motivi le fondazioni, patrimonio originato dalla società, debbono essere quantomeno e per quanto possibile, preservate.

Quello delle fondazioni - casse di risparmio è stato, in passato, certamente un settore vergognosamente lottizzato, e vi sono seri dubbi che quell'epoca sia definitivamente tramontata. Tuttavia, preme rilevare in tutta questa esperienza che gli interessi in gioco non sono individuali bensì collettivi, non sono egoistici ma altruistici, e questo indiscutibilmente nel nostro ordinamento è una rarità. I controlli esistenti sulle fondazioni - casse di risparmio erano relativamente scarsi, e si limitavano al momento del riconoscimento ed alla verifica che le finalità dell'ente venissero raggiunte;

ma le garanzie che tali finalità fossero effettivamente raggiunte erano, ahimé, estremamente scarse. Per l'attività che ho svolto in questi ultimi anni, mi sono trovato essere componente o comunque collegato ad una serie di fondazioni. Ho potuto verificare che l'impegno per il raggiungimento delle finalità dell'ente era decisamente sotto tono. " stata la sensazione dominante soprattutto con riguardo alle fondazioni che derivano da una devoluzione ereditaria: neppure le famiglie (quando esistono) si occupano in modo significativo del raggiungimento o meno delle finalità collegate a patrimoni anche significativi.

Si legge che mentre l'associazione ha organi per così dire dominanti, nel senso che essi definiscono gli scopi ed il governo dell'associazione, le fondazioni dovrebbero avere organi serventi posto che esiste una finalità da perseguire e quindi lo spazio per agire autonomamente è relativamente ridotto. Invero, la realtà è tutta da verificare, perché spesso non è affatto così: non di rado le fondazioni hanno un ruolo tutt'altro che servente, e non di rado le finalità da perseguire dell'ente vengono poste in un secondo piano rispetto ad altre ben più redditizie attività. Ciò induce a concordare con quanti auspicano la necessità di dotarsi di una legislazione di garanzia, di vincolo, che non consenta a queste strutture di basarsi su una piena autoreferenzialità. Le amministrazioni delle fondazioni in Italia sono i soli arbitri della gestione, talvolta nomi-

nati a vita, e non conoscono vincoli: è quindi un settore nel quale un intervento legislativo è assolutamente necessario. Occorre stabilire il significato, le condizioni alle quali è possibile per una fondazione svolgere attività di impresa diretta; ciò può avvenire se una fondazione con finalità scientifiche crea, ad esempio, una casa editrice od altre attività imprenditoriali dirette ad accaparrare il denaro necessario per poter raggiungere gli scopi della fondazione stessa, ma nulla più. Si prendano le fondazioni bancarie, delle quali si parla tanto perché rappresentano un'esperienza largamente diffusa nel territorio nazionale. Esse sono economicamente potenti e fortemente soggette ad attentati e a sollecitazioni da varie parti. Una grande fondazione bancaria si trova ad avere un compito di gestione del proprio patrimonio che non può essere affidato allo stesso organo che svolge l'attività di erogazione. Questo era già vero quando ad esempio le casse di risparmio svolgevano attività di impresa bancaria e contestualmente erogavano con il contagocce (almeno nella Regione Emilia Romagna) i fondi per i fini pubblici indicati nello statuto. Oggi, il discorso diviene ancora più rilevante: nel momento in cui tali enti dovranno dismettere le proprie partecipazioni, quale che sia la quota percentuale, essi diventeranno titolari di mezzi finanziari relevantissimi. Chi gestirà questi fondi?

In realtà, alla base del discorso sussiste un problema

di mancanza di professionalità, di un profilo morale: manca l'attitudine a gestire attività ad interesse collettivo con l'intento di rendere un servizio alla collettività senza conseguire per sé o per altri determinati benefici. C'è in realtà un problema di professionalità nella scelta degli amministratori, e probabilmente un problema di divisioni di competenze, soprattutto con riferimento a quelle fondazioni che per potere e dimensioni sono delle vere e proprie holding. Nasce la questione del necessario collegamento con la società, che può esprimersi attraverso le scelte dei soci o degli amministratori. C'è anche un problema di assenza di condizionamento o di eccessi di rapporti con la politica, perché il sistema ha mostrato grandissimi limiti (almeno nella fase immediatamente precedente quella attuale) per il connubio, la contaminazione fortissima che c'era con la politica.

Pur tuttavia, non occorre censurare in toto l'esperienza delle fondazioni bancarie, enti che, in questo momento, sono oggetto di una riforma che può rivelarsi costruttiva. Le censure che possono essere mosse sono moltissime, prima fra tutte il fatto che esse siano strutture caratterizzate da cospicui patrimoni governate e controllate senza correre alcun rischio di impresa. Questi enti spesso subiscono l'attacco degli enti locali che ambiscono a possedere una partecipazione. A tal fine, va sottolineato che le fondazioni ove gli enti territoriali sono rappresentati

hanno svolto un ruolo tutto sommato positivo: teatri, assistenza, realizzazioni di case protette, orientamento dei giovani, erano funzioni che gli enti locali, soprattutto quelli definiti avanzati, rivendicavano gelosamente come loro prerogative essenziali.

Ora, tali attività divengono delegabili ad altri soggetti. “ stato un mutamento rapidissimo che ha cagionato un nuovo stravolgimento nel mondo delle fondazioni. Si passa dalla pubblicizzazione, mediante statalizzazione strisciante dell’epoca precedente, ad una pubblicizzazione attraverso municipalizzazioni: il tentativo è quello di inserire nelle assemblee delle fondazioni casse di risparmio, una componente maggioritaria che sia eletta da strutture che fanno capo agli enti locali. Così facendo, si stravolge il ruolo di questi enti: ben diverso è il modo di perseguire interessi collettivi nelle strutture che nascono dai privati attraverso il loro accordo, il loro impegno e le loro intuizioni, rispetto alle strutture che hanno il compito di perseguire interessi collettivi definiti dalla legge perché sono ‘enti pubblici’. Si tratta di una forma di commistione che deve assolutamente essere respinta. Tornando alle fondazioni bancarie, un utile spunto può essere tratto dalla regola esistente per le fondazioni in diritto americano, che prevede che detti enti non possano possedere una partecipazione superiore al 20% in una società commerciale. La regola appare estremamente opportuna, posto che il vero male delle

fondazioni bancarie è dato dal fatto che le medesime sono abituate a gestire capitali ed attività direttamente, assumendo così una veste diversa dalle altre fondazioni e divenendo così un caso a sé stante. Non si tratta affatto di un eccesso di gestione; il fatto è che possedendo esse la larga maggioranza azionaria delle società bancarie operative sul mercato, nel tempo si è venuta creando una identificazione nelle persone che occupavano i posti chiave della dirigenza: perché gli amministratori della banca vengono nominati soci della cassa. La lotta in queste strutture spesso si concreta nel tentativo da parte del consiglio di amministrazione della fondazione a partecipare al consiglio della banca. La fondazione è dunque incapace di rivendicare i suoi diritti e richiamare a una gestione più oculata, più economica, meno rischiosa o semplicemente richiedere più danaro.

Il vero problema, oggi, è che le fondazioni, soffocate dallo Stato prima e in via di futuro soffocamento (forse) da parte degli enti locali, sono nella massima parte dei casi controllate dalle banche che esse stesse dovrebbero controllare. Chi in realtà si oppone con più forza agli sforzi legislativi non sono tanto i componenti dei consigli di amministrazione delle fondazioni, ma i soci delle fondazioni stesse che attraverso tale ente sono diventati amministratori delle banche. Il serpente si mangia la coda in un circuito divenuto via via più perverso.

MAGISTRATURA

Giudiziario, potere “neutro”

Giovanni Bogneri

Vorrei chiarire in che senso il potere giudiziario può e dovrebbe essere un “potere neutro”, e vorrei farlo fuori da ogni polemica politica legata a circostanze contingenti ed esclusivamente ai fini di una corretta impostazione teorico culturale del discorso.

Conviene subito precisare che oggi il potere giudiziario non può più essere “neutro” alla maniera che si auspicava nel quadro della classica divisione liberale

dei poteri, quella di Montesquieu. In quel quadro, il giudice doveva essere il semplice, fedele “portavoce della legge” “la “bouche de la loi”): di una legge a lui pre-data, che egli doveva limitarsi a “conoscere” nel suo contenuto e ad applicarla meccanicamente ai fatti del caso sotto giudiziario. Questo ideale del giudice puro veicolo della volontà legislativa non era patrimonio del solo liberalismo giuridico europeo: lo troviamo espresso anche in America, nelle sentenze della Corte Suprema ottocentesca e del suo grande capo, John Marshall. Era un ideale non mai realizzabile per intero, ma non del tutto incongruo in ordinamenti che, effettuata la codificazione del diritto (sul continente europeo) e il consolidamento della *Common Law* (in Inghilterra e in America), restringevano al minimo l’incidenza della legislazione speciale nuova: cossicché il diritto poteva davvero apparire al giudice un sistema normativo precostituito, compatto e stabile, e chi lo applicava un operatore non chiamato a compiere scelte discrezionali di integrazione e di adattamento. L’ideale poteva in qualche modo reggere nel contesto di uno stato “minimo” o “astensionista, quale era lo stato liberale dell’Ottocento. E’ diventato francamente anacronistico in presenza dello stato “interventista” del nostro secolo, che sforna quotidianamente e a valanga norme su norme e dà vita a un diritto rassomigliante piuttosto a un grande fiume in perenne, rapido movimento. Qui l’interpre-

te applicatore non può materialmente non essere un accomodatore di flutti che si accavallano in confusione e spesso confliggono tra loro, e nel far ciò non può non compiere scelte a valenza in ultima analisi politica. La “neutralità” sognata da Montesquieu e da Mashall - intesa come rigorosa astensione giudiziale da operazioni di sviluppo discrezionale del diritto - è divenuta macroscopicamente impossibile. Lo è divenuta tanto più perché in tutti gli ordinamenti - salvo quello inglese - sono state in aggiunta adottate Costituzioni scritte ricchissime di formule normative generiche e elastiche, capaci d’esser riempite a volontà di contenuti particolari diversi. E spetta al Giudiziario, in definitiva, scegliere quei contenuti e farne fluire - ai vari livelli e con vari effetti - le conseguenze.

Si può auspicare - come io auspico - che lo stato contemporaneo restringa la sfera dei suoi interventi. Tuttavia, pensare che esso possa nel corso della nostra generazione ritornare alle dimensioni dello stato liberale classico è pura utopia. Per questo io preferisco in genere qualificarmi, più che liberale, “neoliberale”. e per questo il recupero della “neutralità” montesquieniana da parte dei nostri giudici mi pare, al presente, un sogno del tutto fuori portata.

Queste osservazioni sul carattere intrinsecamente “politico” (in senso alto) del diritto giurisprudenziale sviluppato dalla attività giudiziaria possono vale-

re, *mutati mutandis*, anche e in particolare con riguardo alla attività della magistratura indagante e requirente. Non è seriamente sostenibile una interpretazione dell'art. 112 della Costituzione che, facendo perno sulla obbligatorietà della azione penale, voglia far credere che le operazioni dirette a far scattare la repressione penale non siano guidate da valutazioni discrezionali e selettive. Lo sono per necessità, non foss'altro che per la massa enorme delle notizie di reato che si accumulano sui tavoli delle procure, anche in rapporto con la massa enorme delle normative presiediate da sanzione penale al cui rispetto si dovrebbe vegliare.

Alla "neutralità" liberale-classica del giudice (e del magistrato requirente) si deve dunque per forza rinunciare. Ma questa conclusione non vuol dire abbandono totale dell'idea di un giudiziario potere "neutro", nel quadro dell'attuale stato interventista e "sociale".

Intanto, i giudici (e i magistrati indaganti) devono rimanere sicuramente "neutri" di fronte al caso concreto che trattano, nel senso del non lasciarsi influenzare da personali simpatie o antipatie per i soggetti o le situazioni particolari coinvolte nel caso. Al Giudiziario spetta sviluppare, anche con valutazioni di natura storico-politica, l'interpretazione del dato normativo e fare la scelta di una tra le varie strategie possibili di repressione penale. Ma, effettuato lo svi-

luppo interpretativo e la scelta strategica in termini generali, l'indirizzo generale deve poi venir applicato imparzialmente ai singoli casi, senza deviazioni dettate da considerazioni strettamente contingenti o, peggio, da solidarietà o da idiosincrasie partigiane. Questa "neutralità" è essenziale alla preservazione del principio che "la legge è eguale per tutti".

Ma la problematica della neutralità del potere giudiziario ha anche altre, e più delicate e difficili, implicazioni.

In tutto il mondo occidentale si continua giustamente a volere la magistratura - voglio dire quella giudicante - composta da giudici inamovibili e indipendenti, quantunque si sia ormai dappertutto ben consapevoli del carattere intrinsecamente "politico" degli sviluppi che essi imprimono al diritto con la loro giurisprudenza. Senonché, questa consapevolezza genera nei nostri ordinamenti alcuni problemi d'ardua soluzione. E' un principio della democrazia che le norme giuridiche dovrebbero essere fatte da autorità rappresentative, cioè periodicamente soggette alla approvazione, riprovazione del voto popolare. L'efficacia "creativa" della giurisprudenza, sul piano del "diritto vivente", confligge con questo principio, ed entra in manifesta tensione con esso, perché i giudici - si sa - non sono organi rappresentativi secondo la definizione testé data. La giustificazione dell'eccezione che qui si impone al principio demo-

cratico la si trova di solito nella presunzione che i giudici, sottratti all'impatto diretto delle competizioni elettorali politiche, siano meglio capaci di interpretare e far valere esigenze profonde di giustizia razionale, e operino comunque per una "razionalizzazione" complessiva del sistema normativo. Rimane in ogni caso il fatto che tra principio democratico e "politicità" della giurisprudenza v'è ineliminabile tensione.

La tensione assume diverse configurazioni, in diversi ordinamenti e in diversi momenti storici, a seconda dell'atteggiamento prescelto dal Giudiziario. In America si parla di giudici "attivisti" quando le Corti producono giurisprudenza fortemente e incisivamente innovativa, in contrasto con la passività o addirittura la riluttanza e la resistenza di Legislativi democraticamente eletti. Ad alleviare la tensione si suggerisce allora ai giudici di adottare uno stile di prudente *self-restraint*, di ridotto o ridottissimo creatività giurisprudenziale.

Non è questa la sede per discutere - magari con riguardo all'Italia e al presente momento storico - il tema di quale stile convenga alla giurisprudenza nel contesto di una democrazia. Basti dire che in ogni caso il giudice dovrà scegliere il suo stile sapendo di non poter fare politica alla maniera dei politici responsabili davanti al popolo, e di doverla fare in funzione sempre e solo della determinazione di un qua-

dro di principi meditati e coerenti. Piuttosto, la consapevolezza della tensione di cui s'è detta induce a riflettere brevemente sulle conseguenze che essa non può non avere anche sul terreno della composizione e delle strutture istituzionali del potere giudiziario. Qui è il caso di rompere coraggiosamente un tabù troppo a lungo rispettato. Si sono fatte troppo spesso le lodi degli autori del Titolo IV della nostra Costituzione, ispirati nella loro opera da un giurista di altissima statura come Calamandrei. La verità è che Calamandrei - al pari di non pochi altri maestri della sua generazione: penso per esempio a Arturo Carlo Jemolo - viveva nell'illusione che si potesse conservare nella società moderna quell'ideale del giudice meccanico applicatore della legge e della rigorosa certezza del diritto che era stato del liberalismo classico: una illusione particolarmente sorprendente in lui - ma non solo in lui - perché si accompagnava al desiderio di veder realizzato uno stato intensamente interventista, procuratore di "giustizia sociale". Sia come che sia di questa che a me pare una grossa contraddizione, sta di fatto che il titolo IV è tutto o almeno quasi tutto costruito - dall'art. 104 al 112 - sul presupposto di un magistrato che è mero, logico esecutori di norme pre-date, estraneo a qualsiasi compito avente profilature e valenze politiche. Solo così si spiega il sistema adottato per la composizione del Consiglio Superiore della Magistratura,

cui è affidata la funzione del reclutamento, della assegnazione, della promozione e della disciplina dei magistrati. La nettissima prevalenza in esso dei consiglieri eletti dal corpo stesso dei magistrati parte dal presupposto che il magistrato sia solo un tecnico, rigorosamente apolitico, e che le elezioni dei consiglieri e l'esercizio delle funzioni da parte di costoro avverrà sempre ed esclusivamente sulla base di asettiche motivazioni di ordine tecnico. Solo così si spiega il mantenimento della unità del corpo dei magistrati giudicanti e dei magistrati inquirenti e requirenti, trascurandosi la totale diversità delle funzioni cui gli uni e gli altri sono destinati: perché il presupposto è, appunto, che il pronunciare una sentenza e il promuovere le indagini e l'azione penale è in entrambi i casi soltanto una operazione di meccanica applicazione ai fatti di un sistema di norme preesistente e che il magistrato deve solo "mandare ad effetto". E via dicendo.

La grossa sottovalutazione dell'elemento "politico" insito oggi nelle operazioni della Giustizia, quale si riscontra nell'impianto istituzionale voluto dal titolo IV, comporta rischi di vario genere. Comporta in primo luogo il rischio che la magistratura, il cui personale si rinnova in pratica per pura cooptazione, nel reclutamento e nelle carriere, si costituisca vieppiù come un corpo separato dello stato, portatore, assieme a pesanti istanze corporative, di una sua preva-

lente, autonoma linea politica. L'esistenza di una tale linea, nelle prospettive di una postmontesquieniana divisione dei poteri, è inevitabile ed è anche senz'altro accettabile: ma richiede cautele istituzionali che ne temperino la totale separatezza. Per ciò che riguarda il problema della creatività innovativa della giurisprudenza, val la pena di notare che in nessun ordinamento del mondo occidentale i giudici vengono scelti con procedure di pura cooptazione come da noi. Negli ordinamenti anglosassoni i giudici vengono nominati da istanze politiche - in genere dall'Esecutivo, con qualche controllo del Legislativo - Altrove l'incidenza della scelta di istanze politiche è meno diretta, ma in qualche misura non manca mai. E la ragione di ciò è evidente: si vuole che la "politica" della giurisprudenza nasca da un Giudiziario che non ha spezzato completamente il cordone ombelicale con gli orientamenti politici mutevoli e in via di costante evoluzione del corpo elettorale sovrano. Si vuole che il diritto giurisprudenziale sia "neutro" in un modo nuovo: che non rischi cioè di prendere una strada arrogantemente sua, "partigiana", perché non condizionata in alcun modo dalle onde lunghe delle preferenze popolari. I nostri costituenti non furono insensibili a questa esigenza nello scegliere i modi di nomina dei giudici costituzionali - in maggioranza selezionati da organi politici. Si dimenticarono però dell'esigenza quando

disposero del reclutamento e della promozione dei giudici ordinari affidati a un CSM composto nel modo che sappiamo. E' vero che l'interpretazione della Costituzione è più aperta a valutazioni di ordine politico. Ma queste non mancano di certo neppure nell'attività interpretativa della Cassazione, e nell'insieme gli effetti pratici della creatività giudiziale a livello di lettura della legge ordinaria non sono probabilmente minori.

Quanto alle strategie nell'esercizio dell'azione penale è di lampante evidenza che le scelte di procure totalmente indipendenti e responsabili nei confronti di nessuno possono essere in netto contrasto con le prevalenti preoccupazioni di sicurezza e i bisogni di tutela sentiti dalla opinione pubblica. Ed è per questo che nei paesi anglosassoni lo stesso esercizio dell'azione penale è attribuito in genere all'Esecutivo e altrove si prevedono quanto meno possibilità istituzionale di influenza indiretta dall'esterno sulla linea strategica scelta dalle procure in materia di repressione penale.

E' di moda in Italia presso la cultura che chiamerò "di sinistra" elevare al cielo il modello istituzionale voluto del titolo IV, che sarebbe il migliore oggi esistente al mondo per la piena indipendenza che assicura un Giudiziario autonomo. Ho il sospetto che queste lodi siano in realtà dettate da un preciso motivo politico di fondo. Per complesse e radicate cause sociologico-

culturali le inclinazioni politiche dei nostri attuali magistrati, nonché delle prossime leve in arrivo, hanno colore prevalentemente “progressista”. Ne segue un interesse di quella parte a mantenere il corpo della magistratura quanto più separato possibile da rapporti (anche solo per canali istituzionali indiretti) coi poteri politici dello Stato, così da immunizzarlo da possibili riorientamenti futuri verso “destra” dell’elettorato e da garantirsi in permanenza una giurisprudenza e un indirizzo di repressione penale “*politically correct*”. Mi sa che, se le inclinazioni attuali della magistratura fossero invece di colore “moderato” (come erano negli anni Cinquanta e Sessanta) udiremmo quella cultura impartirci solenni lezioni sul carattere profondamente e inaccettabilmente antidemocratico di una giurisprudenza e di una linea di repressione penale provenienti da una magistratura “corpo separato”. Il giusto sta invece nel mezzo. La divisione dei poteri adatta agli ordinamenti odierni più o meno “interventisti” accetta, entro certi limiti, la integrazione-correzione “politica” fatta dal Giudiziario degli indirizzi stabiliti dalle leggi del Parlamento, e vuole un Giudiziario di massima indipendente - almeno di certo quello giudicante -. Ma si preoccupa anche che i metodi di selezione e promozione dei giudici permettano alle evoluzioni dell’elettorato e all’alternarsi delle sue tendenze di farsi in certa misura sentire nella composizione del Potere

giudiziario, così da impedire che la sua azione si discosti troppo nel lungo corso dagli andamenti dell'opinione pubblica.

Mi fermo qui e non mi avventuro a suggerire come nei particolari il Titolo IV andrebbe riformato. Anche perché il Titolo IV è indubbiamente in sé mal concepito e inadatto ai tempi, ma proporre riforme implicherebbe calcolare in che maniera i principi prima sommariamente enunciati dovrebbero calarsi nel contesto della presente realtà italiana e delle sue peculiarità. E a quel punto sopravverrebbero considerazioni sconsolate e dubbi d'ogni genere. La nostra classe politica, nel suo insieme, è di modesta qualità, e in nessuna sua frazione appare sicuramente pervasa da una cultura genuina dello "stato di diritto" (sia pur nel concetto adattato alle circostanze dell'interventismo contemporaneo): per cui si esita ad affidarle un ruolo più ampio nella organizzazione degli apparati di giustizia. La magistratura italiana è ormai divisa in associazioni di parte, tra loro talvolta litiganti, che, quantunque lo si neghi vigorosamente, non possono non condizionare sottilmente le attività dei loro membri introducendovi elementi di inevitabile faziosità. Il frazionismo associato e la congiunta "politica politicante", che hanno in buona parte pervaso le strutture della magistratura, sono il naturale prodotto del sistema che vuole i membri del CSM eletti dagli stessi magistrati. La riforma

dovrebbe cominciare da lì: ma il sistema ha piantato in quel settore radici così forti che è persino inutile provare a prospettare modificazioni in proposito. Nel mare di incertezze e di dubbi, vi sono tuttavia almeno due punti per i quali, nonostante tutto, mi sentirei di spendere una parola. Bisognerebbe fare ogni sforzo per separare nettamente le carriere dei magistrati-giudici e dei procuratori della repubblica. Non estenderei a questi ultimi - come invece la Bicamerale ha proposto - il principio dell'articolo 101 della esclusiva soggezione alla legge. Gli uffici delle procure debbono potersi organizzare, per ragioni di efficienza, anche in base a criteri di gerarchia.

Indipendenza della magistratura e sindacalismo giudiziario

Carlo Guarnieri

Non è facile intervenire dopo il professor Bognetti perché molte delle cose dette dal prof. Bognetti mi trovano ampiamente consenziente. D'altra parte cercherò quindi di glossare, di aggiungere qualcosa toccando qualche tema che è stato solo accennato in precedenza e magari soffermandomi un po' di più sull'Italia. Indubbiamente, il caso dell'Italia, anche se rientra nei regimi liberal-democratici, presenta anche qualche peculiarità. Un indizio può esserci dato da un dato recente come un sondaggio dell'Euro-barometro che ci mette come paese all'interno dell'Unione Europea con il minor grado di soddisfazione per il servizio giustizia; abbiamo solamente l'8% degli intervistati che rispondono di essere soddisfatti dell'amministrazione della giustizia in Italia. Tutti gli altri paesi si collocano un pochino meglio, con i paesi nordici che risultano avere poi le percentuali più elevate.

Il punto su cui vorrei soffermarmi fa riferimento al titolo di questo convegno "I poteri neutri". Riflettendo su che cosa possa significare oggi neutralità, in-

dubbiamente bisogna partire dal dato di fatto che il professor Bognetti prima ha sottolineato cioè il fatto che ormai la funzione giudiziaria non può più essere considerata una funzione di tipo meccanico-esecutivo, nel senso che le trasformazioni di lungo periodo dei nostri assetti politici rendono questa visione così poco corrispondente alla realtà da non essere praticamente di nessun aiuto. Detto questo, esiste un elemento che distingue in maniera caratteristica la funzione giudiziaria rispetto ad altre funzioni ed è quella che io chiamerei più che neutralità, terzietà o imparzialità come appunto estraneità e apparenza di estraneità rispetto alle concrete parti in gioco. Ricordiamoci che anche tutta l'antropologia giuridica ci insegna come l'imparzialità sia un elemento fondamentale, soprattutto l'apparenza di imparzialità, per assicurare un'efficace e pacifica risoluzione della controversia. Comunque, al di là delle trasformazioni che abbiamo visto hanno interessato i nostri paesi, il problema italiano, è un po' la discrasia fra l'assetto della nostra magistratura così come è presente nella Costituzione e le trasformazioni che si sono verificate in questi anni, in parte anche dovute proprio al tipo di regime politico che si è affermato in questi 50 anni. In altre parole, noi abbiamo ancora una magistratura, sia nella Costituzione sia in tutte le norme che regolano il suo assetto, di tipo burocratico, costruita come un corpo di funzionari della pub-

blica amministrazione, funzionari dotati di uno status particolare e di garanzie particolari, nel caso italiano di garanzie molto forti, ma sostanzialmente reclutati su base tecnica. Questo era un assetto che poteva andare bene fin quando la magistratura ha potuto essere rappresentata come un non potere cioè come un corpo chiamato a svolgere funzioni di tipo esecutivo. La realtà, come voi sapete oggi è diversa, non solo perché le funzioni, il carattere della funzione giudiziaria è cambiato, ma anche perché negli ultimi quarant'anni l'assetto della magistratura è stato fortemente trasformato. A partire dal '59 il vecchio legame fra magistratura e governo, fra magistratura ed esecutivo è stato sostanzialmente distrutto. Nello stesso tempo si è cancellato il vecchio assetto gerarchico, il vecchio assetto per cui il magistrato entrava giovane all'interno di un corpo e poi seguiva una carriera con valutazioni ad opera di superiori gerarchici, che appunto dovevano valutare le capacità professionali del magistrato. Anche questo elemento è stato sostanzialmente cancellato e oggi ci troviamo di fronte a una situazione in cui un corpo di magistrati, sempre reclutato nel modo in cui dicevo prima, si auto-amministra attraverso un Consiglio Superiore della Magistratura i cui due terzi sono eletti direttamente dai magistrati. Questo ha portato a una serie di conseguenze, che io credo vanno ricordate: innanzitutto un declino delle capacità professionali, perché

non ci sono più gli strumenti del controllo gerarchico, per quanto discutibili, e non sono di fatto presenti altre forme di valutazione che non siano quelle del concorso iniziale che si fa di solito dopo la laurea in giurisprudenza. Non solo ma la stessa cultura giudiziaria dei nostri magistrati risulta carente; abbiamo dei magistrati che si trovano a dover svolgere funzioni sempre più complesse, sempre meno caratterizzate in senso tecnico-giuridico, con una cultura che tutto sommato è quella che viene loro dalle tradizionali facoltà di giurisprudenza dove il corso di studi è bene o male un corso di studi di tipo tecnico-giuridico. C'è quindi una discrasia fra cultura giudiziaria e nuove funzioni giudiziarie. Infine, e qui il riferimento è al titolo di questo convegno, la stessa imparzialità del giudice è fortemente a rischio.

Lo sviluppo di quello che possiamo chiamare un "sindacalismo giudiziario", soprattutto favorito dalla legge elettorale del Consiglio Superiore è indubbiamente un elemento che mette a rischio l'apparenza di imparzialità del giudice. Bisogna tener conto che oggi non esiste più la vecchia tradizionale carriera giudiziaria ma esistono sempre delle promozioni, esistono delle assegnazioni a funzioni superiori, esistono dei procedimenti disciplinari, esistono tutta una serie di sanzioni positive o negative che possono interessare il magistrato. E da chi vengono amministrare? Da un organo appunto per due terzi eletto direttamente dai

magistrati con una legge elettorale oltre tutto molto politica, scrutinio di lista, molto simile a quella con cui si eleggevano tempo fa i consigli comunali nel nostro paese, e chiaramente, le assegnazioni quindi le promozioni, le decisioni disciplinari sono o comunque possono apparire, al di là della sostanza, come dettate da schieramenti, da logiche di schieramento. Oltre tutto, il fatto che i componenti laici, cioè un terzo, un terzo dei componenti del Consiglio Superiore della magistratura sia eletto direttamente dal Parlamento su designazione dei gruppi politici non facilita ovviamente le cose, anzi semmai le complica ulteriormente.

Esiste poi anche il problema del pubblico ministero, cui finora non ho fatto cenno. Il pubblico ministero almeno in un quadro processuale normale, un quadro processuale triadico cui gli attori siano tre, non è imparziale, è parte, che poi sia parte pubblica e debba comportarsi con correttezza o se vogliamo usare il termine ma con un significato diverso da quello del giudice, con imparzialità. Il punto è che non agisca in modo partigiano, come diceva prima Bognetti, che non faccia prevalere le proprie simpatie nella gestione dei singoli casi. Comunque il pubblico ministero è parte. Il fatto che nel nostro ordinamento, lo stesso corpo di magistrati svolga funzioni sia di pubblico ministero sia di giudice certo non aiuta, complica ulteriormente le cose, mette a rischio l'immagine di

imparzialità del giudice e alla fine mette a rischio, danneggia, la stessa immagine del pubblico ministero, le cui capacità professionali sembrano dipendere spesso dal suo collegamento con il giudice, dalla sua capacità di influire sul giudice. Oltre tutto questo può anche creare situazioni molto antipatiche, qualche volta segnalate, per esempio nel caso in cui un pubblico ministero che svolge un ruolo molto importante all'interno dell'associazione nazionale magistrati o che svolge un ruolo importante all'interno di qualche corrente si trova di fronte ad un giudice che un domani potrebbe essere interessato ad una decisione del Consiglio Superiore. Qui abbiamo un caso classico in cui l'imparzialità del terzo giudicante è diciamo danneggiata dalla presenza di un pubblico ministero di questo tipo. Sono casi magari rari ma che si verificano e sicuramente non fanno bene. Quindi, la situazione attuale è molto seria per varie ragioni e se non altro perché compromette l'immagine di imparzialità della nostra magistratura.

Le prospettive sono ovviamente molto difficili, sono forse più pessimista del professor Bognetti. Le forze a favore di un riequilibrio sono molto deboli. Il sindacalismo giudiziario ha sviluppato una fortissima capacità di pressione, anche perché oserei dire, e qui forse i miei occhi sono un po' diversi, non sono giurista, c'è una specie di meccanismo di autoselezione all'interno della magistratura per cui i migliori poi diventano i

capi delle correnti, i capi del sindacalismo. Perciò, i sindacalisti più importanti sembrano in realtà le persone più ambiziose e più intellettualmente dotate e questo è un ulteriore elemento che induce ad essere pessimisti, perché chiaramente la capacità di pressione dell'associazione nazionale dei magistrati è fortissima: ci sono legami trasversali con i partiti, più o meno con tutti i partiti, anche se qualche partito è più sfortunato di altri. Tutti i partiti hanno legami e questo è anche ovvio visto che la magistratura è un potere, conta ed è quindi importante averci dei legami. C'è tutta una rete di legami che lega la magistratura ai partiti in modo complesso e, lo vorrei sottolineare, non in quel modo semplicistico con cui il fenomeno viene presentato spesso dalla stampa per cui o i magistrati dettano ai politici o i politici dettano ai magistrati cosa fare. Siamo di fronte invece a due poteri che si incontrano, si intrecciano, scambiano e poi magari alla fine trovano anche qualche accordo. Quindi bisognerebbe superare l'opposizione di chi ha ovviamente un interesse costituito a questo assetto e che è oggi in una posizione di forza. Se si vuole far sì che almeno il nostro assetto risponda meglio a quelli che sono i dettati del liberalismo costituzionale, che sono appunto di una tensione fra principio democratico e indipendenza della magistratura che però accetta di salvaguardare questi due principi senza privilegiarne nessuno dei due e soprattutto cercando di costruire un

sistema di garanzie, un sistema in cui il giudice appunto possa agire da giudice imparziale, le linee di sviluppo sono complesse ma ci sono. Certo c'è il problema del pubblico ministero, della separazione fra pubblico ministero e giudice, che deve essere separazione di ordinamenti più che separazione di carriere, dato che credo ci sia bisogno di creare comunanza di valori e di percorsi professionali fra tutti gli attori del processo, quindi avvocati, giudici e pubblici ministeri, ma di rendere invece i giudici indipendenti dai pubblici ministeri, almeno a livello di ordinamento. Semmai, deve essere il pubblico ministero a essere collocato in una posizione di leggera soggezione nei confronti del giudice piuttosto che viceversa. Quindi nel costruire gli organi di autogoverno bisogna ricordare che il giudice deve essere collocato su un gradino semmai più elevato rispetto alle parti e quindi rispetto al pubblico ministero. L'altro aspetto molto importante è quello della formazione. Va riformata la formazione dei nostri giudici, cercando di renderla migliore, più accurata. Probabilmente può andare anche questa riforma che è stata varata di recente, non è sufficiente ma va nella direzione giusta. La formazione del magistrato deve essere però una formazione più ampia, non deve essere limitata alle tradizionali materie tecnico-giuridiche, proprio perché la funzione giudiziaria ormai è una funzione che ha assunto connotati più ampi. Credo, forse, ingenuamente, che un'e-

spansione delle conoscenze del magistrato possa favorire nel giudice, nello stesso pubblico ministero, una certa autolimitazione. Mi sembra che spesso molti degli interventi dei giudici, dei pubblici ministeri che sollevano perplessità siano anche dovuti a una concezione molto rozza dei fenomeni sociali, politici. Spiegar loro che i processi politici e sociali sono molto più complicati potrebbe favorire un atteggiamento di self-restraint. Forse è un'illusione ma comunque su questo credo che sia opportuno lavorare.

Infine, un punto importante: è importante costruire un legame più forte con le altre professioni legali. Questo è un po' l'insegnamento che ci viene dagli altri paesi, da tutti i paesi democratici in cui la magistratura svolge un ruolo politico importante.

L'indipendenza della magistratura è, come si ricordava prima, una indipendenza che prevede delle forme di raccordo o un legame flessibile con la politica, ma molto spesso questa indipendenza-dipendenza è mediata da un legame molto forte con le professioni giuridiche. E' questo l'insegnamento che ci viene dal mondo anglosassone, ma non solo, e credo che questo sia un elemento importante: la presenza di un legame più forte con le altre professioni legali favorendo forme di reclutamento laterale, forme di immissione di magistrati a metà della carriera giudiziaria, con uno smantellamento progressivo della carriera, perché se vogliamo salvaguardare l'indipendenza del giudice

dobbiamo sceglierlo con accuratezza e poi liberarlo dalle preoccupazioni della carriera.

E' chiaro che tutte queste misure richiedono un drastico riassetto del Consiglio Superiore della magistratura: meno rappresentanti della corporazione dei giudici, forse anche meno rappresentanti della classe politica, più rappresentanti delle professioni legali, più rappresentanti della società. Certo, questo è un obiettivo molto difficile perché da questo punto di vista l'esperienza della Bicamerale non è stata positiva. Abbiamo visto come, da un lato l'Associazione nazionale magistrati si sia arroccata in difesa dell'assetto esistente e, dall'altro, la classe politica fosse interessata solamente ad aumentare dal 33% al 40% la quota dei propri rappresentanti. Sicuramente questo esito della Bicamerale non è motivo di soddisfazione, ma le linee di riforma mi sembrano quelle che ho detto. Non credo che sul breve periodo ci saranno mutamenti di tipo positivo, credo però che proprio per questo motivo sia importante continuare a predicare, magari nel deserto.

AUTHORITIES

Le autorità indipendenti tra amministrazione e neutralità

Vincenzo Caianiello

1. L'introduzione nel nostro ordinamento di organismi che sono stati di volta in volta definiti: amministrazioni indipendenti, autorità indipendenti, *Authority*, autorità regolatorie, garanti, ha posto problemi non solo definitivi, ma soprattutto di collocazione degli organismi stessi nell'ambito della organizzazione dei pubblici poteri e di qualificazione delle

relative funzioni.

Problemi questi ultimi che non rispondono soltanto ad esigenze classificatorie, ma che si riflettono sul piano concreto sui temi della responsabilità e della giustiziabilità degli atti emanati da tali organi. Sono questi i temi che hanno attirato fino ad oggi per lo più l'attenzione della dottrina giuridica, registrando opinioni contrastanti rispetto alle quali è allo stato difficile prendere decisa posizione.

L'argomento è stato oggetto di attenzione anche al di fuori della dottrina giuridica essendosi talvolta interrogati, anche in sedi istituzionali sulle ragioni del recente proliferare di tali figure, degli emolumenti che vengono previsti per coloro che sono chiamati a rivestire quelle cariche, della possibile inutilità di alcuni di quegli organismi.

Va altresì registrato che in sede di progettata revisione della carta costituzionale, nello schema di riforma licenziato dalla commissione bicamerale istituita con legge costituzionale n. 1 del 1997, era stato introdotto l'articolo 109 il quale prevedeva al primo comma che "Per l'esercizio di funzioni di garanzia o di vigilanza in materia di diritti e libertà garantiti dalla Costituzione la legge può istituire apposite autorità".

Questa progettata previsione, superata al momento dal felice tramonto della bicamerale, aveva fatto porre l'interrogativo sulle ragioni per cui si fosse

avvertita l'esigenza di prevedere in Costituzione la possibilità della istituzione di questi organismi, una volta che, fino ad ora, ciò era stato possibile nonostante la mancanza di ogni previsione a livello costituzionale. E la risposta che si è data all'interrogativo è che siano possibili due spiegazioni: che la norma abbia voluto legittimare la sottrazione delle Autorità, quali organi amministrativi, dall'ambito governativo e/o la sottrazione dei loro atti in tutto o in parte dal sindacato giurisdizionale. Insomma una autorizzazione data al legislatore ordinario di sciogliere i due principali problemi che, come si vedrà, si presentano in ordine all'argomento.

La disegmata previsione aveva anche suggerito, di fronte alla diversa tipologia delle Autorità, di porre all'attenzione una possibile diversificazione fra esse, essendo stato presentato un emendamento diretto a distinguere due categorie: quella delle Autorità garanti di diritti e di libertà, quella delle Autorità aventi compiti di vigilanza in ordine ad attività economiche.

La vicenda di cui ci occupiamo ha avuto inizio nel nostro Paese circa un quarto di secolo fa, quando fu istituita con d.l. 8 aprile 1974 n. 95, convertito in legge 7 giugno 1974 n. 216, la *Commissione nazionale per le società e la borsa* (CONSOB) Chi scrive fu il primo ad esaminare all'epoca le caratteristiche dal punto di vista dei profili pubblicistici,

ponendosi subito il problema del coordinamento di questa nuova forma di “amministrazione” con quelle tradizionali e cercando di individuare la sua posizione istituzionale, nonché l’ambito e i limiti della sua autonomia nei confronti del Governo. Come si avvertì fin da allora ciò che appariva con immediatezza come elemento distintivo di quella nuova figura soggettiva di natura pubblica, rispetto alle amministrazioni tradizionali, erano gli speciali requisiti da possedersi dalle persone che dovevano essere chiamate a comporre la Commissione in parola e particolarmente quello dell’indipendenza.

La legge istitutiva della CONSOB risentiva ancora della tradizione del nostro ordinamento il quale, al di fuori degli organi di rilevanza costituzionale, quali il Consiglio di Stato, la Corte dei Conti, il Consiglio Superiore della Magistratura, relativamente ai quali la forma di *indipendenza* dal Governo è esplicitamente affermata dalla Costituzione, non sembrava tollerare “fuoriuscite” di organi - non inquadrabili fra quelli legislativi e giurisdizionali - dall’ambito tanto dello “*Stato amministrazione*”, considerato come “*persona*” titolare di interessi pubblici concreti, quanto degli enti pubblici tradizionali, territoriali e non territoriali, titolari anch’essi di interessi pubblici alla cui cura sono preposti dall’ordinamento. Ecco perché dall’esame della legge istitutiva della CONSOB, condotto all’epo-

ca, non poteva essere colta l'idea di "autorità indipendente" come si è andata via via sviluppando fino ad oggi. Si ritenne perciò che l'organo allora appena istituito (e che oggi viene considerato il capostipite, nel nostro ordinamento, della serie delle autorità indipendenti c.d. di seconda generazione) potesse inquadarsi nell'ambito dell'organizzazione amministrativa dello Stato-persona e quindi sottoposto alla potestà di indirizzo politico-amministrativo del Governo.

2. La copiosa dottrina che fino ad ora si è occupata delle autorità indipendenti si è posta l'interrogativo sulle ragioni che hanno spinto ad attribuire funzioni che un tempo si sarebbero definite "amministrative" a figure estranee al "potere esecutivo". Ciò, nonostante che, secondo quanto emerge dagli art. 97 e 98 della Costituzione, il nostro ordinamento amministrativo si ispiri tendenzialmente al principio della separazione dell'amministrazione dalla politica, con una caratterizzazione cioè della prima che ben avrebbe potuto ritenersi sufficiente per far attribuire le funzioni in discorso all'organizzazione amministrativa tradizionale.

In base al disegno costituzionale come sopra ricordato, l'amministrazione, ancorché inquadrata nell'esecutivo, dovrebbe essere organizzata secondo forme sufficienti ad assicurare quel grado di imparzialità che, in via di principio, dovrebbe consentire

di affidarle compiti un tempo considerati *lato sensu* amministrativi, che invece sono stati dislocati presso organismi nuovi, quali appunto le autorità indipendenti. Tra coloro che si sono soffermati sul problema della estraneità delle Autorità dall'ambito dell'esecutivo va segnalata la posizione di quella dottrina che sembra prendere atto del fenomeno, limitandosi a considerarlo come manifestazione della crisi del principio dell'unità dello Stato cui è conseguita la frammentazione dei poteri pubblici. Una presa d'atto accompagnata tuttavia dalla consapevolezza delle problematiche e degli inconvenienti che il fenomeno incontra.

Tutte problematiche queste che, per detta dottrina, pongono in luce vari inconvenienti dipendenti dalla errata catalogazione dei nuovi organismi tra i poteri amministrativi, là dove, si sostiene, "essi fanno parte del diritto costituzionale e rappresentano storicamente una alternativa al governo economico costituito dalla pianificazione". Un potere statale, perciò, che dovrebbe essere collocato non a livello amministrativo, ma costituzionale, connaturato alla economia di mercato che, per sua natura, si gioca tra soggetti uguali, sul piano della concorrenza "regolata". La costruzione non è condivisa da chi, occupandosi in modo specifico della Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità in materia di energia, (ma il discorso sembra investire, *mutatis mutandis*, tutte

le autorità indipendenti), sostiene che detta autorità avrebbe in primo luogo *una responsabilità di amministrazione settoriale* cui si aggiungerebbe la *funzione di garanzia* degli interessi degli utenti. Funzioni, dunque, riconducibili alla amministrazione, ma che sarebbero sottratte alla organizzazione amministrativa - tradizionalmente inquadrata nell'esecutivo - per varie ragioni, ed esattamente: per quel che riguarda le funzioni di amministrazione in senso proprio, per soddisfare esigenze di carattere tecnico organizzativo, mentre per quel che riguarda la funzione di garanzia degli interessi degli utenti, per evitare ogni forma di condizionamento politico sulle sue determinazioni.

Altra dottrina ancora si è invece posta alla ricerca delle ragioni che hanno dato luogo alla nuova tendenza ritenendo di individuarle: a) nell'esigenza di un particolare tecnicismo e specializzazione non riscontrabili nelle amministrazioni tradizionali; b) nella tendenza di alcuni settori economici all'auto-sufficienza e quindi a gestirsi autonomamente; c) nella ricerca di organizzazioni dotate non solo di competenza specialistica, ma anche di imparzialità necessaria, tale da assicurare le migliori garanzie per gli interessi di categorie di soggetti (utenti, consumatori destinatari dell'informazione) esposti all'uso di penetranti poteri forti. Una funzione del genere, si è perciò sostenuto, deve essere libera da

condizionamenti da parte del potere politico, delle burocrazie amministrative e dei gruppi privati, al fine di preservare i cittadini dagli abusi possibili da parte di una posizione dominante.

3. Se ci si sofferma sulla nozione di neutralità intesa come indifferenza rispetto agli interessi in gioco, ci si accorge che si tratta di un connotato incompatibile con l'idea di amministrazione in senso tradizionale, perché questa, per sua natura, lungi dall'essere neutrale rispetto agli interessi intersecati dalla sua attività, è impegnata istituzionalmente alla realizzazione degli interessi pubblici affidati alla sua cura, e quindi è parte interessata rispetto ad essi. Vi è dunque una profonda distinzione tra le nozioni di imparzialità e di neutralità, anche se non di rado i due termini vengono adoperati promiscuamente per esprimere concetti fra loro diversi. Solo chiarendo il significato dei due termini si può comprendere perché l'imparzialità è, in base alla Costituzione, predicato (anche) dell'Amministrazione, mentre è incompatibile con quest'idea della neutralità. Quest'ultimo vocabolo esprime indifferenza dell'organo che agisce rispetto agli interessi in gioco, mentre con imparzialità si vuol fare riferimento all'esigenza di comportarsi nei confronti di tutti i soggetti destinatari dell'azione amministrativa senza discriminazioni arbitrarie. Questo significa che mentre neutralità ed imparzialità sono predicati

della giurisdizione, solo l'imparzialità è predicato dell'amministrazione. Le esigenze dell'imparzialità e del tecnicismo appaiono dunque inadeguate a giustificare di per se stesse la creazione delle autorità indipendenti, perché anche l'amministrazione in senso tradizionale potrebbe soddisfare quelle esigenze, se opportunamente potenziata sotto entrambi questi profili. La ragione che appare invece idonea a giustificare la creazione di queste nuove figure è che ad esse sono state attribuite funzioni "neutrali", essenzialmente regolatorie di tutti gli interessi sui quali interferiscono e quindi anche di quelli compresi nell'orbita pubblica, senza alcun condizionamento politico che potrebbe portare a preferire, nel libero gioco tra essi, gli uni o gli altri.

4. Per chiarire il senso delle trasformazioni del sistema dei poteri pubblici di fronte al quale ci si viene a trovare in conseguenza della istituzione delle autorità indipendenti, sembra utile una ricognizione di qualche figura precedente alla serie inaugurata dalla CONSOB. Il paradigma (di "prima generazione") più vicino alle figure che stiamo esaminando è costituito dalle autorità creditizie ed in particolare dalla Banca d'Italia in ragione di alcune sue funzioni che essa ha sempre svolto in posizione di accentuata autonomia rispetto al Governo e che ha fatto di recente definire la sua attività, sia pure con riferimento alle vicende relative alle ristrutturazioni

(legge 30 luglio 1990 n. 218 e D.lgs 20 novembre 1990 n. 356) ed alle privatizzazioni (D.l. 31 maggio 1994 n. 332, convertito con modificazioni con legge 30 luglio 1994 n. 474), come “funzione essenziale di snodo, di valvola di regolazione e di arbitraggio tra i grandi gruppi nazionali e stranieri”.

L’interrogativo diretto a stabilire però se la Banca d’Italia possa considerarsi, in tutto e per tutto, come in una medesima categoria, un’autorità indipendente, a prescindere dalla risposta negativa o positiva che può darsi, schiude un panorama di indagine che è comunque utile per far comprendere l’intero fenomeno dei rapporti dei nuovi organismi con il potere politico.

In dottrina si è osservato come (relativamente a compiti non inquadrabili propriamente in quelli di governo del credito) possano esservi di volta in volta rapporti diversi tra Governo, Tesoro e Banca centrale, per cui secondo qualche autore in base alla disciplina contenuta nel nuovo T.U. del 1993 degli organi d’apice - CICR, Tesoro e Banca d’Italia - la Banca d’Italia potrebbe configurarsi come autorità “quasi indipendente”.

Nella esposizione precedente si è messo in evidenza che elemento caratterizzante le autorità indipendenti è la loro funzione regolatoria nella prospettiva di un arbitraggio degli interessi in gioco nel settore cui ciascuna di esse è preposta. Se le autorità non

fossero “autoreferenti” ma ricevessero direttive dall’esecutivo si tornerebbe alla politica dirigistica con la quale sono incompatibili le autorità indipendenti. Il caso della Banca d’Italia appare dunque del tutto peculiare. L’istituto centrale si presenta perciò certamente in posizione di indipendenza per quel che riguarda il governo della moneta, ma non in posizione di neutralità perché esso esercita funzione di direzione della politica monetaria, sia pur “autoreferente”. Non si presenta, almeno da un punto di vista formale, in posizione di indipendenza dall’esecutivo nell’esercizio della funzione di vigilanza che condivide con un organo politico, il CICR, inquadrato nell’esecutivo.

In conclusione, sotto molti aspetti la posizione della Banca d’Italia è certamente comune a quella propria delle autorità indipendenti, mentre sotto altri profili le sue funzioni, in quanto non sempre separabili da valutazioni politiche (anche se con la sola tecnica può farsi politica), non possono essere considerate “neutrali” rispetto agli interessi in gioco. Tutto ciò dovrebbe portare ad escludere che la Banca d’Italia possa essere intesa come paradigma tipico delle autorità indipendenti.

5. L’esperienza della Banca d’Italia fornisce tuttavia argomenti di riflessione ai fini della presente esposizione, perché costituisce una esperienza “ante litteram” di “indipendenza” (sia pur in una forma del

tutto singolare) dall'esecutivo, sia dal punto di vista organizzativo che da quello funzionale, e come tale ampiamente positiva.

La validità di tale esperienza deve dunque indurre a non considerare aprioristicamente in modo negativo l'affidamento di poteri pubblici ad organi indipendenti dal Governo. E probabilmente anche questa positiva esperienza ha concorso a far guardare con favore la introduzione di altre figure indipendenti, a cominciare dalla CONSOB.

Si deve in proposito ricordare che quando nel 1974 quest'ultima fu istituita si era in pieno regime di economia mista connotato da forti caratteri dirigistici. Ma fu subito avvertito che con la introduzione della nuova figura non si voleva attuare nel campo della economia un nuovo "intervento" inteso nel senso proprio di collegamento della partecipazione e del potere decisionale nella mano pubblica in ordine all'attività economica, pur nella consapevolezza della innegabile influenza, sia pure indiretta, che nel settore dell'economia possono determinare decisioni che riguardano il corso del mercato finanziario.

Con l'istituzione dell'ISVAP, Istituto di Vigilanza sulle Assicurazioni Private (legge 12 agosto 1982 n. 576), del Garante della radiodiffusione e dell'editoria (legge 6 agosto 1990 n. 223, del Difensore Civico (legge 8 giugno 1990 n. 142), con la riforma della CONSOB (legge 4 giugno 1985 n. 281) che ne

ha mutato completamente l'originaria fisionomia da organo ad autonomia particolare in autorità indipendente; con l'istituzione dell'ANTITRUST, autorità garante della concorrenza e del mercato (legge 10 ottobre 1990 n. 287); con la Commissione di garanzia sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali (legge 12 giugno 1990 n. 146), anche se ancora non era maturata l'idea della conversione al mercato, si prende coscienza dell'esistenza di settori, non solo economici, che occorre regolare, non amministrare. Settori in cui gli interessi devono essere lasciati quanto più possibile al libero gioco, nel rispetto di regole comuni da parte di tutti i suoi titolari, siano essi pubblici o privati. A seguito del disegno (sino ad oggi non portato a compimento) di smantellamento delle parassitarie strutture dirigiste che avevano proliferato fin dal regime fascista (anche se le distorsioni più clamorose possono essere registrate a partire da un ventennio a questa parte) e che ha avuto decisivo impulso con la coraggiosa svolta del luglio 1992, si è pervenuti alla istituzione di altre Autorità Indipendenti che hanno fatto ancora di più maturare l'idea della conversione al mercato. Una scelta questa cui si è stati necessariamente costretti dalla nostra collocazione in Europa in quanto la concorrenza costituisce uno dei fondamenti del sistema comunitario. Successivamente sono state istituite: l'Autorità per l'informatica (D.lgs.

12 febbraio 1993, n. 39) l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (legge 11 febbraio 1995, n. 109); l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (legge 14 novembre 1995, n. 481); la Commissione per la vigilanza sui fondi di pensione (legge 8 agosto 1995 n. 335); il Garante per la tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali (legge 31 dicembre 1996, n. 675); l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (legge 31 luglio 1997, n. 249).

Di altre è prevista la istituzione: In materia di volontariato (No profit), trasporti, fondazioni bancarie, bacini idrici.

Quanto più si accentua l'apertura verso la libertà del mercato in settori in precedenza diretti dall'amministrazione, tanto più si riconosce l'esigenza di far rispettare regole volte ad assicurare il massimo della concorrenza che costituisce la precondizione di quella libertà.

I dubbi di costituzionalità che, a Costituzione invariata, possono essere avanzati in relazione alla sottrazione delle autorità indipendenti all'ambito dell'esecutivo potrebbero essere diradati con l'escludere che esse esercitino un'attività amministrativa, intesa come "cura d'interessi pubblici concreti".

Il configurare queste funzioni come diverse da quelle che attengono alla cura concreta di interessi pubblici, potrebbe giustificare il non inquadramento

degli organismi - cui le funzioni stesse vengono attribuite - come organi della pubblica amministrazione, cui è sovraordinato il Governo.

Nel sistema "amministrato" l'interesse pubblico primario del soggetto pubblico preposto a ciascun settore consiste nell'indirizzare verso certi fini tutti gli interessi che confluiscono in esso sino a sacrificare quelli, pubblici o privati, in conflitto con l'interesse pubblico primario del soggetto pubblico incaricato del governo del settore. Il tramonto del mercato amministrato, quando si tratti di settori economici, o comunque di altri settori amministrati, quando non si verta nel campo strettamente economico, in conseguenza di questo nuovo modo di concepire pubblici poteri (che originariamente sarebbero stati amministrativi) dovrebbe comportare il venir meno di corrispondenti poteri amministrativi (intesi come cura di interessi pubblici) preposti alla direzione di ciascun settore.

Ecco perché i compiti affidati alle autorità regolatorie non possono essere concepiti come rivolti a dettare regole in funzione di direzione del mercato (nel quale comprendiamo per comodità di esposizione anche i settori non strettamente economici, come ad esempio quello dell'informazione) perché se così fosse verremmo a ricadere in un sistema "amministrativo", la cui politica, anziché dal Governo, sarebbe dettata da organismi da esso indipendenti,

per cui avremmo un sistema dirigista ispirato da tante “politiche” tra loro disarticolate, quante siano le autorità indipendenti. Funzione regolatoria non può perciò, se non contraddicendo le finalità per cui vengono istituite queste autorità, significare per le ragioni anzidette funzione di regolamentazione, bensì di garanzia per il rispetto delle regole poste dagli organi politici e soltanto in funzione della piena realizzazione della concorrenza.

Dovrebbe perciò fondatamente ritenersi che qualora le leggi istitutive delle autorità in questione dovessero spingersi al di là di questi limiti, si porrebbero seri dubbi di costituzionalità, perché si sarebbe in presenza di funzione amministrativa vera e propria. Tutti gli organi che esercitano una funzione amministrativa non possono essere considerate indipendenti dal Governo, dato che quest’ultimo è politicamente responsabile dell’amministrazione esercitata dagli organi dello Stato.

Quelli che sono stati talvolta definiti come “compiti di indirizzo o di amministrazione” non possono essere considerati come funzioni che comunque implicino scelte *latu sensu* politiche, né discrezionali nel senso di ponderazione di interessi, bensì soltanto come discrezionalità tecnica. Così, ad esempio, la determinazione delle tariffe (quando rientrano nei compiti di una autorità) deve essere effettuata non con il dare precedenza ad un interes-

se rispetto ad altri (discrezionalità amministrativa), ma attraverso la quantificazione di vantaggi mediante regole tecniche. Così ancora le “direttive concernenti la produzione e l’erogazione dei servizi”, devono escludere scelte di policy e nemmeno discrezionali, se non dal punto di vista esclusivamente tecnico.

Il panorama dei poteri e degli interessi nei quali ogni autorità viene a collocarsi, anche se estremamente vario e diversificato, non potrà mai vedersi riconosciuta una dimensione politica. Se la politica del Paese volesse malauguratamente imboccare di nuovo il fallimentare percorso del dirigismo, ostacolando il corso della liberalizzazione che ci è invece imposta dalla nostra scelta europea, non potrebbero essere certo le autorità “indipendenti” a dettare le regole e ad effettuare le scelte politiche e gli indirizzi economici, potendo ciò spettare solo alle istituzioni politiche perché esse sole possono assumersene la responsabilità di fronte al Paese.

6. Gli organismi che, per la loro peculiare connotazione nel quadro dei rapporti con la pubblica amministrazione e con il Governo, vengono definiti “autorità indipendenti” si collocano dunque nel panorama di poteri pubblici come espressione di un rapporto nuovo tra Stato e Società.

Mentre nello schema tradizionale di quel rapporto la composizione degli interessi avveniva mediante il

metodo della “canonizzazione” dell’interesse collettivo, generale o settoriale, nell’interesse pubblico, avente la potenzialità di sacrificare tutti gli altri che risultassero in conflitto con esso, la nuova tendenza si è manifestata anche con la istituzione delle autorità regolatorie, che, svolgendo un ruolo di arbitraggio, devono tendere alla composizione di tutti gli interessi in gioco considerati non più in posizione gerarchica fra di loro ma paritaria.

In questa prospettiva è perciò la stessa nozione di interesse pubblico che viene messa in discussione per far luogo al principio di public interest che viene inteso nell’orientamento europeo e nord-americano come interesse dei consumatori-operatori.

Oggi non si è in grado di stabilire quale sviluppo effettivo potrà avere sul terreno concreto questo nuovo modo d’essere dei poteri pubblici né di immaginare la forza con la quale le burocrazie tradizionali, che non si annidano solo negli apparati dell’amministrazione, intenderanno ostacolare quello sviluppo. In ogni caso di fronte a queste novità l’atteggiamento più saggio è quello né di mostrare eccessivo scetticismo circa la loro bontà a risolvere i tanti problemi del sistema istituzionale e di quello produttivo, né di mostrare eccessivi entusiasmi. Non dobbiamo dimenticare che da noi, come osservava appena qualche anno fa uno degli studiosi più attenti al moderno - con riferimento all’autorità anti-

trust, ma anche qui il discorso vale in generale - la cultura del mercato (cui è connaturata l'idea delle autorità indipendenti) è ancora un piatto di difficile digestione, ciò essendo dimostrato dal fastidio che provoca ogni direttiva comunitaria ed il fatto che il rispetto dei principi della concorrenza sembra essere soltanto uno dei tanti prezzi che siamo costretti a pagare per restare in Europa, da noi dove due generazioni di economisti sono stati formati all'insegna degli incentivi di Stato.

7. Uno sguardo fuori dal nostro Paese rende tuttavia consapevoli che anche in altri ordinamenti esistono organismi che è difficile inquadrare tanto nell'apparato amministrativo quanto in altri apparati. Tuttavia, proprio perché nel dar vita alle nostre Autorità indipendenti si è tenuta particolarmente presente l'esperienza statunitense, ci sembra utile qualche riflessione riferita a quell'ordinamento per comprendere come ivi il fenomeno si sia sviluppato.

Oltre all'apparato che dipende direttamente dal Presidente, Capo dell'esecutivo, quella che da noi è la pubblica amministrazione, corrisponde negli Stati Uniti ad una struttura composta da una serie di entità indicate come Executive Agencies ed è in questa rete che si sono innestate quelle particolari forme di Agenzie, I.R.C. (Independent Regulatory Agencies) - che sono state prese a modello da noi

per dar vita alle Autorità Indipendenti - ivi studiata per attrarre sotto il controllo del Congresso le loro competenze.

Tutte le Agenzie vengono create con la specificazione dei risultati da raggiungere per cui si trovano a svolgere un ruolo riferibile al potere legislativo ed a quello esecutivo, ma anche contenzioso o quasi-giurisdizionale, il che ha spesso riaperto il problema secondo cui il principio della separazione dei poteri sia "imperfectly implemented".

Da quanto precede risulta dunque che le I.R.C. si discostano solo per alcuni peculiari aspetti dalle Agencies e ciò a differenza che da quel che accade da noi in cui esse si presentano in modo del tutto anomalo rispetto al complesso dei nostri apparati amministrativi.

Secondo la dottrina americana le Independent Regulatory Commission si distinguerebbero dalle Executive Agencies, per varie caratteristiche, delle quali però, a ben vedere, molte sono comuni ad entrambe le categorie, per cui l'unico vero criterio distintivo dovrebbe essere soltanto l'impedimento presidenziale a rimuovere i componenti dell'organo collegiale, cioè la commission multimember di vertice, connotandosi in questo modo l'indipendenza.

Le Agenzie indipendenti (I.R.C.) operano così in condizioni di tendenziale libertà dal controllo presidenziale, in quanto i componenti del collegio sono

nominati per un tempo predeterminato, di regola eccedente il mandato presidenziale e sono rimovibili anticipatamente solo per giusta causa (negligenza abuso di ufficio).

Nel difendere le I.R.C. da quegli attacchi diretti a decretarne la soppressione, nel 1938 J. LANDIS rilevava che le relative funzioni non si sarebbero potute riferire ai giudici perché questi non garantivano interventi efficaci in materie così tecniche, per cui esse sarebbero nate appunto come alternativa dell'affidamento al giudice di talune funzioni.

L'indipendenza è assicurata in concreto: a) nella nomina bipartisan e nella collegialità; b) nel periodo predeterminato di durata in carica; c) nella limitazione del potere di rimozione dei membri del board.

Di recente uno studioso statunitense ha espresso l'opinione che, probabilmente, la lunga storia americana di quegli organismi indipendenti, che è iniziata un secolo fa e che ha conosciuto il suo apogeo nel periodo del New Deal, si avvierebbe alla conclusione. Lo strumento di regolazione più efficiente sarebbe soltanto quello di stimolare la concorrenza, un ruolo questo che le independent agencies non sarebbero più in grado di svolgere.

8. Il nostro Paese si apre ora, oltre un secolo dopo da quando l'analoga stagione fu inaugurata nell'ordinamento statunitense, all'idea di organismi regolatori del mercato o di garanzia di interessi che fino

ad ora erano stati attratti nell'orbita della amministrazione, intesa in senso soggettivo ed oggettivo, nel momento in cui in quell'ordinamento vi è chi comincia a dubitare non tanto della loro pervasività (come era avvenuto in passato nel 1937) ma della loro stessa utilità. A questa conversione siamo spinti, per molti settori, come si è già detto, dal passaggio dal mercato amministrato al mercato regolato. A questo passaggio, specie per quel che concerne i settori dominati da monopoli naturali, ci hanno essenzialmente indotto le considerazioni relative al fallimento della public ownership.

Non possono essere d'altronde ignorate le perplessità sollevate da quella dottrina la quale ritiene che se ci si pone in una prospettiva non di mera cognizione del diritto esistente, ma di riassetto del quadro istituzionale, bisognerebbe affrontare il problema dell'inserimento delle autorità indipendenti nel sistema, attraverso l'introduzione di specifiche disposizioni nella Costituzione che le prevedano, ne definiscano i compiti, ne delineino i confini con gli altri poteri dello Stato.

Né possono essere tralasciate le preoccupazioni circa la mancanza di coordinamento fra le varie autorità.

Indipendentemente da questi aspetti, occorre comunque valutare con molta attenzione l'eccessiva dislocazione di pubblici poteri al di fuori di ogni

collegamento, sotto il profilo di politica legislativa, con gli organi politici, preoccupandosi sempre di predisporre misure per evitare che organi concepiti come “indipendenti”, proprio in vista della neutralità delle loro funzioni, possano arrogarsi invece funzioni di direzione o di indirizzo dei relativi settori, cioè funzioni politiche. Ciò con una evidente contraddizione, perché in democrazia nessun organo che sia privo del carattere della rappresentatività può esprimere una politica, per cui non possono concepirsi organi politici autoreferenti e politicamente irresponsabili: no taxation without representation (dove taxation sta per scelte di policy).

9. L'impressione prevalente sul terreno dell'uso non politico dei poteri neutrali da parte delle Autorità indipendenti di nuova generazione, a partire dalla CONSOB sembra essere finora positiva. Fino ad ora, a quanto risulta dalle cronache, esse hanno rifiutato da un uso distorto dei loro poteri “neutrali” - per definizione “non politici” - per perseguire una loro politica e, tanto meno per assecondare o contrastare gli indirizzi di politica generale del Governo.

Ma se dallo specifico argomento di cui ci stiamo occupando volgiamo lo sguardo ad un panorama più ampio nel nostro Paese, un giudizio parimenti positivo non può essere espresso quanto ad altri organi indipendenti di c.d. “prima generazione” che per

certi aspetti sembrano avere utilizzato la posizione di indipendenza, loro assicurata dalla Costituzione proprio per garantirne l'apoliticità, per perseguire invece, al di fuori del circuito democratico, proprie "politiche" alternative o addirittura antagoniste rispetto a quelle dei poteri politici per definizione perché rappresentativi;

Sotto il minimo comune denominatore dell'essere indipendenti, viene in evidenza, primo fra tutti, l'ordine giudiziario la cui autonomia e indipendenza, che è assoluta, lo è certamente nei confronti dei poteri politici; ed è importante parlarne per commentare il tema della "indipendenza" dall'auspicio formulato da parte della dottrina della configurazione, in una prospettiva di riforme istituzionali, delle autorità indipendenti come magistrature tecniche, cioè molto vicine alla giurisdizione.

Qualche esempio tratto dalla più recente esperienza potrà aprire la mente sulla esigenza di guardare con il massimo della cautela al possibile infittirsi della rete di organismi "indipendenti" da ogni altro potere, dato che in alcuni casi quella esperienza ha potuto dimostrare come la posizione di indipendenza che esclude la responsabilità politica ha consentito ad alcuni organi per definizione "autonomi ed indipendenti", l'assunzione di un vero e proprio ruolo politico pur essendo essi privi istituzionalmente di rappresentatività. Si pensi alla funzione di "sup-

plenza” che alcuni magistrati ammettono di essere stati “costretti” ad assolvere (senza mai spiegare chi abbia operato quella costrizione) nella asserita “litanza” di altri poteri politicamente rappresentativi e politicamente responsabili. Le azioni giudiziarie sono previste nel nostro ordinamento per far punire i colpevoli di reati non anche per attuare il ricambio della classe politica, e tantomeno per sostituire ai politici coloro che abbiano strumentalizzato l’azione penale esercitandola, fondatamente e infondatamente, nei loro confronti, in quanto in democrazia quel ricambio deve realizzarsi non plebiscitariamente, ma nei modi previsti dal secondo comma dell’art. 1 della Costituzione. Si consideri ancora la prassi, instauratasi da qualche tempo, del veto, espresso anche in modo chiassoso e plateale, o dell’assenso di magistrati su iniziative legislative; o quella, certamente sconcertante, dell’accreditamento da parte del capo dello Stato di esponenti di associazioni di categoria dei magistrati come veri e propri interlocutori politici del Parlamento e del Governo. Prassi, quelle indicate, certamente contrarie alla dialettica democratica. Un ruolo politico, quindi, quantomeno anomalo per chi è invece chiamato a svolgere funzioni “neutrali” - come appunto quelle del capo dello Stato e della magistratura - delle quali non si può essere chiamato a rispondere politicamente a nessuno. Si pensi ancora ad alcuni

comportamenti del Consiglio superiore della magistratura, organo anch'esso "indipendente" che, essendo autoreferente e quindi politicamente irresponsabile - come il capo dello Stato e la magistratura - ha ritenuto di potersi arrogare un ruolo politico del tutto deviante rispetto alle attribuzioni tassativamente previste dall'art. 105 della Costituzione, facendo così credere di godere di una investitura rappresentativa di tipo politico. Una investitura politica peraltro privilegiata, perché destinata ad incidere sulla funzione giudiziaria che, invece, per Costituzione è, a sua volta, soggetta soltanto alla legge e non può soggiacere a nessun indirizzo né del Parlamento, né del Governo e tantomeno del Consiglio superiore della magistratura, autoreferente. Una confusione di ruoli che non può che creare sconcerto. Si pensi ancora alla Corte dei Conti ed alle tendenze espansionistiche da essa manifestate quando ha cercato di arrogarsi poteri al di là di quanto previsto, finendo con il contrastare dinanzi al giudice dei conflitti, come fosse un contropotere politico, addirittura leggi intese a ricondurla ragionevolmente nei limiti delle sue funzioni, leggi approvate dal Parlamento contro il quale essa ha preteso di rivendicare quei poteri come intangibili, quasi le fossero stati consegnati da Giove in cielo. Sono solo esempi, quelli ricordati, di abuso della posizione di indipendenza, garantita in ragione della

neutralità delle funzioni attribuite a quegli organi (e, come nel caso della magistratura giudicante, di terzietà) che se si moltiplicassero aggiungerebbero confusione a confusione, e che sono indicativi dell'esigenza di affrontare il problema in futuro con il massimo della cautela, per evitare che il proliferare di autorità indipendenti possa degenerare nell'uso politico di funzioni che sono state concepite invece come neutrali. Il possibile accentuarsi di tale paventata tendenza segnerebbe, in economia, la surrettizia reintroduzione di politiche dirigistiche e comunque la dissoluzione della politica nella deriva tecnocratica, la "cupa religione del tecnicismo", per dirla con Carl Schmitt.

10. Il problema che viene sempre più frequentemente riproposto, fino a giungere, a Costituzione invariata, alla presentazione di un disegno di legge da parte del governo, è quello della possibilità di sottrarre o limitare il sindacato giurisdizionale sugli atti posti in essere dalle autorità indipendenti.

In proposito si deve ricordare quanto si è già avuto modo di precisare in precedenza (v. parag. 5) e che cioè l'indipendenza di questi organismi (anche) dal Governo, può ritenersi compatibile con la Costituzione vigente (che riconduce al Governo centrale la responsabilità di tutta l'attività amministrativa statale) solo a condizione che si escluda che la loro attività possa essere qualificata amministrativa,

intesa cioè come cura di interessi pubblici concreti. Per potersi giustificare la loro indipendenza dal Governo la funzione che loro spetta deve perciò necessariamente connotarsi con il carattere della neutralità, nel senso di indifferenza ed estraneità rispetto agli interessi, pubblici o privati, sui quali quella funzione va ad incidere. Un carattere, quello della neutralità, che può perciò riconoscersi ad una funzione regolatoria diretta a garantire il libero gioco degli interessi sia pubblici che privati. Ciò sembra che si escluda che *regolazione* possa equivalere a *regolamentazione* di interessi facenti capo ad altri soggetti sia pubblici che privati. Regolazione, riferita al contenuto della funzione delle autorità indipendenti, non può voler dire dettare le regole, bensì assicurare il rispetto delle regole dettate dai competenti organi dello Stato sia in sede legislativa che in sede amministrativa o di indirizzo politico-amministrativo. Ed in questo senso può dunque parlarsi di attività neutrale rispetto agli interessi in gioco, la quale necessariamente postula la posizione di indipendenza dell'Autorità dal potere politico. Una neutralità che gioca nei due sensi, di escludere cioè da un lato che quel potere possa loro impartire disposizioni che riguardino il concreto esercizio delle funzioni di garanzia, dall'altro che, reciprocamente, le stesse possono a loro volta condizionare le scelte politiche del Governo, del

Parlamento dello stesso corpo elettorale, come invece avviene da noi da parte della magistratura.

Indipendenza dal Governo e dalla politica e neutralità della funzione, nel senso di indifferenza ed estraneità rispetto agli interessi in gioco, sono caratteri propri anche della funzione giurisdizionale ed è probabilmente con riferimento a questo aspetto comune che viene avanzata la tesi della non assoggettabilità a sindacato giurisdizionale o, quanto meno della limitazione di quel sindacato soltanto a determinati profili di legittimità.

Un orientamento che sembra incompatibile con la Costituzione attualmente vigente, la quale impedisce un pedissequo allineamento al sistema statunitense nel quale, come si è avuto modo di osservare, il sindacato delle Corti sulla funzione di adjudication esercitata dalle I.R.C. risulta per lo più, per self-restraint delle Corti stesse, limitata alla verifica del rispetto del due process. Per cui ove ciò accadesse a Costituzione invariata si verificherebbe un palese contrasto con l'art. 24 della Costituzione.

La non inquadrabilità delle Autorità indipendenti nella pubblica amministrazione intesa in senso tradizionale, appare dunque irrilevante ai fini della esclusione o della limitazione della tutela giurisdizionale in ordine ai loro atti, perché la fonte costituzionale primaria di quella tutela è l'art. 24 cost. che prende onnicomprensivamente in considerazione,

qualunque sia la tecnica garantistica (diritti soggettivi o interessi legittimi) apprestata e senza possibilità di deroghe, l'integrità del patrimonio giuridico di ciascun soggetto dell'ordinamento.

11. In conclusione: è ancora presto per verificare se da noi, al tramonto, almeno nelle enunciazioni dei signori della politica e nei libri dei sogni dei loro programmi elettorali, del mercato amministrato, la strada per realizzare la concorrenza sarà o meno proficuamente agevolata dalla diffusione delle autorità indipendenti, non essendo escluso, come le ricordate esperienze del nostro sistema istituzionale insegnano, che la loro attività, pur concepita come istituzionalmente "neutrale", possa essere contaminata da scelte di policy; né siamo in grado di stabilire se ed in quale misura questo tipo di scelte potrà essere suggestionato da modelli dirigisti o di economia assistita, per le inevitabili vischiosità del sistema precedente, né in qual modo le Autorità, ove scelte di quel genere si rendessero necessarie, riteranno di coordinarsi con la politica generale del Governo, ma alcune loro recenti prese di posizione (ad esempio in tema di posizione dominante del soggetto pubblico delle radiodiffusioni) lasciano ben sperare in una loro reale equidistanza tra pubblico e privato e per una loro indipendenza dalla politica senza pretendere di svolgere un ruolo politico proprio. Questo per quel che riguarda l'attività

regolatoria del mercato. Per le Autorità garanti dei diritti della persona (informazione, privacy) un bilancio globale è ancora prematuro.

La riuscita del sistema resta così tutta affidata al senso di responsabilità, all'intelligenza, al buonsenso ed all'equilibrio, in una parola alla saggezza di coloro che sono chiamati a gestire da garanti la nuova stagione, sempre che rimanga assicurata la tenuta delle altre Istituzioni, senza la quale nessuna previsione è possibile azzardare.

Autorità amministrative indipendenti

Giuseppe De Vergottini

1. Secondo la Costituzione le amministrazioni pubbliche dovrebbero intervenire nei settori loro affidati in modo imparziale. Anzi la imparzialità è un requisito assolutamente essenziale dell'azione amministrativa per cui, in linea teorica, tutte le volte che un cittadino o una impresa si trova a sottoporre una questione di suo interesse a un ufficio pubblico dovrebbe avere la certezza della equanimità dell'atteggiarsi della amministrazione nei suoi confronti. Ma in realtà le cose stanno molto raramente in questi termini e anzi spesso e volentieri il cittadino o l'impresa hanno la sgradevole sensazione d'essere discriminati dai funzionari dello Stato, oltre che da quelli degli enti territoriali di varia natura. E la ragione è assolutamente evidente: lasciando da parte l'ipotesi del funzionario incompetente e pasticcone e, purtroppo, quella del funzionario fazioso, che tratta gli interessi degli amministrati in modo diverso a seconda di quelli che sono gli orientamenti delle maggioranze di governo o delle maggioranze nelle varie giunte locali, i trattamenti discriminanti nei confronti di chi ha bisogno di una autorizzazione o di una concessione

sono all'ordine del giorno.

I problemi possono assumere aspetti particolarmente delicati quando l'intervento o la omissione della amministrazione riguardi alcune libertà economiche, ad esempio in caso di tutela della libertà di concorrenza, o la libertà d'informazione tramite l'uso delle diverse tecnologie disponibili.

Limitando l'attenzione alla situazione che si è via via affermata a livello statale, e lasciando quindi da parte le situazioni locali, notiamo che a poco a poco è invalsa la tendenza di avvalersi di autorità amministrative diverse da quelle che sono controllate direttamente dagli organi di governo che per definizione sono politicizzati. L'esigenza di imparzialità viene soddisfatta separando gli uffici amministrativi da quelli ministeriali e sottraendoli alla dipendenza del Governo. In tal modo le autorità amministrative sono indipendenti dall'esecutivo e "neutrali" quanto agli interessi portati alla loro attenzione.

Quanto appena accennato mette in evidenza che le autorità di cui parliamo hanno le caratteristiche di essere poteri "neutri" rispetto alla politica ma è evidente che la loro neutralità è diversa da quella propria dei giudici: le autorità amministrative, nonostante alcune ambiguità cui s'accennerà, sono organi di disciplina settoriale e di tutela di interessi ma non sono partecipi della funzione giurisdizionale.

2. Una delle questioni più delicate che riguarda l'ar-

gomento delle autorità indipendenti è data dal fatto che esse non sono previste dalla nostra Costituzione. Esse infatti si sono affermate nella prassi e sono state implicitamente ritenute compatibili con la Costituzione dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 82/1995). Il capostipite delle autorità è stato individuato addirittura nella Banca d'Italia che essendo titolare della funzione monetaria, sovrintendendo al sistema dei pagamenti e alla funzione valutaria e, soprattutto, esercitando la vigilanza sulle banche e sui gruppi bancari, doveva non solo essere strutturata come amministrazione a sé stante ma anche essere svincolata dalla dipendenza dell'esecutivo, godendo di larga autonomia (da ultimo cfr. il d.lgs. n. 385/1993). Dagli anni settanta in avanti sono state istituite numerose autorità incaricate di garantire una corretta disciplina del mercato e quindi a presidio delle libertà economiche (Consob, Isvap, Commissione di garanzia sull'esercizio dello sciopero nei servizi pubblici, Autorità di vigilanza sui lavori pubblici e, soprattutto Autorità garante della concorrenza e del mercato, per citare le più note). Altre autorità sono state preposte alla tutela della libertà di informazione (Garante per la radiodiffusione e l'editoria, Autorità per l'informatica nelle P.A., Garante per la tutela delle persone quanto al trattamento dei dati personali, Autorità di garanzia nel settore delle comunicazioni).

Le autorità istituite e oggi operative solo in modo improprio possono considerarsi rispondenti a un modello omogeneo. In realtà, nel loro ambito si individuano *funzioni di garanzia* dei diritti economici dei soggetti che operano sul mercato sotto il profilo della libertà di concorrenza e sotto quello della fruibilità di servizi e prestazioni per utenti e consumatori e *funzioni di garanzia dei diritti* nel settore della informazione. Ma esse hanno anche *funzioni di regolazione* che finiscono per risolversi nella attribuzione di funzioni di amministrazione settoriale, anche se spesso in congiunzione con le tradizionali amministrazioni pubbliche, funzioni che comportano la adozione di regolamenti e di atti amministrativi di diverso genere. Le funzioni attribuite sono quindi ibride e comportano ad un tempo garanzie - e quindi, in altre parole, forme di tutela di diritti che hanno fatto pensare alle autorità come vere e proprie realtà "paragiurisdizionali" - e vere e proprie funzioni di gestione settoriale. Questa complessa serie di novità ha fatto sorgere il problema della compatibilità delle nuove autorità con la Costituzione. La questione non è accademica. In primo luogo la attuale Costituzione vuole che i pubblici uffici siano organizzati secondo disposizioni di legge (art. 97).

C'è dunque una riserva di legge che deve essere osservata, ma spesso in realtà le leggi costitutive delle autorità si limitano ad individuare i settori di

intervento delle stesse e a fissare i valori che devono caratterizzare gli interessi in gioco in un certo settore, prevedendo l'organismo incaricato di disciplinarlo tramite propri regolamenti e provvedimenti. C'è quindi il dubbio che la riserva di legge voluta dalla Costituzione non sia osservata: un esempio di genericità e pressappochismo della legge è offerto nel caso della Autorità per i servizi di pubblica utilità (legge n. 481/1995).

Ulteriore vincolo costituzionale offerto è dal principio di responsabilità politica (art. 95): dal raccordo tra amministrazione e Governo discende che il Parlamento è posto in grado di controllare ciò che avviene nella prima tramite l'esercizio del controllo sui ministri che sono politicamente responsabili.

Nel caso delle autorità indipendenti, poiché le stesse, almeno le più importanti, sono svincolate dal Governo, da cui per definizione non dipendono, non si capisce come possa farsi valere il necessario principio di responsabilità politica. In pratica alcuni settori affidati alla loro gestione rischiano di essere immuni dal controllo ispettivo parlamentare. Del tutto inadeguato è l'invio di relazioni periodiche alle Camere o l'utilizzazione dello strumento della audizione dei vertici delle autorità. La questione è importante non tanto con riferimento all'esercizio delle funzioni di garanzia (c.d. paragiurisdizionali), quanto all'esercizio delle significative funzioni gestionali.

Dunque il sospetto non infondato del mancato puntuale rispetto degli art. 95 e 97 della Costituzione pone un interrogativo molto serio. Un tentativo, anche se confuso, di rimediare alla situazione ricordata è stato fatto nello schema elaborato dalla Commissione bicamerale per le riforme formata sulla base della legge costituzionale n. 1/1997. In tale sede le autorità definite di vigilanza e garanzia sono state inserite nel progetto del nuovo testo costituzionale, colmandosi quindi le lacune accennate, e vengono confermate una serie di regole fino a quel momento seguite nella prassi.

3. La circostanza per cui si parli di autorità dotate di funzioni di vigilanza e garanzia non deve trarre in inganno: come abbiamo accennato le autorità hanno compiti anche gestionali. Siamo infatti di fronte a evidenti scorpori di competenze ministeriali che vengono tolte a un ente dipendente dal ministro in modo diretto ed affidate a un ente indipendente. Si pensi alla autorità prevista per l'energia incaricata di individuare i servizi da assoggettare a concessione, di predisporre gli schemi di concessione, di modificare le clausole concessorie, di determinare le tariffe, di fissare i livelli di qualità, di esaminare istanze e di adottare provvedimenti sanzionatori. Tutti questi compiti sono chiaramente di amministrazione attiva, oltre che coinvolgere profili garantistici.

Non solo. Ma non deve dimenticarsi che il caso più

noto di organismo dotato di compiti di garanzia e vigilanza è la Commissione parlamentare per il servizio pubblico radiotelevisivo (legge n. 103/1975) che doveva occuparsi dell'indirizzo e del controllo del settore, assicurando obbiettività e imparzialità della informazione, e che in realtà è diventata organo di governo del settore e responsabile della nomina del Consiglio di amministrazione della Rai-Tv.

Dunque, occorre guardare oltre le semplici qualificazioni formali e rendersi conto che le autorità di vigilanza e garanzia oltre che propriamente "terze" e garanti imparziali possono essere anche gestori di settori amministrativi.

Questa insistenza sulle competenze gestionali è legata al permanere del problema delle loro responsabilità (o irresponsabilità) verso centri decisionali politici costituiti dalle due Camere del Parlamento. Infatti, la carenza di responsabilità è particolarmente grave in quanto sottrae al controllo delle opposizioni presenti in Parlamento l'operato delle amministrazioni indipendenti e quindi la gestione di alcuni importanti settori amministrativi.

A questo si aggiunga che le opposizioni poco o nulla possono fare nella fase di individuazione dei soggetti che governano le autorità. Le nomine sono in alcuni casi governative, in altri parlamentari e vedono a volte un ruolo preferenziale dei presidenti delle assemblee, a volte un intervento delle com-

missioni in sede di parere preventivo. Nel caso della nomina affidata ai presidenti le opposizioni potrebbero essere garantite ove vi fosse la certezza che il presidente d'assemblea è organo rappresentativo di tutte le componenti parlamentari e non un uomo della coalizione vincente, come affermatosi nella recente prassi.

4. Le autorità indipendenti sono esplose soprattutto in seguito alla conclamata esigenza d'offrire a certi interessi sensibili (informazione, concorrenza) o deboli (protezione dei consumatori e degli utenti) sedi imparziali (e quindi "terze" o "neutre") di giudizio e tutela.

Si pensava infatti che le amministrazioni ministeriali incluse nell'area governativa non fossero idonee a soddisfare tali esigenze. Occorre tuttavia riflettere sul fatto che le autorità sono separate dal punto di vista organizzativo dalla amministrazione sottoposta ai ministri ma non è affatto certo che siano svincolate da condizionamenti delle maggioranze governative e dal Governo. Il sistema di nomina inserisce infatti i titolari nell'area di fiducia delle maggioranze, con limitate interferenze delle opposizioni. Il sistema previsto quanto alla eliminazione del principio di responsabilità va a scapito soprattutto dei possibili controlli della opposizione. Da questo punto di vista la valutazione da dare quanto al profilo delle autorità come gestori di set-

tori amministrativi desta non marginali perplessità. Quanto invece alla funzione garantista delle autorità si potrebbe ritenere che i compiti paragiurisdizionali, ove auspicabilmente soddisfacibili dalle stesse autorità, non dovrebbero essere sindacati in sede politica parlamentare. Per questi, come per i primi, sarebbe sufficiente il possibile sindacato da parte dei giudici che attualmente le leggi prevedono e che non dovrebbe essere ridotto come auspicato da chi vorrebbe sottrarre l'azione delle autorità al controllo giurisdizionale oltre che a quello parlamentare.

Autorità indipendenti e mercato

Alberto Pera*

1. Per un economista interessato alle questioni istituzionali, il dibattito sul ruolo delle cosiddette Autorità indipendenti riveste un particolare interesse.

Le differenti posizioni riflettono infatti visioni diverse dei rapporti tra istituzioni formali, quindi l'apparato dello Stato, e istituzioni informali, principalmente il mercato, nel determinare il funzionamento dell'economia. Al riguardo, sembra imporsi la scelta tra l'impostazione di Keynes, sinteticamente elaborata nel saggio "La fine del *laissez faire*", di un intervento pubblico variamente articolato e diffuso, ma comunque necessario per garantire lo sviluppo economico; e la visione di Hayek e della tradizione liberale di attenzione ai confini dell'intervento pubblico e della sua influenza sul libero svolgimento dei rapporti tra privati.

2. Ad esempio Predieri¹, che esplicitamente condivide l'impostazione keynesiana, vede queste istitu-

**Le opinioni qui espresse sono del tutto personali, e non riflettono necessariamente quelle dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, di cui l'autore è Segretario Generale. L'autore ringrazia Monica Cattaneo per la collaborazione.*

zioni come articolazioni di quello che egli definisce *Stato osmotico*, che cerca di rispondere all'esigenza di garantire l'efficiente funzionamento dell'economia in modi differenziati, a seconda delle circostanze. La diversificazione delle economie moderne richiede di strutturare l'intervento in forme decentrate e autonome. Quindi, le autorità sono viste come organi della pubblica amministrazione, con finalità di pubblico interesse da perseguire adottando criteri tecnici e non politici. I limiti dell'utilizzazione di questi organismi sembrano dipendere, pertanto, solo da considerazioni relative alla applicazione dell'azione pubblica.

Tuttavia, ci si può chiedere se il punto di partenza "keynesiano" sia realmente appropriato, ovvero se alla base dello sviluppo delle autorità indipendenti non vi sia piuttosto una diversa impostazione della dicotomia potere pubblico - autonomia privata.

3. Infatti, in Italia come in altri contesti europei, la introduzione di nuovi organismi è avvenuta, a partire dalla fine degli anni '70, nel contesto di una tendenza verso un ampliamento del ruolo del mercato come meccanismo ordinatore nei comportamenti degli operatori economici². Vi è così una forte correlazione tra introduzione di nuovi organismi e i processi di privatizzazione, che hanno dato luogo al trasferimento al settore privato della proprietà di imprese o di interi settori prima controlla-

ti dallo Stato, e di liberalizzazione di settori precedentemente caratterizzati da condizioni di riserva legale.

4. Queste tendenze hanno avuto come implicazione una diversa relazione tra potere pubblico e autonomia privata. Questo è percepibile tanto nei settori liberalizzati, quanto in quelli ancora sottoposti a regolamentazione.

Nei primi, che vengono pienamente esposti all'operare del mercato, la liberalizzazione svincola una serie di attività dalla sottoposizione a un regime di controllo amministrativo, riportando i relativi rapporti nella sfera governata dal diritto privato. Né vale osservare che, pur sempre, l'autonomia privata deve essere sottoposta alle regole che governano il funzionamento del mercato. Infatti, da un sistema nel quale *“ogni decisione del soggetto privato è raddoppiata da una decisione preventiva o successiva del soggetto pubblico”* si è passati a *“un sistema nel quale la disciplina pubblica non è più volta a conformare l'attività privata, bensì a dettare le regole e le condizioni generali del suo svolgimento”*: una disciplina, si aggiunge giustamente *“simile a quella posta dalle norme del codice civile”*³. E' difficile sottovalutare la portata di questo cambiamento che, specie in paesi abituati a una tradizione di intervento amministrativo nel mercato, ha quasi portata di mutamento costituzionale.⁴

5. A questi processi è corrisposta una modifica nelle modalità di intervento pubblico nell'attività di controllo e regolazione del mercato. In particolare, in quasi tutti i paesi si è assistito al rafforzamento o dell'introduzione *ex-novo* delle norme per la tutela della concorrenza e a una maggiore indipendenza degli organismi chiamati ad amministrarla. Si è avuta inoltre una trasformazione dei modi in cui la regolazione economica viene svolta: i compiti di regolazione sono stati progressivamente separati da quelli di gestione; gli organismi di regolazione hanno acquisito in molti paesi una grande autonomia rispetto all'amministrazione ministeriale.

6. Se l'innovazione nel rapporto rispetto al mercato consente di spiegare il processo che ha condotto alla riforma e all'introduzione di nuovi organismi di intervento nel mercato, è però opportuno sottolineare il diverso carattere che hanno organismi di garanzia e di regolazione.

7. Fondamento di un sistema di mercato è che i comportamenti degli operatori sono finalizzati solo agli obiettivi privati di ciascuno. Pertanto, i vincoli normativi ai comportamenti non derivano dal perseguimento di un qualche interesse pubblico, ma dal tentativo di evitare che a qualche operatore sia "ingiustificatamente" impedito, dal comportamento di altri, di poter partecipare al processo di scam-

bio sul mercato. I criteri e le regole vengono imposti per tutelare un interesse comune ai partecipanti al mercato, che è preferibile far rientrare nella accezione di “interesse generale”, piuttosto che di “interesse pubblico”.

Gli organismi di garanzia limitano in effetti il proprio compito a verificare il comportamento degli operatori rispetto a norme prefissate riguardanti l'assetto del mercato, in generale o con riferimento a specifici settori. Esempi al riguardo sono la tutela della concorrenza, o il buon funzionamento del mercato borsistico, o del pluralismo sul mercato dell'informazione.

Infatti, queste attività non mirano a imporre ai soggetti sul mercato specifici comportamenti per perseguire una determinata finalità di carattere pubblico, ma sono piuttosto tese a fissare il quadro entro il quale i loro comportamenti, liberamente determinati, potranno svolgersi: *“caratteristica peculiare di tali criteri e regole è che esse non trovano fondamento nella garanzia o nella tutela dell'interesse pubblico ma, piuttosto, nella necessità ed opportunità di garantire e tutelare, reciprocamente, situazioni soggettive e private”*.⁵

Pertanto, la peculiarità delle autorità di garanzia è il ridotto ambito di discrezionalità, dovendo esse limitarsi a controllare il rispetto delle regole poste all'attività dei privati in un certo settore.

8. Nei settori in cui il mercato non è (ancora?) il principio ordinatore, invece, il comportamento degli operatori è sottoposto a vincoli determinati dall'opportunità di perseguire un definito interesse pubblico quali, ad esempio, la tutela del consumatore laddove, per ragioni economiche (monopolio naturale) o sociali, essa non può essere garantita dal mercato. In questi casi si assiste invece a una vera e propria imposizione di regole volte al perseguimento dell'interesse pubblico, ovvero finalizzate a comporre diversi interessi pubblici, secondo criteri prefissati nella legge (come è tipicamente il controllo su settori economici) e nell'ambito di competenze puntuali.⁶

9. E' in questo contesto che devono essere considerate le modifiche negli assetti della regolamentazione che, come osservato, hanno interessato molti paesi e stanno ora avendo luogo anche in Italia: all'autonomia dell'organismo di regolazione corrisponde la definizione di ben delineati compiti, in riferimento ai mercati a cui si rivolge la sua attività, che è d'altronde indirizzata verso aspetti tecnici quali la determinazione, del prezzo, di standard di qualità, di condizioni contrattuali, nonché di condizioni di accesso. Da questo punto di vista la tendenza verso l'indipendenza dal governo riflette un generale movimento verso un maggior tecnicismo delle decisioni e una maggior rilevanza rispetto al

mercato dell'obiettivo sulla base del quale si sviluppa l'azione di regolazione.⁷

10. Per rendersi conto del cambiamento basta pensare al passato recente nel nostro paese, quando all'attribuzione a organi ministeriali o interministeriali della funzione di regolamentazione corrispondeva una situazione in cui le considerazioni economiche relative alle esigenze del mercato, dell'impresa o del suo equilibrio economico, erano totalmente subordinate a interessi pubblici; queste potevano anche riguardare logiche del tutto estranee a quelle del mercato, quali il comportamento di variabili macroeconomiche, il riequilibrio territoriale o esigenze di carattere sociale (si pensi ai criteri di determinazione di prezzi e tariffe da parte del CIP o all'approvazione dei programmi di investimento delle imprese di servizio pubblico da parte del CIPE).

Si tratta di un passo in avanti nell'assetto istituzionale del governo del mercato, di grande portata.

11. Tuttavia, anche laddove l'attività di regolazione si realizza nelle forme più attenuate, la sua differenza con la funzione di garanzia rimane sostanziale. E, corrispondentemente, è diverso il carattere delle istituzioni preposte alla regolamentazione, la cui attività è caratterizzata da assai più vasti ambiti di discrezionalità amministrativa.

Da questo punto di vista, il carattere di istituzioni,

quali la Consob e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, preposte principalmente ad un'attività di garanzia del rispetto di norme relative al funzionamento del mercato, appare diversa da quella degli organismi che sono invece preposti alla regolazione di specifici settori, in relazione all'attuazione di interessi pubblici quali la tutela del risparmio, o la difesa del consumatore, quali l'ISVAP o le nuove autorità di regolazione.⁸

12. Queste considerazioni consentono di riesaminare alcune questioni recentemente poste. In primo luogo, la questione dell'indipendenza e del carattere di "neutralità" dei diversi organismi. Le autorità di garanzia hanno un ruolo sostanzialmente arbitrale, assai simile alla magistratura: infatti essi non tutelano interessi pubblici contrapposti agli interessi privati, ma garantiscono che il meccanismo di coordinamento di carattere privato funzioni adeguatamente, nell'interesse generale dei partecipanti. Dalle autorità di garanzia, a cui è affidato il compito di assicurare il controllo del rispetto di norme che riguardano comportamenti inter-privati, ci si attende un'assoluta neutralità rispetto, sia agli interessi privati, sia allo stesso interesse generale che orienta l'applicazione della legge. In sostanza, questi organismi "*scendono in campo come arbitri e non come giocatori*"⁹ e da questo punto di vista la loro peculiare configurazione, così come i loro

poteri, devono opportunamente essere inclusi tra quelli che hanno rilevanza costituzionale.

Ciò non significa che questi organi sono irresponsabili, quanto piuttosto che sono sottratti a ogni forma di condizionamento politico. La responsabilizzazione avviene invece attraverso il controllo giurisdizionale. Pertanto, non sembra opportuno limitare il grado di tale controllo, che è, anzi, condizione per l'indipendenza.

13. Per quanto riguarda le autorità di regolazione, è da osservare che, pur rappresentando un notevole cambiamento rispetto alla situazione preesistente, caratterizzata da una notevole "discrezionalità politica", anche nel nuovo schema esse ricevono comunque la loro legittimazione dal perseguimento di un interesse pubblico (quale è quello che si esprime nella fissazione delle tariffe o dei rapporti prudenziali, nella determinazione di standard di efficienza e qualità dei servizi) la cui cura è rimessa all'apprezzamento discrezionale dell'organismo. Da ciò segue che, al di là degli aspetti organizzativi formali, esse più che indipendenti sono autonome: non devono essere influenzate dall'esecutivo nell'applicazione dei criteri agli specifici casi, ma devono comunque rispondere ad esso delle modalità generali con cui interpretano l'interesse pubblico loro affidato. Invece, a parte le modalità organizzative, il problema dell'inquadramento degli

organismi a cui sono affidate funzioni di regolamentazione nell'organizzazione dello stato non sembra assumere carattere diverso da quello di un'articolazione della struttura amministrativa, sia pure con forti caratteristiche di autonomia.

14. In secondo luogo, e correlata alla prima, si pone la questione dei meccanismi di nomina dei vertici di questi organismi.

Da un lato, esiste un'esigenza di requisiti soggettivi ed oggettivi per coloro chiamati a esercitare posizioni di responsabilità in organi che hanno competenze eminentemente tecniche, siano essi di regolazione o di garanzia. D'altronde, queste competenze sono esercitate nell'ambito di organismi dal carattere assai diverso sia per quel che riguarda le funzioni che il carattere delle decisioni. Può allora porsi la questione di quale meccanismo di nomina sia il più adatto per garantire la scelta di candidati con i necessari requisiti di competenza tecnica, ovvero se un unico meccanismo di nomina per i diversi tipi di organismi sia appropriato.

Fino ad oggi la scelta è stata di differenziare criteri e procedure: per la nomina di Autorità di garanzia, quali il Garante per l'editoria e l'Antitrust, erano e sono previsti nelle leggi istitutive particolari requisiti di competenza, mentre la scelta è affidata ai Presidenti delle due Camere - nella considerazione, evidentemente, che l'attribuzione a organi per la

loro posizione istituzionale naturalmente dotati di grande indipendenza, rappresentasse una sufficiente garanzia; per l'autorità dell'energia elettrica e del gas, la legge 481 del 1995 prevede una nomina governativa, con successiva convalida da parte delle Commissioni parlamentari. L'esperienza compiuta con queste diverse modalità non sembra certamente insoddisfacente.

Ci si può allora chiedere se omogeneizzare i criteri di nomina e affidare quest'ultima a un'elezione parlamentare diretta, sia pure attraverso maggioranze molto ampie, come proposto dalla Commissione Bicamerale, sia il meccanismo più adatto, anche alla base del rischio di interferenze politiche che potrebbero così verificarsi; ovvero se non sia possibile identificare meccanismi più appropriati, in relazione alle diverse competenze richieste, ferma restando l'esigenza di un controllo parlamentare sulle scelte compiute.

15. Infine, si pone la questione dei criteri relativi alla istituzione e alla "permanenza" di questi organismi. Si ritorna alle diverse visioni dell'intervento pubblico nel mercato. La visione dello "stato osmotico" non vede limiti all'intervento pubblico, né barriere rispetto all'autonomia privata. Invece, in una visione liberale, preoccupata a non porre limiti non necessari all'autonomia privata, dalla tendenziale temporaneità della loro funzione segue

un carattere in principio transitorio delle autorità di regolazione. La sottrazione al regime di mercato di certi settori, infatti, non è necessariamente un fatto permanente, ma dipende dalle situazioni tecnologiche, economiche e istituzionali prevalenti. L'esperienza recente in settori come le telecomunicazioni, i trasporti aerei e il settore elettrico mostra che spesso possono verificarsi modificazioni tali da consentire un assetto concorrenziale del mercato. Ciò può condurre addirittura a far venir meno la funzione stessa delle autorità di regolazione ed esse possono essere dissolte, come è avvenuto negli Stati Uniti con la Interstate Transport Commission. La visione liberale è anche preoccupata da una proliferazione di organismi che finiscono per limitare l'autonomia privata. Da questo punto di vista, solleva dubbi la proposta del nuovo articolo elaborato dalla Commissione Bicamerale, collocato nella sezione II del nuovo titolo V della seconda parte della Costituzione, che prevede che *“Per lo svolgimento di attività di garanzia o di vigilanza su determinate materie la legge può istituire apposite Autorità. Il Senato della repubblica elegge a maggioranza dei tre quinti dei suoi componenti i titolari delle Autorità di garanzia e di vigilanza....”*. Senza una indicazione e limitazione degli ambiti a cui l'istituzione delle Autorità può applicarsi, questa previsione rischia in effetti di fornire lo stru-

mento per una proliferazione di organismi, la cui diversa natura non è peraltro messa nel dovuto rilievo. Sarebbe invece opportuno, distinguere il carattere dei diversi organismi; specificare gli ambiti in relazione ai quali possano essere stabilite autorità di garanzia (diritti costituzionalmente protetti, funzionalità rispetto a organi di autodisciplina o alla magistratura); stabilire un principio relativamente agli assetti del mercato (il principio di sussidiarietà potrebbe essere uno strumento); riconoscere la eccezionalità, e la sua potenziale temporaneità, dell'intervento pubblico nei mercati in forma di regolazione strutturale.

Note:

¹ Vd. A. Predieri "L'erompere delle Autorità amministrative indipendenti", *edizioni Passigli 1997*

² Com'è noto l'archetipo a cui questi enti si ispirano è quello delle "Independent Regulatory Agencies" americane, i cui primi esempi risalgono alla seconda metà del secolo scorso; l'attività regolativa delle autorità indipendenti si esplicava attraverso ampi poteri normativi, di controllo e sanzionatori, nei confronti dei soggetti operanti nel settore di competenza. L'esperienza americana delle Agenzie indipendenti è stata trapiantata in Europa nel secondo dopoguerra, soprattutto in Francia, ove l'istituzione di tali enti ha interessato, in particolare a partire dagli anni '70, un numero crescente di settori

³ L. Torchia "Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti", in "I garanti delle regole" a cura di S. Cassese e C. Franchini, ed. Il Mulino, 1996

⁴ Anche in Italia la diffusione del modello delle autorità amministrative indipendenti ha suscitato non poche reazioni: dalle perplessità sulle compatibilità con la vigente Costituzione di istituzioni che, al contempo, si sottraggono sia al controllo dell'esecutivo, sia al controllo politico, configurando pertanto una sorta di *pouvoir administratif a se stante subordinato solo alla legge*; alla tendenza, guardando con preoccupazione alla "carente" copertura costituzionale di queste istituzioni, a disconoscerne il peculiare status di indipendenza (cfr., tra gli altri, l'intervento di G. Pericu "Legittimazione costituzionale delle autorità indipendenti e politica della concorrenza" in *Atti del Convegno La tutela della concorrenza: regole, istituzioni, e rapporti internazionali*, Roma, 20-21 novembre 1995). La riflessione scientifica più attenta ha tentato, comunque, una ricostruzione dei fondamenti costituzionali delle autorità amministrative indipendenti che assicuri sia la specificità istituzionale, sia la compatibilità con l'ordinamento vigente (vd. i contributi in "I garanti delle regole" a cura di S. Cassese e C. Franchini, ed *Il Mulino*, 1996; V. Caianiello "Le Autorità indipendenti tra potere politico e Stato Civile", *prolusione tenuta in occasione dell'inaugurazione dell'anno accademico della LUISS il 23/01/97*, in rivista giuridica, n. 1, 1997).

⁵ L. Torchia, opera citata.

⁶ Dagli orientamenti manifestati in sede di Commissione Bicamerale, improntati sulla preliminare esigenza di stabilire una netta distinzione tra la disciplina costituzionale delle autorità di garanzia da quella delle autorità che invece assicurano solo funzioni di vigilanza su attività economiche o sociali, è emersa la tendenza di individuare nelle competenze funzionali di tutela di diritti e libertà assicurati dalla Costituzione l'oggetto dell'attività di garanzia propria della prima categoria, ritenendo così di soddisfare la richiesta di una più chiara definizione del ruolo svolto dalle autorità indipendenti.

⁷ Ora, la posizione di indipendenza si giustifica in considerazione dell'attività amministrativa svolta da questi enti, qualitativamente diversa da quella degli ordinari apparati amministrativi, chiamati piuttosto ad attuare un interesse pubblico predeterminato all'istanza politica, la cui realizzazione va assicurata con riguardo agli interessi di cui si fanno portatori gli altri soggetti, in particolare quelli privati.

⁸ Appare tuttavia ibrido il carattere della Banca d'Italia e dell'Autorità delle Comunicazioni, alle quali sono attribuite sia la tutela di diritti costituzionali (tutela del risparmio, tutela del diritto all'informazione), che funzioni di regolazione settoriale.

⁹ Relazione dell'On. M. Boato sul sistema di garanzia, membro della Commissione Parlamentare per le riforme costituzionali, Roma novembre 1997.

LA NEUTRALITA' MASCHERATA

Né competizione, né cooperazione

Luigi Compagna

In una società libera i poteri neutri devono offrire e garantire competizione. Ma non è che competizione nell'accezione liberale significhi l'opposto di cooperazione. Anzi, proprio «cooperazione» è parola-chiave della cultura liberale del ventesimo secolo: si pensi, soprattutto, a Mises.

Ci siamo finora occupati di quel che sono o dovrebbero essere i poteri neutri nel nostro assetto istitu-

zionale. Proprio perché, quando i poteri neutri non sono più tali, non c'è né competizione, né cooperazione.

Come si spiega, dal '90 in poi, il sorgere di tante *Autorità* alla ricerca di qualche cosa, direbbero Caianiello e De Vergottini, che vada al di là dell'«imparzialità» dell'articolo 97 della Costituzione? E perché poi millantare come «potere neutro» tante esigenze di «gubernaculum» e non di «iurisdictio», direbbe Matteucci, proprio quando il passaggio dal proporzionale al maggioritario accentuava le istanze di *gouvernement* rispetto a quelle di *control*?

Nulla riesce ad esser meno anglosassone della pretesa di costruire, o recepire, «ordini spontanei» in *off-side* rispetto al dettato costituzionale. E di ciò stamattina sono stati forniti non pochi esempi e riferimenti nostrani. Ora si tratta di rilevare come tutto questo si sia imposto nella logica di un antiparlamentarismo radicale e settario, avverso a qualsiasi spirito di cooperazione liberale.

L'antiparlamentarismo '92-'94 abbattutosi sul cosiddetto «parlamento degli inquisiti» può essere stato solo un dato di cronaca. Non altrettanto, però, l'idea che l'esercizio dell'azione penale non dovesse conoscere limiti, di parlamentarismo appunto, di costituzionalismo più in generale, ove dettato da sicura sintonia con l'opinione pubblica. Di qui l'eli-

minazione dalla competizione politica di taluni uomini e partiti o dalla competizione economica di taluni imprenditori e prodotti, senza che né l'elettorato né il mercato si fossero potuti esprimere: dal momento che l'accusa, oltre che il ruolo della difesa ed il momento del giudizio, aveva preteso di assorbire in sé tutti gli ambiti della «società civile». Occupato lo Stato di diritto dallo Stato etico, come e dove può esserci «civil society», nel senso di Smith, Ferguson, Hume? Resta soltanto la «società civile» di Hegel, titolata a far «giustizia», appunto, senza valori né procedure di terzietà: come piace alle Procure dei Caselli e dei Borrelli. Il potere neutro, che Sieyès rimetteva al giurì costituzionale e Constant al re, viene negato alle radici. E con esso la cooperazione di Mises, la società aperta di Popper, l'ordine spontaneo di Hayek.

Alessandro Pizzorno, nel suo recente *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo della virtù* (Laterza, aprile '98), arriva ad interpretare *Mani pulite* come episodio di una storia non solo italiana che cambia la natura dello Stato moderno. «L'indignazione - egli conclude - da più parti precipitosamente espressa verso le esternazioni del pubblico ministero Gherardo Colombo si è esplicitamente o implicitamente riferita ad una concezione dello Stato democratico di tipo tradizionale, con i tre poteri nettamente circoscritti, fra i quali il pote-

re giudiziario occupa un ruolo subordinato perché non è espressione del *consenso popolare*, inteso come *consenso elettorale*. Non si è distinto dagli altri il *consenso pubblico*, o lo si è considerato mera anticipazione, o appendice, del consenso elettorale; non invece, com'è, istituzione che propone una sua logica autonoma, in obbedienza alla quale i principali soggetti pubblici si sono mossi e scontrati, e dalla quale quindi si possono esercitare poteri a volte più forti di quelli che si vogliono esercitare sul fondamento dei numeri del consenso elettorale».

La deduzione di Pizzorno finisce così con l'affidare al «consenso pubblico» il rango di quarto potere, magari di potere dei poteri. Del resto, quasi due secoli fa quarto potere, magari potere dei poteri, era stato per il costituzionalismo della Restaurazione quello del sovrano: solo che lo era stato proprio perché irraggiungibile da valori, ambizioni, procedure di «consenso pubblico». Il liberalismo di Constant si era sentito allora antigiacobino non meno di quanto il giacobinismo di Pizzorno si senta oggi antiliberale.

Nello spirito del consenso pubblico, «istituzione che propone una sua logica autonoma», dipietrismi e berlusconismi hanno celebrato, non sempre l'un contro l'altro armati, fasti e nefasti di stagione. Quel che accomuna le loro così diverse «entrate in campo» è stata una tensione a sradicare la distribuzione dei

poteri di Montesquieu, a vanificare, sotto i colpi del «consenso pubblico», la cooperazione di Mises, a trasferire la giustizia dallo Stato nella società civile (quella di Hegel, non di Ferguson).

A me non è sembrato che Bosetti intenda seguire Pizzorno sulle stesse piste di «controllo della virtù». Ma mi ha colpito, anche da un punto di vista lessicale, quel suo invito alle forze politiche del centro-sinistra di ridurre (a sé medesime, suppongo) i poteri di nomina per accentuare (in sé medesime, continuo a supporre) quelli di indirizzo, garanzia e vigilanza. Mi è parso di ritrovare, se non al modo di Pizzorno, in termini poi abbastanza analoghi, l'idea di una cooperazione intesa e praticata come acquisizione e presidio di «consenso pubblico».

De Vergottini lo ha richiamato stamattina con precisione. Indirizzo, garanzia, vigilanza evocano la 183: la riforma della RAI della metà degli anni '70, quella che doveva consentire ad un partito di opposizione (il P.C.I.) ma non ad un altro (il M.S.I.) il *cogobierno in Viale Mazzini*. Ne derivò una impropria attribuzione di poteri impropri all'organismo parlamentare, una proterva lottizzazione esercitata sul metro di una inammissibile pregiudiziale *ad excludendum* nei confronti di forze tutt'altro che extra-parlamentari (missini e radicali), una brutalità di incombenze «istituzionali» che coinvolgeva statisti della statura di Craxi a Palazzo Chigi e presidenti

dell'I.R.I. del calibro di Prodi. Né i correttivi del '93, in tema di nomina del consiglio di amministrazione delineano un'inversione di tendenza. Anzi, essi non hanno fatto che rendere ancor più «incestuosa» la fuorviante cooperazione fra Parlamento ed emittenza pubblica come credo rileverà Teodori.

Quando si è nell'area dell'articolo 21 della Costituzione, non si può anteporre la ricerca di condizioni di «parità» a quelle di «diversità», cioè di libertà. Ammesso e non concesso che sia stata ispirata tutta e soltanto all'interesse della Fininvest, come mai la legge Mammì nel '91 non ha minimamente affrontato il problema della emittenza pubblica? Perché tanta intransigenza contro il duopolio e tanta indulgenza al monopolio? Che liberalismo è quello di chi nel '94 denunciava un conflitto di interessi inerente l'allora capo del governo, ma non due anni dopo il capo dell'opposizione (che pure era lo stesso)?

Per essere anche una forma di cooperazione, la competizione di una società libera deve svolgersi sotto l'egida di poteri neutri nitidi e riconoscibili. Quello del capo dello Stato, ad esempio, in Italia stenta a configurarsi più tale. Può darsi che in un sistema elettorale tendenzialmente maggioritario ai vertici dello Stato non possa più esserci potere neutro di garanzia, ma potere politico di governo. Ma

un capo dello Stato, che arriva a dire di non essere disposto a promulgare ciò che al sindacato di categoria dei magistrati non piacesse e arriva a dirlo nel rumoroso silenzio dei presidenti delle Camere, è segno di un antiparlamentarismo estraneo a qualsiasi presidenzialismo o semipresidenzialismo. Per non parlare delle richieste d'arresto di parlamentari dell'opposizione, sorrette da vero e proprio spirito d'intimidazione, neanche più da volontà di orientare e dirigere la competizione.

La pretesa punitiva, dalle sue privilegiate trincee di indipendenza ed autonomia, aggredisce ogni giorno la libertà politica, nelle sue fragili arterie sempre più stanche e discontinue. Tantissimo populismo serve a puntellare tantissima oligarchia. La cooperazione fra «parti» che competono senza ergersi a «tutto» viene annegata nell'ipocrisia della malintesa «neutralità». Svaniscono i poteri neutri, se ne insedia la retorica: pesante e arrogante.

Poteri neutri e dimensione della mano pubblica

Angelo Maria Petroni

Io parlerò non da economista né da giurista, ma da filosofo. Io credo che un errore fondamentale che fa la cultura non liberale a proposito della questione della neutralità dei poteri è di non riuscire a comprendere che la neutralità dei poteri, ovvero che lo Stato di diritto, non dipende soltanto dalle strutture istituzionali, dipende dal livello *assoluto* del potere. Così, l'ideale ottocentesco della magistratura indipendente funzionava in tanto e per quanto lo Stato aveva competenze molto limitate, e individuare un reato rispetto a un comportamento normale era qualcosa di semplice.

Un mese e mezzo fa mi sono trovato a un dibattito per la presentazione di un libro di Giulio Tremonti "Lo stato criminogeno". A questo dibattito c'era anche un famoso magistrato milanese, il quale ha ripetuto il ben noto discorso sul voto di scambio, intorno al quale la magistratura deve vigilare. Tutto ciò è molto giusto: voto di scambio significa che si promettono favori in cambio dell'acquisizione di voti. Ma è stato ricordato che nell'ultima finanzia-

ria sono stati abbassati i tassi di rendimento delle pensioni per tutti tranne che per i ferrovieri. Che differenza c'è tra il voto di scambio consistente nel promettere pensioni di invalidità e il procurarsi i voti dei duecentomila ferrovieri e loro famigliari esentandoli dalle riduzioni che vengono applicate a tutti gli altri cittadini? La risposta significativa di questo magistrato è stata: "Lei ha ragione, ma purtroppo non possiamo indagare gli atti del parlamento". Ovviamente per un liberista, e per un liberale, non è questa la soluzione. Non si risolverebbe il problema se la magistratura o qualche organo della magistratura avesse il potere di indagare le leggi del parlamento. Il problema è che finché i parlamenti avranno poteri illimitati di fare quello che vogliono il discorso sulla neutralità è privo di qualsiasi contenuto. Nel momento in cui rientra nei poteri legittimi del parlamento modificare un sistema pensionistico, redistribuire il reddito come si vuole, cambiare le normative come si vuole, nel momento in cui lo Stato assorbe il 55% del reddito nazionale e l'altro 45% lo regola e lo distribuisce come preferisce, il concetto di neutralità è semplicemente irrealistico. A cosa servono le Autorità Garanti come quella del Mercato e della Concorrenza quando il governo decide di trasferire alcune migliaia di miliardi alla Fiat attraverso gli incentivi per la rottamazione? Qual'è la sostanza di

una politica della concorrenza quando il governo ha questo tipo di poteri? La realtà è che i governi hanno il potere di concedere benefici particolari a gruppi particolari senza alcuna limitazione. Non esiste neutralità dei poteri, non esiste Stato di diritto se non si specifica il livello assoluto dei poteri di uno Stato.

Credo che questo sia uno spartiacque fondamentale fra chi è liberale, e chi ha un'altra visione del mondo. Oggi assistiamo al fatto che è stato considerato come essenziale quello che è invece l'involucro formale del liberalismo. Controllo, concorrenza, competizione, non hanno molto significato se non si tiene presente che il liberalismo è una teoria della limitazione dei poteri, prima ancora che una teoria della loro distinzione. Il vero problema non è se le regole della concorrenza vengano fatte decidere o applicare dalla direzione generale del Ministero dell'industria, oppure da una qualche Authority. Se lo Stato o la mano pubblica sale al 55% del PIL non esistono più poteri neutri, e non esiste neanche una reale distinzione dei poteri.

Questo mi permette di collegarmi al problema del rapporto tra competizione e cooperazione. Non vorrei fare il solito discorso neo-classico, o anche neo-austriaco, per cui la competizione è la migliore forma di cooperazione. Abbiamo molte dimostrazioni in tal senso, ma il problema è che queste

dimostrazioni sono spesso molto astratte e non tengono conto di realtà quali i costi di transazione, le dotazioni iniziali, o altre cose ancora. Ma sicuramente il problema delle nostre società, e di quella italiana in particolare, è che la competizione è diventata non più competizione tra individui, tra consumatori e produttori, bensì una competizione e collaborazione tra gruppi, ovvero *collusione*. I nostri Stati sono largamente Stati neocorporativisti. Ora i sistemi corporativistici per definizione non contemplano competizione e collaborazione, contemplano soltanto collusione e scontro, che sono due logiche del tutto diverse. Vediamo dei gruppi che scompaiono e dei gruppi che salgono, ma i gruppi che scompaiono e i gruppi che salgono non lo fanno in ragione di quanto apportano al benessere della società, ma in ragione dei sostegni politici che hanno e dei sistemi di protezione che riescono ad ottenere. C'è una bella frase di Friedrich von Hayek, che ci ricorda la differenza che esiste quando competono due gruppi rispetto a quando competono due individui. Ogni individuo in un mercato compete in misura del suo contributo marginale al prodotto di quella società. Al contrario, i produttori di energia elettrica quando entrano nello scambio corporativistico non entrano con il contributo marginale che danno al processo produttivo, ma entrano con il potere di ricatto che hanno rispetto

alle altre realtà. Noi vediamo oggi questo fenomeno con i piccoli gruppi che si sottraggono alla logica corporativistica perché non hanno ottenuto ancora abbastanza: i piloti di aerei, i macchinisti. Spesso non ci rendiamo conto che il sovrapprezzo che paghiamo sulla maggior parte dei prodotti e dei servizi per soddisfare gli interessi dei grandi produttori o dei gruppi di interesse è esattamente l'equivalente del prezzo che paghiamo quando scio-perano i macchinisti o i controllori di volo. O ci rendiamo conto che una cosa è il corporativismo, gli accordi e gli scontri corporativistici da una parte, e un'altra cosa è il liberalismo e il mercato come competizione dall'altra, oppure credo ci troveremo con un doppio problema. In primo luogo, quello di economie sempre più rigide e che creano una distinzione tra chi è protetto dentro il sistema, e chi non è protetto e sta fuori. Secondariamente, che ogni idea di Stato di diritto si svuota completamente. Un sistema corporativistico richiede dei poteri sempre crescenti dello Stato e richiede l'abolizione reale di ogni tipo di distinzione tra quel che è lecito e quel che è illecito. Tutto questo non ha niente a che vedere col liberalismo e non ha niente a che vedere con una tradizione giuridica che voglia coniugarsi con un sistema di controlli e di economia di mercato. Oggi l'Italia ha l'alternativa se continuare sulla strada che ha percorso sino-

ra, oppure se seguire una strada molto diversa, basata sul mercato e sulla limitazione reale del potere politico.

In passato l'Italia ha copiato dall'estero modelli giuridici ed amministrativi fondamentali, come quello tedesco e quello francese. Non si vede la ragione per la quale non potremmo copiare oggi dei modelli di stampo anglosassone, dove il peso della mano pubblica è inferiore, e dove il peso della politica nella vita civile è anch'esso inferiore. In un contesto di questo tipo i poteri neutri potrebbero avere una realtà che adesso assolutamente non hanno, e che non potranno mai avere se non cambieranno le strutture corporativistiche oggi prevalenti.

Parlamento e poteri neutri

Massimo Teodori

Come la maggior parte degli amici che mi hanno preceduto sono una persona appassionata della società liberale. E sono appassionato non della idea liberale in astratto, ma del comprendere che cosa va in questa direzione e che cosa in quella opposta nella società intorno a noi. Credo che una delle grandi sciagure di questa Italia nei 20 anni, 30 anni che ci hanno preceduto sia appunto quel che è stato chiamato in gergo la società consociativa, che è appunto quella certa cosa per cui tutti stanno insieme, tutti decidono insieme, nessuno è responsabile, nessuno controlla, non si sa bene le decisioni da chi vengono, decisioni per che cosa sono prese purché si stia tutti insieme appassionatamente e il valore dell'unità è un valore in sé per sé, indipendentemente da quello che produce. Vorrei trattare anche il problema dei poteri neutri, non già per comprendere se sono effettivamente neutri o non lo sono. Questa potrebbe essere una disputa molto astratta: mi interessa piuttosto sapere se il problema dei poteri neutri è qualcosa che realizza maggiormente una società liberale in cui si realizza il massimo di

responsabilità, il massimo di controllo, il massimo di delimitazione degli abusi di potere, il massimo delle libertà e dei diritti per gli individui o se invece i poteri neutri, dizione molto vaga, producono il contrario. Tratterò in maniera molto empirica una questione molto specifica: quella di che cosa hanno fatto i presidenti della Camera e del Senato, i presidenti delle assemblee elettive nei passati 20 anni rispetto ai poteri neutri, il loro interventismo, l'espansione o la delimitazione dei loro poteri e che cosa tutto ciò ha prodotto.

Il modello consociativo che ha dominato dagli anni 70 in poi è stato un modello che concepiva i presidenti delle assemblee elettive, il presidente della Camera e il presidente del Senato come degli uomini rappresentanti l'unità nazionale, rappresentanti la Costituzione al di sopra delle parti, coloro cioè che dovevano offrire garanzie, delle specie di vice presidenti della Repubblica, per cui venivano visti come una sintesi unitaria delle istanze politiche presenti nelle Camere. In realtà, questa funzione data ai Presidenti delle Camere come veniva vista in pratica, che cosa significava? Significava una cosa molto più banale ma politicamente pregnante. Secondo una consuetudine invalsa nella metà degli anni Settanta, i Presidenti delle due Camere appartenevano uno alla maggioranza e uno al Partito Comunista. In realtà la neutralità, la rappresentan-

za della Costituzione, la rappresentanza dell'unità nazionale dei Presidenti delle Camere non era qualcosa di molto alto ma era soltanto una divisione di compiti fra uno che rappresentava la maggioranza intorno alla democrazia cristiana o alla maggioranza governativa e l'altro rappresentava il maggiore partito di opposizione, il partito comunista, i quali si mettevano insieme e insieme dicevano: noi rappresentiamo in realtà qualcosa al di là della politica, perché siamo tutto, perché siamo la mediazione, siamo la rappresentanza di tutto quello che c'è di politico e quindi siamo non dei politici ma la Costituzione, impersoniamo la Costituzione. Questo il grande equivoco. Questa la grande mistificazione. Questa la grande truffa per una società liberale, perché lo speaker inglese, se vogliamo andare ai grandi modelli, non è quello che mette insieme la maggioranza e l'opposizione e li esprime tutte e due, ma lo speaker inglese è qualcosa che sta fuori dalla maggioranza e dall'opposizione. Se vogliamo rifarci ad un altro modello, invece, prendiamo quello in cui i presidenti delle assemblee elettive rappresentano la maggioranza delle assemblee ma allora ne hanno la responsabilità. Si deve scegliere o l'uno o l'altro modello, il modello di chi sta sopra e di chi sta fuori e l'inglese che è rispettato da tutti, che quando si presenta alle elezioni in un collegio uninominale dopo essere stato speaker ai Comuni,

in realtà non si presenta con l'etichetta di laburista o conservatore ma si presenta come non schierato. Questo è un modello di cui tutti hanno fiducia perché non fa un compromesso fra laburisti e conservatori ma sta al di sopra, rispettato e dà la parola a questi e a quelli. Oppure c'è un altro modello che in una certa misura è l'americano in cui lo speaker della Camera dei Rappresentanti è in realtà il capo della maggioranza. La via italiana, invece, è sempre la via italiana del pasticcio, in cui i presidenti delle Camere fanno finta di essere quelli con la parucca al di sopra delle parti, ma in realtà non lo sono, mediano e inciuciano, usiamo questa parola, e pasticciano per questo e per quello, quindi sono non al di sopra ma al di sotto delle parti. Da questo spirito consociativo che ha dominato, che ha infardiciato la politica italiana, è derivata la tendenza ad attribuire sempre più aree decisionali ai presidenti della Camera e del Senato come la nomina di organi presunti neutri. Si è detto che siccome i presidenti della Camera e del Senato sono questa cosa, allora sono legittimati a nominare degli organismi neutri, organismi di volta in volta di raccordo fra le organizzazioni amministrative e la società civile. Ma la realtà era che la loro legittimazione per effettuare nomine non derivava da questa estraneità e terzietà, rispetto alla lotta politica ma al contrario dalla iper mediazione della lotta politica che è cosa

completamente diversa che non ha niente a che fare con la neutralità. In realtà questo presunto potere di legittimazione, di nomina da parte dei Presidenti della Camera e del Senato di organismi neutri che è andato crescendo dalla metà degli anni Settanta non è stato nient'altro che una mascheratura, una incarnazione della consociazione dei rapporti tra l'allora maggioranza intorno alla democrazia cristiana e il partito comunista, i quali insieme hanno mistificato questo rapporto trasformandolo in una presunta neutralità.

Un'altra forma di pasticcio all'italiana, è quella che riguarda le codecisioni, decisioni prese insieme, fra esecutivo e legislativo, fra governo e parlamento. Tutta una serie di decisioni che non si sapevano se dovessero essere responsabilità dell'esecutivo o responsabilità del legislativo, per cui nessuno aveva responsabilità, sono passate attraverso i Presidenti delle Camere considerati quali vice Presidenti della Repubblica.

Come si chiama l'equivoco di fondo che ha ucciso il liberalismo italiano? Si chiama pluralismo come inteso nella borgata italiana pluralismo. Significa tanto al PCI, tanto alla DC, tanto al PSI, tanto a questo, tanto a quello, tanto a quell'altro, quello ha il 2%, 3%, 5% e via di seguito e la lottizzazione si è chiamata pluralismo. Pluralismo è un'altra cosa, non ha niente a che fare con il fatto che esistano più

partiti e a ogni partito viene assegnato una sua percentuale di potere. Questa è stata la tragedia italiana, che deve essere vista in concreto. Distinguendo libertà e consociazione.

I poteri di nomina dei Presidenti delle Camere sono aumentati progressivamente. Ne farò una rapida rassegna mettendo in rilievo quali sono state le truffe che sono passate attraverso queste nomine intellettuali, concrete, politiche. Cominciamo nel 1981: i Presidenti delle Camere hanno avuto i poteri di nomina del *Collegio dei revisori dei rendiconti dei partiti politici*. Bene sapete che cosa hanno fatto questi signori? Le nomine fatte dai Presidenti delle Camere e del Senato con la conferenza dei Presidenti dei gruppi della Camera e del Senato che avrebbero dovuto assicurare una neutralità perché rappresentavano tutti, una garanzia di tutte le forze politiche, sapete che cosa hanno fatto? In realtà hanno legittimato tangentopoli. Cioè l'organismo di revisione dei bilanci dei partiti dal 1981 in poi, col crisma dei Presidenti delle Camere, che cosa ha fatto? Ha messo il proprio visto su quelle cose che dopo 10 anni o 15 anni sono diventati il demonio perché tutti i bilanci dei partiti erano falsi e si sapeva benissimo che erano falsi e tutti quanti sapevano che erano falsi, mentre l'organismo di garanzia nominato con il crisma dei Presidenti delle Camere, dava il crisma dell'autorità neutra e quin-

di garante. Ma come? Prima i bilanci dei partiti sono visti da un'autorità neutra e di garanzia e subito dopo tutti i documenti sono incriminati perché pieni di falsità? E' stato possibile proprio grazie al fatto che i Presidenti delle Camere si sono prestati attraverso le leggi a fare questa funzione falsa, cioè a fungere da autorità di nomina di un potere neutro che invece potere neutro non era ma era soltanto consociativo.

L'elenco è molto lungo e spero di essere il più rapido possibile. 1988: i Presidenti delle due Camere nominano il *Consiglio di presidenza della Corte dei Conti*. Quattro membri su 17 hanno una designazione neutra del consiglio di presidenza, con funzione di governo della giurisdizione contabile, anche qui, si dovrebbe trattare di una entità neutra, ma, in realtà, che cos'è? E' esclusivamente una lotizzazione, i Presidenti delle Camere hanno da nominare quattro membri: uno a me, uno a te, uno a quell'altro.

1988: *Consiglio della magistratura militare*. Vengono integrati con i cosiddetti componenti laici i membri nominati direttamente dalla magistratura militare. Ma che c'entrano i Presidenti delle Camere con il Consiglio della magistratura militare?

Andiamo avanti sulle cose più serie.

1990: *Commissione di garanzia sulla legge sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali*,

con nove membri che eleggono un presidente. Con nove membri, è possibile una bella ripartizione. Nove, già, è un numero che si avvicina alla possibilità di darne uno per ciascuno dei componenti della maggioranza e della minoranza.

1990: *Garante per la radio diffusione per l'editoria*. Che cosa si teorizza nella legge? Si teorizza, sarà nominato dai Presidenti delle Camere perché è un organo del pluralismo politico. Che l'organo del pluralismo politico viene nominato in forza di un'investitura unitaria da parte del parlamento. Che cos'è l'investitura unitaria? L'investitura unitaria non è nient'altro che una ripartizione proporzionale o pseudo proporzionale fra i membri del parlamento. In realtà che cos'è che si afferma in tutto questo profluvio di parole di neutralità?

Si afferma la supremazia, il predominio del modello consociativo proporzionale, di quel modello che è stato la vera costituzione materiale dell'Italia fino agli anni recenti. Proporzionale perché si scambia il pluralismo per il proporzionalismo e consociativo perché si assume che qualsiasi decisione non deve essere mai né responsabilità dell'esecutivo, né responsabilità del legislativo, nessuno deve avere le responsabilità purché ci siamo tutti quanti e un po' di mediazione di tutti.

L'antitrust. I Presidenti delle Camere nominano quattro membri con l'esplicito riferimento della

legge istitutiva che dice: che è un organo di collegamento con gli organi di indirizzo politico sia il parlamento sia il governo. Ma che cos'è questo pasticcio per cui un'autorità neutra contemporaneamente deve essere collegata con gli organi di indirizzo politico che sono sia l'esecutivo che il legislativo? Io non lo so. A me pare che chi ha la responsabilità e chi ha il controllo devono essere separati. Poi magari ha funzionato anche bene, perché composta da rispettabili persone ma questo non significa che la fonte di legittimità non sia un pasticcio, una cosa che non ha nulla a che fare con una concezione liberale in cui sono chiare le responsabilità, sono chiari i controlli, sono chiari a chi si risponde. E' una brutta storia soprattutto perché non è chiara.

Ma il punto di maggiore degrado è *il Consiglio di amministrazione della Rai*. Originariamente era stato affidato alla commissione di vigilanza, cioè era di emanazione parlamentare. Emanazione parlamentare è una cosa su cui si può essere d'accordo su cui non si può essere d'accordo, comunque è una cosa chiara che la Rai sia un'emanazione parlamentare o un'emanazione dell'esecutivo, risponde a due concezioni, chiare, rispettabili, nelle quali alla legittimazione corrisponde una responsabilità. E invece a un certo momento è stato cambiato, c'è stato il passaggio di competenza della Commissio-

ne parlamentare per l'indirizzo e la vigilanza ai Presidenti delle Camere. Con la presunzione che i Presidenti delle Camere interpretassero tutte le istanze del parlamento. Questo è scritto sulla legge. Sapete che cosa ha significato la nomina dei consigli di amministrazione della Rai da parte dei Presidenti delle Camere? Ha significato la lottizzazione più brutta, più spaventosa non solo dei partiti ma addirittura dei Presidenti delle Camere stesse che ci hanno messo i loro amici o non so che cosa. Voglio terminare per dire che questa interpretazione dei presidenti dell'assemblea in funzione di garanzia in base a cui sono stati affidati loro con un ritmo crescente i poteri di nomina, di queste varie cose, di vario ordine, ne hanno già parlato De Vergottini e il presidente Caianiello e gli altri amici che mi hanno preceduto. In realtà è stata e continua ad essere una grande truffa perché sotto questa apparente fonte di legittimazione di neutralità si è fatto passare nient'altro che la mediazione politica fra tutto e fra tutti, cioè lo stesso criterio che è stato dominante ed egemone nei passati venti anni con la consociazione. Che cosa ha a che fare tutto questo con la competenza, la professionalità, l'imparzialità? Veramente non lo so. E non lo so in punto di dottrina e nei risultati perché ognuno di voi sa che cosa hanno fatto questi vari enti nominati dai Presidenti delle Camere.

Spesso si chiama in causa il modello americano, delle commissioni regolatorie indipendenti. Qual è il modello americano? Il modello americano non ha niente a che fare con questo pasticcio italiano. Il modello americano è un modello in cui i presidenti, i membri delle commissioni indipendenti o di altri organismi simili vengono nominati dall'esecutivo con responsabilità dell'esecutivo, dal Presidente avendo un contrappeso fortissimo nel controllo da parte del Senato, da parte del Congresso. Cioè il modello americano non è quello della mediazione fra esecutivo e legislativo fra maggioranza e minoranza, il modello dominante in Italia, il modello teorico e pratico che ha legittimato l'intermediazione fra legislativo e esecutivo, tra governo e parlamento e fra maggioranza e minoranza. Mediazione risultato consociazione e lottizzazione. Il modello americano è un'altra cosa.

L'esecutivo ha la sua responsabilità di nomina, il Congresso ha la sua responsabilità molto dura anche nel merito politico di vaglio, di conferma. E quante sono le nomine cadute da parte del Senato americano che non ha confermato: poiché in quel modello ciascuno ha le sue responsabilità e ad ogni potere corrisponde un contropotere.

Che fare? Non lo so. Dico soltanto, da un punto di vista liberale quello che ci muove: noi dobbiamo combattere aspramente e duramente tutto quello

che ha a che fare con questa mediazione di tutte le istanze, le responsabilità di nomina, le responsabilità politiche devono essere chiaramente individuate dagli organi di controllo. Tutto quello che si inserisce a metà strada, che cerca di combinare quello che non deve essere combinato, in realtà dà origine a una società irresponsabile quindi a una società in cui gli elementi illiberali si sviluppano, e non consentono dei passi avanti rispetto a quella democrazia dell'alternanza e delle responsabilità che dovrebbe allineare l'Italia ai grandi standard occidentali.

Associazione «Società libera»

Consiglio direttivo

- Franco Tatò
Presidente
- Giovanni Sartori
Vice Presidente
- Daniele Bodini
- Letizia Bricchetto Moratti
- Francesco Caltagirone
- Ralf Dahrendorf
- Andrea Marcucci
- Vittorio Merloni
- Francesco Micheli
- Gian Marco Moratti
- Vincenzo Olita
Direttore
- Ennio Presutti
- Gianfelice Rocca
- Carlo Scognamiglio
- Vincenzo Simoncelli

Consiglio Scientifico

- Nicola Matteucci
Presidente
- Antonio Baldassarre
- Francesco Barone
- Giuseppe Bedeschi
- Giovanni Bognetti
- Giancarlo Bosetti

- Vincenzo Caianiello
- Franco Cangini
- Salvatore Carrubba
- Cosimo Ceccuti
- Riccardo Chiaberge
- Gianfranco Ciaurro
- Enrico Cisnetto
- Luigi Compagna
- Girolamo Cotroneo
- Piero Craveri
- Raimondo Cubeddu
- Giuseppe De Vergottini
- Sergio Fois
- Stefano Folli
- Stefania Fuscagni
- Giulio Giorello
- Carlo Guarnieri
- Sebastiano Maffettone
- Vittorio Mathieu
- Gerardo Mombelli
- Piergiuseppe Monateri
- Piero Ostellino
- Angelo Panebianco
- Angelo Maria Petroni
- Renato Angelo Ricci
- Franco Romani
- Sergio Romano
- Fabio Roversi Monaco
- Massimo Teodori
- Orietta Zanato Orlandini

Sedi:

ROMA - Via Veneto, 7 - Tel.-Fax 06/6784360

MILANO - Viale Tunisia, 39 - Tel. - Fax 02/6552166

E-mail: socaperta@tin.it

INDICE

La tradizione liberale <i>Nicola Matteucci</i>	p. 7
FONDAZIONI Fondazioni non profit in Italia <i>Pier Giuseppe Monateri</i>	p. 15
Neutralità fondazioni e pluralismo istituzionale <i>Fabio Roversi Monaco</i>	p. 24
MAGISTRATURA Giudiziario, potere “neutro” <i>Giovanni Bognetti</i>	p. 35
Indipendenza della magistratura e sindacalismo giudiziario <i>Carlo Guarnieri</i>	p. 48
AUTHORITIES Le autorità indipendenti tra amministrazione e neutralità <i>Vincenzo Caianiello</i>	p. 59
Autorità amministrative indipendenti <i>Giuseppe De Vergottini</i>	p. 90
Autorità indipendenti e mercato <i>Alberto Pera</i>	p. 99

LA NEUTRALITA' MASCHERATA

Né competizione, né cooperazione

Luigi Compagna

p. 113

**Poteri neutri e
dimensione della mano pubblica**

Angelo Maria Petroni

p. 120

Parlamento e poteri neutri

Massimo Teodori

p. 126

I nostri libri

La Cornice/Blu

- * Bruno Leoni: le pretese e i poteri: le radici individuali del diritto e della politica *a cura di M. Stoppino*
- * Principi di economia politica *di Carl Menger*

La Cornice/Verde

- * Il pensiero politico di Karl Popper *di Jeremy Shearmur*
- * Critica della ragione incerta *di Stefano Gattei*

La Cornice/Rossa

- * 1956 - Cominciò a Budapest... *di Aa. Vv.*
- * I partiti politici e la loro ingerenza nella giustizia e nell'amministrazione *di Marco Minghetti*
- * Il mercato della corruzione *di Alberto Vannucci*
- * Breve storia del presidenzialismo in Italia (1946-1992) *di Antonio Carioti*

Instant

- * L'informazione violenta *di Karl Popper*
- * Teledemocrazia: sudditi o cittadini? *di Giorgio Zanchini*
- * L'eredità di von Hayek *di Nicola Matteucci*
- * Società libera *di Dharendorf, Matteucci, Sartori, Tatò e altri*

Fuori collana

- * Karl Popper 1902-1994 - Catalogo della mostra "Karl Popper - La ricerca non ha fine" Milano 1997
- * I fuoricampo di Milano Metropoli *di A. Aleotti*
- * Poesie *di Riccardo Caminiti*

I nostri volumi si possono acquistare nelle migliori librerie oppure ordinandoli direttamente presso la nostra casa editrice a mezzo fax: 02/97295339 o E-mail: fgagora@tin.it