

BANCA D'ITALIA

Quaderni di ricerca giuridica

della Consulenza legale

**Norme delle autorità indipendenti e regolamento del mercato:
alcune riflessioni**

di Enrico Galanti



Numero 41 - Novembre 1996

Quaderni di ricerca giuridica

della Consulenza legale

All'analisi economica e tecnica, sulla quale si basa l'azione che la Banca d'Italia svolge come banca centrale e organo di vigilanza, si accompagna, con crescente impegno, quella giuridica dei fenomeni creditizi e monetari e, più in generale, dei profili istituzionali dell'attività economica.

All'interno dell'Istituto è attribuito alla Consulenza Legale, accanto alle funzioni contenziosa e consultiva, il compito di svolgere indagini e ricerche in materia giuridico-bancaria.

I "Quaderni di ricerca giuridica" intendono essere, nell'ambito della Banca d'Italia e del sistema bancario, strumento di diffusione di lavori prodotti prevalentemente da appartenenti alla Consulenza Legale e originati da ricerche di specifico interesse per l'Istituto.

I "Quaderni" riflettono esclusivamente le opinioni dei singoli autori e non intendono, quindi, rappresentare posizioni ufficiali della Banca d'Italia.

Coordinatori:

PIETRO DE VECCHIS, GIUSEPPE VITTIMBERGA, VINCENZO CATAPANO, SERGIO LUCIANI, PAOLO ZAMBONI GARAVELLI, LUCIO CERENZA.

**Norme delle autorità indipendenti e regolamento del mercato:
alcune riflessioni**

di Enrico Galanti

Numero 41 - Novembre 1996

INDICE

| | Pag. |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| 1. Introduzione | 7 |
| 2. Poteri normativi e tipologie di autorità indipendenti | 8 |
| 3. La normazione delle autorità indipendenti oltre l'ordinamento sezionale | 13 |
| 4. Atti amministrativi generali ed atti regolamentari delle autorità indipendenti | 17 |
| 5.1 L'influsso del diritto comunitario sulle autorità indipendenti | 20 |
| 5.2 Autorità indipendenti e formazione del diritto comunitario | 22 |
| 5.3 Direttive UE e normativa secondaria | 25 |
| 6. Il necessario fondamento legislativo dei poteri di normazione subprimaria | 26 |
| 7. Prime considerazioni sul regolamento del mercato previsto dall'art. 47 del d. lgs. n. 415/96 | 28 |
| 8. Potere normativo delle autorità indipendenti e Costituzione | 33 |
| 9. Norme delle autorità indipendenti e regolamenti governativi | 35 |
| 10. Conclusioni | 37 |

1. Introduzione

Negli ultimi anni, con il crescente ricorso da parte del legislatore all'istituzione di c.d. autorità amministrative indipendenti, si è manifestato anche un certo interesse della dottrina giuridica verso questi organismi di controllo di settori particolarmente delicati dell'economia o comunque di salvaguardia di interessi ritenuti particolarmente meritevoli di tutela (1).

È interessante notare come si sia ripetuta, nello studio delle autorità amministrative indipendenti, una vicenda analoga a quella che a suo tempo interessò gli enti pubblici in genere. La dottrina si è infatti in un primo tempo dedicata ad individuare gli elementi che caratterizzano la specie, arrivando tuttavia ben presto a riconoscere di essere di fronte ad una categoria alquanto disomogenea e dal valore descrittivo più che sistematico (2).

A questa presa di coscienza, è seguito poi un certo distacco nei confronti dell'argomento, quasi che la constatazione della scarsa praticabilità di una ricostruzione sistematica della materia, avesse tolto interesse a qualsiasi approfondimento.

Ad una prima fase di studio, anche appassionato, dei motivi che hanno favorito il proliferare della categoria e delle analogie e delle differenze che connotano gli organismi che ad essa si suole ricondurre, non hanno poi fatto seguito adeguate analisi dei singoli aspetti del fenomeno che sembra invece in questa fase l'approccio più utile, sia dal punto di vista pratico che teorico.

Vi sono infatti una serie di problematiche che accomunano tutte o gran parte le figure che si suole ricondurre alla categoria che ancora attendono un'indagine approfondita. Si pensi, solo per fare qualche esempio, alla definizione del concetto stesso di autonomia ed

(1) Sulle amministrazioni indipendenti in generale e in alcune problematiche di tipo particolare, oltre ai più recenti manuali di diritto amministrativo e di diritto pubblico dell'economia, cfr. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, p. 549; ID., *Proposta di norme sulle autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, p. 487; MASSERA, "Autonomia" e "indipendenza" nell'amministrazione dello Stato, in *Scritti Giannini*, Milano, 1988, III, p. 449; VESPERINI, *Le funzioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1990, I, 415; CAGLI, *Il quadro normativo delle amministrazioni pubbliche indipendenti*, in *Foro amm.*, 1991, p. 1627; LONGOBARDI, *Le "amministrazioni indipendenti": profili introduttivi*, in *Scritti per M. Nigro*, II, Milano, 1991, p. 173; BASSI - MERUSI (a cura di) *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano 1993; SIRIANNI, *Nuove tendenze legislative in materia di amministrazioni indipendenti*, in *Nomos*, 1993, p. 75; CAPRIGLIONE, *Le autorità di controllo dell'ordinamento finanziario*, in AMOROSINO (a cura di), *Le banche regole e mercato dopo il Testo Unico delle leggi creditizie*, Milano, 1995, p. 109; ID., *Le amministrazioni di regolazione dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*, in *Banca borsa*, 1995, I, p. 58; CRISCI, *La proliferazione delle autorità amministrative indipendenti*, *Cons. St.*, 1995, II, p. 787; EMILIOZZI, *Le decisioni delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. soc.*, 1995, p. 365; MIGNOLI, *Ricorso straordinario al Capo dello Stato e autorità amministrative indipendenti*, in *Foro amm.*, 1995, p. 2460; PEDACI, *Riforma della pubblica amministrazione ed autorità amministrative indipendenti: soluzione o nuovo mito?*, in *TAR*, 1996, II, p. 41; PEREZ, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 115; PERICU, *Brevi riflessioni sul ruolo istituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 1; DURET, *Le autorità indipendenti: ovvero dei personaggi in cerca di autore*, in *Jus*, 1996, p. 197. Di utile lettura in materia è anche la *Relazione sulla riforma dell'amministrazione centrale* (18 giugno 1985) della Commissione per la modernizzazione delle istituzioni (nota anche come "Commissione Piga"), edita in *Riv. trim. sc. amm.*, 1985, n. 3, p. 85, primo testo ufficiale nel quale appare il sintagma "amministrazioni indipendenti" (cfr. in part. p. 115 s.).

(2) Di una notevole disomogeneità fra le autorità amministrative indipendenti parlano CAGLI, *op. cit.*, p. 1628 e PEREZ, *op. cit.*, p. 124 per la quale la denominazione non ha valore scientifico. Per l'impossibilità di individuare un modello unitario od una categoria giuridica ben definita di amministrazione indipendente, LONGOBARDI, *op. cit.*, p. 184 ss. e MASSERA, *op. cit.*, p. 477. Il valore più che altro descrittivo della categoria è messo in luce anche da MARZONA, *Gli organi di controllo pubblico sulle società*, in *Banca borsa*, 1995, I, p. 533.

al rapporto di questi organismi con il potere esecutivo (1), ai problemi attinenti alla scelta ed alla nomina degli esponenti di vertice ed alle garanzie a presidio di una loro effettiva indipendenza (2), a quelli concernenti la legittimazione democratica di tali organismi (3) e così via.

Fra tali argomenti spicca quello dell'attribuzione a molte di queste figure soggettive di poteri di normazione secondaria a rilevanza esterna. Ad esso sono rivolte queste riflessioni che vogliono essere quindi un'indagine di alcune problematiche poste dal conferimento di poteri normativi alle autorità indipendenti.

2. Poteri normativi e tipologie di autorità indipendenti

In realtà, l'attribuzione da parte del legislatore di poteri di normazione secondaria ad alcune autorità indipendenti non è passata inosservata e parte della dottrina che ha tentato di individuare i tratti caratterizzanti la categoria vi ha esattamente incluso l'autonomia normativa (4); sono inoltre presenti in letteratura accenni alle problematiche sollevate dai poteri "regolamentari" non governativi (5).

In effetti, già da tempo la dottrina giuspubblicistica aveva posto in luce come il vocabolo di origine filosofica "autonomia", trasposto in campo giuridico, si riferisse all'inizio

(1) Mette in luce come l'autonomia e l'indipendenza siano soprattutto nei confronti del potere esecutivo, CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle "amministrazioni indipendenti"*, in BASSI - MERUSI, *op. cit.*, p. 3 s. mentre di indipendenza, più in generale, nei confronti delle strutture burocratiche dello Stato persona parla MEZZACAPO, *L'indipendenza della Banca d'Italia*, *ivi*, p. 33. Sottolinea invece l'esigenza di indipendenza dal potere economico, oltre che da quello politico, CAGLI, *op. cit.*, p. 1627. Il tratto caratterizzante delle amministrazioni indipendenti è individuato nella loro posizione di neutralità rispetto agli interessi coinvolti (in qualche modo simile alla terzietà del giudice) da VESPERINI, *op. cit.*, p. 419, 425, 443 ss. La preoccupazione che l'accentuarsi del fenomeno possa pregiudicare l'unità dell'indirizzo amministrativo, è espressa da CRISCI, *op. cit.*, p. 788.

(2) Quello della nomina degli esponenti di vertice è in realtà uno degli argomenti sul quale la dottrina che si è occupata delle autorità indipendenti in generale si è sovente soffermata, giungendo talvolta a fare della nomina da parte dei Presidenti delle Camere un tratto distintivo della categoria. In tal senso SIRIANNI, *op. cit.*, p. 76. Parte della dottrina tende però, giustamente, a svalutare tale elemento come indice di indipendenza, notando come la sottrazione all'esecutivo del potere di nomina dei vertici delle autorità indipendenti non elimini i condizionamenti politici: cfr. in tal senso CRISCI, *op. cit.*, p. 791 s. e LONGOBARDI, *op. cit.*, p. 206.

(3) Per un accenno a tale importante problema, che deriva dal fatto che alle amministrazioni indipendenti è spesso demandata la determinazione degli indirizzi di settore, cfr. LONGOBARDI, *op. cit.*, p. 201 s., in nt. n. 58.

(4) Cfr., ad es. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, p. 6, che parla di "capacità di determinare la propria azione nell'esercizio dei poteri attribuiti dalla legge, anche mediante l'emanazione, ..., degli atti di normazione secondaria, senza soggezione al potere regolamentare e direttivo dell'autorità di governo." La funzione, "latu sensu", di regolamentazione di interessi collettivi in alcuni settori particolarmente rilevanti, viene individuata come elemento caratterizzante l'indipendenza da FRANCHINI, *op. cit.*, p. 556 ss. e da VESPERINI, *op. cit.*, p. 427 s. L'attribuzione di rilevanti poteri di tipo regolamentare ad alcune autorità indipendenti (in particolare modo la CONSOB e la Banca d'Italia) ha poi sollecitato l'attenzione di alcuni autori anche per i problemi costituzionali e di gerarchia delle fonti che essa pone. Al riguardo cfr., CAGLI, *op. cit.*, p. 1650; CARDI, *La CONSOB come istituzione comunitaria*, in BASSI - MERUSI, *op. cit.*, p. 100 ss.; MASSERA, *op. cit.*, p. 470 ss. (tutti e tre con riferimento alla CONSOB); MEZZACAPO, *op. cit.*, p. 56 ss. (per quanto riguarda la Banca d'Italia). Sul Garante per la radiodiffusione e l'editoria cfr. il contributo di DI MINICO, *I poteri normativi del Garante per la radiodiffusione e l'editoria*, in *Pol. dir.*, 1995, p. 511, ove vengono anche svolte alcune considerazioni di carattere generale sulla costituzionalità dell'attribuzione di poteri regolamentari ad autorità indipendenti.

(5) Per una trattazione interessante in materia, cfr. PREDIERI, *Il nuovo assetto dei mercati finanziari e creditizi nel quadro della concorrenza comunitaria*, Milano, 1992, p. 205 ss.

essenzialmente all'autonomia normativa e che, anche successivamente, quest'ultima fosse senz'altro l'accezione più corretta del termine (1).

L'autonomia normativa veniva quindi definita come il potere attribuito all'ente non sovrano di emanare norme giuridiche equiparate a quelle dell'ente sovrano o che si inseriscono nel suo ordinamento. Si poneva quindi in luce la differenza tra un potere siffatto e quello, più diffuso, di emanare norme meramente interne senza efficacia costitutiva dell'ordinamento generale, rilevando come non tutti gli enti pubblici ne fossero provvisti (2).

A distanza di tempo queste conclusioni dottrinali sembrano ancora valide anche se vanno rapportate ad un contesto ordinamentale arricchito dall'operare delle norme dell'ordinamento comunitario, dall'intervento di disposizioni generali sull'esercizio di poteri normativi del governo e dall'entrata in scena delle amministrazioni indipendenti.

Se, dunque, l'autonomia è innanzitutto autonomia normativa, sembra utile distinguere all'interno delle varie figure soggettive che si suole ricondurre alla categoria delle autorità indipendenti quelle che sono dotate o meno di tale attributo.

Tuttavia, prima ancora di procedere a tale distinzione, si può ricordare come sia stato già notato che l'ambito di estensione della categoria stessa dipende dai criteri che si utilizzano. Un approccio più restrittivo, basato sulle sole caratteristiche organizzative della piena indipendenza dal Governo (essenzialmente la nomina da parte dei Presidenti delle Camere), porterebbe a considerare solo le c.d. "autorità garanti" (concorrenza, radiodiffusione ed editoria, ecc.). Un'impostazione più aperta, basata su elementi funzionali (capacità di agire autonomamente dal Governo), condurrebbe invece ad includere nella categoria anche le autorità di controllo di settore quali la Banca d'Italia, la CONSOB e, forse, l'ISVAP (3).

Se a questa suddivisione, basata su parametri organizzativi e funzionali, aggiungiamo quella fondata sull'attribuzione o meno di autonomia normativa, ci accorgiamo che esse sostanzialmente coincidono nel senso che le autorità del primo tipo (i garanti) non sono di solito dotate di rilevanti poteri normativi mentre quelle del secondo (che potremmo convenzionalmente definire di controllo di settore) sì.

Il motivo di questa differenza sta, evidentemente, nella diversità di attribuzioni e di ruoli. Le autorità garanti hanno infatti un numero tutto sommato limitato di competenze di amministrazione attiva ed i loro compiti sono essenzialmente istruttori, di monitoraggio di settore, di controllo di legalità. Esse non sono prive di funzioni decisorie con adozione di provvedimenti amministrativi di tipo classico ma, anche quando operano in siffatta maniera, si limitano ad agire in un campo predeterminato dalla legge e ad applicare quest'ultima.

Esse sono, almeno allo stato attuale, per lo più prive di compiti di regolamentazione tali da far suggerire o comunque scegliere di attribuire loro significativi poteri di norma-

(1) Fondamentali in tal campo gli apporti di GIANNINI, *Autonomia (saggio sui concetti di autonomia)*, in *Riv. trim., dir. pubbl.*, 1951, p. 864 e, soprattutto, la voce *Autonomia: teoria generale e diritto pubblico*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 396, per il concetto espresso nel testo, cfr., in particolare, p. 356. Il nesso inscindibile fra autonomia ed autonomia normativa è colto del resto anche dalla dottrina più recente. Cfr., ad esempio, MODUGNO, *Atti normativi*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1989, p. 3, secondo il quale l'autonomia degli enti pubblici comporta sempre una "potestà-attività normativa secondaria".

(2) GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 356 ss.

(3) CERULLI IRELLI, *op. cit.*, p. 5.

zione secondaria (1). Nel loro caso siamo di fronte ad una funzione, spesso quasi giustiziale, di applicazione della legge che può far sembrare non incongruo l'accostamento alla figura del giudice (2).

Al contrario, alle autorità che si sono definite di controllo di settore sono di solito attribuiti compiti di regolamentazione basati sull'emanazione, sia a mezzo di atti amministrativi generali che di atti anche formalmente normativi, di disposizioni subprimarie. Ad esse la legge conferisce spesso, soprattutto a causa della tecnicità delle materie oggetto di disciplina e dell'esigenza di pronto adattamento delle disposizioni a delle realtà in rapida evoluzione, una delega di regolamentazione.

All'interno di quest'ultima categoria l'attribuzione o meno di poteri normativi, la loro estensione, la tipologia degli atti normativi e la loro posizione rispetto ad analoghi "provvedimenti" di altre autorità amministrative aventi competenze nello stesso campo, finiscono per avere un riflesso diretto sulla stessa possibilità di qualificare "indipendente" un'amministrazione o, comunque, influiscono senz'altro sul suo grado di autonomia.

Mentre infatti per le autorità garanti (che decidono applicando la legge) la rilevanza degli interessi tutelati, la nomina non governativa degli esponenti, l'autonomia nelle sue varie forme (di gestione, finanziaria, contabile, ecc.) sono indici sufficienti di indipendenza, sembra non possa dirsi altrettanto per quelle di controllo di settore.

Infatti, se quest'ultime agiscono come amministrazioni all'interno di uno "spazio" regolato anche da norme di rango sublegislativo, è chiaro come non sia affatto indifferente, ai fini della loro qualificazione come "indipendenti" o meno, il fatto che tali disposizioni secondarie siano emanate da esse stesse oppure (in tutto od in parte) da altre pubbliche autorità.

Sembrerebbe infatti impossibile qualificare come "indipendente" un'autorità che, pur dotata dei requisiti poc'anzi elencati, si limitasse ad applicare (oltre che la legge) una normativa subprimaria di un'altra amministrazione. Viceversa, ci parrebbe possibile qualificare indipendente quell'autorità che, ancorché priva di uno dei ripetuti requisiti (ad

(1) Anche fra tali autorità vi sono comunque delle differenze. Mentre infatti all'Autorità garante della concorrenza e del mercato sono attribuiti soltanto poteri normativi relativi all'organizzazione interna ed alla gestione delle spese (art. 10, comma 6° l. n. 287/1990), al Garante per la radiodiffusione e l'editoria, accanto a quest'ultimi (art. 6, comma 8° l. n. 223/1990), sono conferiti anche alcune limitate attribuzioni normative a carattere esterno. Si tratta: del regolamento relativo ai criteri di nomina dei componenti il Consiglio consultivo degli utenti (art. 28, comma 2° l. n. 223/1990); delle disposizioni relative alle modalità ed ai contenuti della comunicazione che devono pubblicare gli editori ed i titolari di concessioni radiotelevisive che intendono diffondere propaganda elettorale (art. 1, comma 2° l. n. 515/1993); delle regole cui detti soggetti devono attenersi per assicurare la parità di utilizzazione degli spazi di propaganda e la definizione dei prezzi di cessione degli spazi (art. 1, comma 3° l. n. 515/1993).

(2) Per l'accostamento delle autorità indipendenti alla figura del giudice cfr. soprattutto VESPERINI, *op. cit.*, p. 419, 425, 443 s., secondo il quale nell'espletamento delle loro funzioni le autorità indipendenti "non dispongono di autonomi poteri discrezionali di apprezzamento e cura" degli interessi loro affidati rispetto ai quali "... assumono, pertanto, una posizione di 'neutralità' ...". Tale accostamento (per il quale cfr. anche la *Relazione sulla riforma dell'amministrazione centrale*, cit., p. 115 s.) sembra però giustificato soltanto per le autorità garanti, non per quelle di controllo di settore alle quali vengono invece conferiti rilevanti poteri di tipo discrezionale ed autoritativo nel senso classico del termine: si pensi solo alle numerose autorizzazioni od ai provvedimenti di gestione delle crisi. L'assimilazione (presente anche nella dottrina francese: cfr. AUTIN, *Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: un autre mode de régulation*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1988, n. 5, p. 1213 ss.) è in un certo qual senso resa evidente anche dal legislatore laddove l'appartenenza alle alte magistrature figura spesso (in alternativa con altre) fra le qualificazioni che devono essere possedute da coloro che possono essere nominati membri di tali organismi (cfr., ad es., art. 10.2 l. n. 287/90 ed art. 6.1 l. n. 223/90), cosa che non avviene invece per le autorità di controllo di settore.

es. la nomina "non governativa" degli esponenti) fosse investita di estesi poteri di normazione secondaria (si pensi alla CONSOB).

Un esempio illuminante di come il conferimento o meno di poteri normativi incida sull'indipendenza, anche a parità di attribuzioni di amministrazione attiva, è quello dell'ISVAP. Tale Istituto, anche dopo il d.p.r. 18 aprile 1994 n. 385, che ha notevolmente rafforzato la sua posizione nei confronti del Ministero dell'Industria, trasferendogli tutte le attività di controllo e vigilanza sulle assicurazioni non espressamente previste ed in precedenza esercitate dal ministero stesso (1), non è titolare di consistenti poteri di normazione secondaria in qualche modo paragonabili a quelli conferiti alla CONSOB od alla Banca d'Italia (2).

Quello che si può notare è che in materia assicurativa la regolamentazione è più che altro di livello primario mentre, per quanto riguarda il settore bancario e finanziario, il processo di delegificazione (talvolta con attribuzione di poteri anche formalmente regolamentari) è stato più accentuato (3).

Qualora, in futuro, anche il settore delle assicurazioni fosse interessato da un fenomeno di arretramento della legge formale analogo a quello che ha interessato il mercato del credito e quello mobiliare in generale, non si può escludere che l'ISVAP, se verrà confermata la tendenza già presente nel d.p.r. n. 385/1994 a rafforzare il ruolo dell'Istituto stesso, potrà vedere ulteriormente incrementate le proprie attribuzioni di normativa secondaria compiendo così un ulteriore passo verso l'affermazione a pieno titolo della propria identità di amministrazione indipendente (4).

La distinzione che si è andata tracciando fra autorità garanti, che non esercitano rilevanti funzioni normative ed autorità di controllo di settore, per le quali l'attribuzione o meno di tali funzioni incide sull'indipendenza, ha ovviamente carattere tendenziale. Essa non è rigida, come dimostra da un lato l'attribuzione di funzioni di garanzia ad autorità di con-

(1) Per i rapporti fra ISVAP e Ministero prima del citato d.p.r. n. 385/94, cfr. M. NIGRO, *La riforma della vigilanza sulle assicurazioni e la posizione dell'ISVAP*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 1040. Sulla più recente riforma, cfr. FARENGA, *Il progetto di riforma dell'ISVAP: in particolare il rapporto ISVAP-Ministero dell'Industria*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, p. 139, apparso prima della pubblicazione del d.p.r. n. 385/94 e riferentesi ad un più ampio disegno di legge i cui contenuti sono stati solo in parte ripresi dal d.p.r. stesso.

(2) Secondo FARENGA, *op. cit.*, p. 140: "... appare ancora lontana la figura dell'ISVAP come organismo di controllo con pieni poteri sul sistema assicurativo, così come lo è la Banca d'Italia sul sistema creditizio o la CONSOB sul mercato mobiliare."

(3) Di recente sembrano comunque aumentate le ipotesi di provvedimenti amministrativi generali dell'ISVAP. Per limitarci al d. lgs. 17 marzo 1995, n. 174 (attuazione della direttiva 92/96 CEE in materia di assicurazione diretta sulla vita), si possono menzionare: *a*) le disposizioni in materia di ipotesi attuariali (art. 22, comma 2°); *b*) la fissazione di un tasso di interesse tecnico massimo per i contratti che contengono una garanzia di tasso di interesse (art. 23, comma 1°); *c*) le disposizioni in materia di riserve tecniche (art. 24, comma 1°); *d*) il potere di consentire in circostanze eccezionali l'adozione di un tasso di interesse superiore nel calcolo delle riserve tecniche (art. 25, comma 13°); *e*) quello di stabilire le modalità di messa a disposizione del pubblico dei metodi e delle basi utilizzati per la valutazione delle riserve tecniche (art. 25, comma 15°); *f*) la fissazione di regole per la valutazione degli attivi (art. 27, comma 3°); *g*) le disposizioni in materia di limiti massimi di investimento per singole categorie di attivi (art. 29, commi 2° e 3°); *h*) i criteri per la determinazione degli utili realizzati e della durata media dei contratti (art. 33, comma 4°). Analoghi poteri sono presenti nel d. lgs. n. 175/95 sull'assicurazione diversa da quella sulla vita.

(4) La realizzazione di un testo unico in materia assicurativa (analogamente a quanto avvenuto nel campo bancario) e l'equiparazione dell'ISVAP alle altre autorità di vigilanza è stata a suo tempo auspicata dall'allora Presidente dell'Istituto stesso in un'intervista edita dal *Sole 24 ore* del 28 aprile 1994, p. 25 con il titolo *Sangiorgio: "Serve un Testo unico per le compagnie di assicurazione"*.

trollo di settore (1) e, dall'altro, il fatto che, come si è visto, non mancano attribuzioni normative esterne conferite ad autorità garanti in connessione con compiti di amministrazione attiva (2) ed è possibile che, in futuro, tale fenomeno sia destinato ad aumentare (3).

Tutte e due i tipi di autorità infatti sono caratterizzate (anche se in modo variabile) da alcuni connotati: la cura di interessi c.d. "sensibili", la conseguente esigenza di indipendenza dall'apparato di Governo e dalla politica in generale, le garanzie a presidio di tale esigenza (peculiarità nomina organi, autonomie di vario tipo, particolare qualificazione del personale, ecc.).

Quello che differenzia le due categorie è quindi proprio l'attribuzione di poteri normativi funzionale al controllo di settori particolarmente rilevanti della vita economico-sociale.

Un esempio di quanto questa distinzione (come tutte quelle tentate in sede dottrinale) abbia carattere relativo, sembra possa essere rinvenuto nelle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, disciplinate dalla l. 14 novembre 1995, n. 481 (4).

Questi nuovi organismi infatti, sebbene assimilabili (sin dalla denominazione) più alle autorità garanti già esistenti che non a quelle di controllo di settore, in quanto titolari di funzioni di *fair play regulation* piuttosto che di *prudential regulation* (5), sono nondimeno dotati di alcuni poteri di tipo normativo.

Oltre ai regolamenti per l'organizzazione interna ed il funzionamento e la pianta organica del personale (art. 2, comma 28° l. n. 481/95), che non hanno un'efficacia esterna e sono simili ad altri provvedimenti già previsti per le Autorità già esistenti (cfr., ad es., art. 10, comma 6° l. n. 287/90), particolare menzione va fatta del regolamento per la disciplina delle audizioni periodiche delle associazioni di consumatori e di utenti, ambientaliste, sindacali e di imprese e lo svolgimento di rilevazioni sulla soddisfazione degli utenti e sull'efficacia dei servizi, previsto dall'art. 2, comma 23° l. n. 481/95.

Tale provvedimento, nella parte in cui disciplina un procedimento amministrativo, sembra avere infatti natura anche sostanzialmente regolamentare. La l. n. 481/95 prevede poi altri atti amministrativi generali: 1) le direttive per la separazione contabile ed organizzativa (art. 1, comma 12°, lett. f); 2) le direttive sulla produzione e l'erogazione dei servizi da parte degli esercenti (art. 1, comma 12°, lett. h); 3) le direttive per assicurare l'individuazione delle diverse componenti delle tariffe, dei tributi ed altri oneri (art. 3, comma 3°); 4) i provvedimenti generali in materia di sistemi di perequazione fra gli esercenti il servizio (art. 3, comma 6°).

(1) Come nel caso del conferimento alla Banca d'Italia di alcune attribuzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nei confronti delle banche, ai sensi dell'art. 20, comma 2° della l. n. 287/90.

(2) È il caso del Garante per la radiodiffusione e l'editoria.

(3) Come potrebbe far ritenere l'istituzione delle nuove Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, sul quale ci si soffermerà fra breve.

(4) Per una cronistoria della nascita di tali Autorità, ritenute indispensabili per la realizzazione di un serio programma di privatizzazioni e del travagliato iter parlamentare del menzionato testo normativo, cfr. CALDERONI, *La lunga marcia verso l'Authority*, in *Il Sole 24 ore*, 10 novembre 1995, p. 28. Sulle esigenze che hanno portato all'istituzione di tali Autorità, cfr. ARRIGONI, *Regolazione e gestione delle "public utilities": principio di separazione e libera concorrenza nell'applicazione di principi costituzionali e comunitari*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, p. 87.

(5) Le finalità della legge n. 481/95 sono infatti quelle "di garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, ..., nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e di redditività, assicurando la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori ..." (art. 1, comma 1°).

Siamo qui di fronte, come reso manifesto dalla terminologia stessa impiegata dalla legge, ad atti amministrativi generali che hanno come destinatari per lo più gli esercenti il servizio e non sono quindi rivolti alla generalità. Essi però, pur non essendo atti (anche solo sostanzialmente) normativi, manifestano una spiccata attitudine ad incidere, seppur indirettamente, soprattutto tramite il regolamento di servizio (cfr. art. 3, comma 37^o ed art. 1, comma 12^o, lett. h), sui interessi di soggetti utenti .

3. La normazione delle autorità indipendenti oltre l'ordinamento sezionale

Un'analisi delle principali problematiche relative ai poteri normativi delle autorità indipendenti è destinata a fare i conti con la teoria dell'ordinamento sezionale nell'ambito della quale fu per la prima volta studiato il fenomeno della produzione di disposizioni da parte delle autorità di settore, dando ad esso adeguata collocazione sistematica.

Com'è noto la teoria dell'ordinamento sezionale, derivazione della teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici elaborata da Santi Romano (1), venne formulata dal Giannini con riferimento al settore del credito (2).

Essa si basava sull'osservazione della ricorrenza dei tre elementi tipici dell'ordinamento: plurisoggettività, organizzazione e normazione. Quanto a quest'ultima veniva chiarito che essa era la risultante di un insieme di atti normativi dello Stato e delle autorità pubbliche di settore e che questi secondi hanno valore normativo all'interno dell'ordinamento sezionale e valore (per lo più) amministrativo nell'ordinamento generale (3).

Uno dei tratti salienti dell'ordinamento creditizio, delineato dalla legge bancaria del 1936-38 ed osservato dal Giannini all'atto della prima elaborazione della sua teoria, era quello della funzionalizzazione giuridica dell'attività creditizia nel senso che l'ottimo impiego del credito veniva assunto tra i fini statali (4).

A questo aspetto della teoria si rivolge un primo nucleo di critiche avanzato da chi, dopo l'avvento della Costituzione repubblicana, ha escluso che l'impresa bancaria potesse essere ancora concepita come un'impresa-funzione (5).

A questo rilievo veniva però replicato da un lato che funzionalizzazione dell'impresa ed ordinamento sezionale non sono necessariamente coincidenti, nel senso che può riscon-

(1) S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1946; ID., *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1943, p. 3 ss. e 53 s.

(2) GIANNINI, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, 1949, p. 105 e, prima ancora, ID., *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Padova, 1939, III. Per un'efficace sintesi storica della teoria, dell'accoglimento che essa ebbe nel tempo da parte della dottrina, delle critiche ad essa avanzate cfr. AMOROSINO, *Gli ordinamenti sezionali: itinerari d'una categoria teorica l'archetipo del settore creditizio*, in *Dir. dell'econ.*, 1995, p. 363, il quale conclude per la sua perdurante validità.

(3) GIANNINI, *Istituti di credito ...*, cit., p. 111 e 116 ss.

(4) GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 105.

(5) Cfr. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1986, p. 139 ss. (tale critica viene ripresa anche nell'ultima edizione della stessa opera, (Bologna, 1994, p. 181 ss.); MERUSI, *Interessi e fini nei controlli sugli intermediari finanziari*, in *Banca borsa*, 1989, I, p. 169.

trarsi anche l'una senza l'altro e viceversa (1), dall'altro che ordinamenti sezionali non sono solamente quelli in cui l'intero elemento della plurisoggettività è funzionalizzato ma anche quelli in cui i soggetti dell'ordinamento sono accomunati dal semplice svolgimento della stessa attività economica o professionale (2).

La perdurante validità della teoria dell'ordinamento sezionale è stata posta in discussione, da un punto di vista in parte diverso, anche da chi ha notato come lo schema stesso non sia più in grado di spiegare una realtà economica che ha visto prevalere dapprima un mercato regolato con esclusione di poteri di indirizzo governativo ed, infine, un mercato concorrenziale, con forti elementi di innovazione finanziaria, affermatosi sotto l'impulso della normazione comunitaria (3).

Anche a queste critiche è stato però replicato, con riferimento al settore del credito, che il disegno risultante dal nuovo testo unico ha confermato e per alcuni versi addirittura rafforzato, seppur con alcune modificazioni ed espungendo ogni possibilità di funzionalizzazione, la struttura dell'ordinamento sezionale inteso come complesso di organizzazione-normazione (4).

Sembrerebbe allora utile analizzare quale sono stati sul piano dell'evoluzione economica e normativa i fattori che hanno messo in crisi la teoria dell'ordinamento sezionale (secondo alcuni), ovvero ne hanno comunque comportato rilevanti variazioni funzionali (secondo altri).

Un primo importante elemento sembra doversi rinvenire nelle disposizioni che hanno consentito la vigilanza su base consolidata ed hanno disciplinato il gruppo creditizio (5). L'affermarsi del modello del gruppo ha infatti attratto le partecipazioni bancarie nell'orbita dei poteri di vigilanza, consentendo alle autorità di controllo di intervenire nei confronti di soggetti non iscritti all'albo delle banche.

Bisogna poi notare che se in un primo tempo tali poteri erano per lo più diretti a rendere possibile il controllo delle informazioni necessarie a consentire il consolidamento (art. 1.2 l. n. 114/86), successivamente si è arrivati ad un sistema di vigilanza (informativa, ispettiva e regolamentare) e di gestione delle situazioni di crisi assai simile a quello concepito per le banche (cfr. rispettivamente artt. 59 ss. e 98 ss. t.u.).

Il fenomeno non è sfuggito ai sostenitori della perdurante validità della teoria dell'ordinamento sezionale, i quali hanno osservato come quest'ultimo non sia più limitato all'at-

(1) SANGIORGIO, *Profilo istituzionale della disciplina pubblicistica del credito*, in Banca d'Italia, *Quad. ric. giur.*, n. 14, Roma, 1987, p. 24 s.

(2) M.S. GIANNINI, *Gli ordinamenti sezionali rivisitati*, in Studi Vignocchi, Modena, 1992, p. 757.

(3) Cfr. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in BASSI - MERUSI, *op. cit.*, diffusamente e, soprattutto, p. 153. Scetticismo sulla possibilità di configurare gli assetti attuali alla stregua dell'ordinamento sezionale, mostrano anche PREDIERI, *La regolazione del mercato creditizio nella prospettiva dell'Unione europea*, in AMOROSINO (a cura di), *Le banche regole e mercato*, cit., p. 25; MARZONA, *Gli organi di controllo pubblico sulle società*, in *Banca borsa*, 1995, p. 540 e MOROSINI, *La vigilanza nel nuovo testo unico*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1995, p. 353 s.; UBERTAZZI, *Concentrazioni bancarie e mercato unico europeo*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1989, I, p. 177.

(4) GIANNINI, *Il nuovo testo unico delle leggi bancarie e l'ordinamento sezionale del credito*, in AMOROSINO, (a cura di) *Le banche regole e mercato*, cit., p. 9; AMOROSINO, *Gli ordinamenti sezionali*, cit., p. 380 ss.

(5) Ci si riferisce alle disposizioni contenute dapprima nella l. 17 aprile 1986, n. 114, poi negli artt. 24 e ss. del d. lgs. 20 novembre 1990, n. 356 ed, infine, negli artt. 59 e ss. e 98 e ss. del t.u.

tività bancaria in senso stretto ma ricomprenda in parte anche quella finanziaria, per lo meno per quanto riguarda le società finanziarie e strumentali appartenenti al gruppo (1).

Bisogna però rilevare che se si può sostenere di essere ancora in presenza di un ordinamento sezionale, si deve nel contempo ammettere che esso è qualcosa di morfologicamente assai diverso da quello originario, basato esclusivamente su di una categoria di soggetti facilmente identificabili mediante l'iscrizione all'albo, iscrizione che rappresentava appunto l'atto di ingresso nell'ordinamento medesimo.

Dire che l'ordinamento sezionale è oggi composto non solo dalle banche ma anche da tutte le componenti il gruppo (per le quali soccorre ancora l'albo di cui all'art. 64 t.u.) e dai soggetti inclusi nell'ambito della vigilanza consolidata, significa ammettere un ordinamento sezionale in cui l'elemento della soggettività è talmente aperto (comprendendo soggetti come le società strumentali non appartenenti al gruppo ma controllate dallo stesso controllante del gruppo) da trascolorare quasi nell'indeterminatezza (sul nesso di strumentalità possono, ad esempio, influire anche valutazioni dell'organo di controllo).

Un altro elemento, non sufficientemente indagato, che sembra mettere in crisi la teoria dell'ordinamento sezionale, per lo meno nella sua accezione classica, è costituito dall'ampliamento dei compiti affidati alle autorità di controllo che dalla tipica vigilanza prudenziale si sono estesi alla tutela della concorrenza e, soprattutto, della trasparenza delle condizioni contrattuali.

In quest'ultimo campo, in particolare, abbondano le deleghe di normativa secondaria in capo alle autorità di controllo (CICR, Ministro del Tesoro, Banca d'Italia).

La maggior parte di queste disposizioni degli organi di settore hanno per destinatari le banche e gli intermediari finanziari od altri soggetti individuati dal Ministro del tesoro (art. 115, commi 1° e 2° t.u.) e riguardano il contenuto e le modalità della pubblicità (art. 116 t.u.), delle comunicazioni alla clientela e così via.

Esse potrebbero ancora essere spiegate in termini di ordinamento sezionale, in quanto incidono solo indirettamente sulla generalità degli utenti dei servizi bancari e finanziari. Va tuttavia precisato, da un lato che tale ordinamento sarebbe a geometria variabile, essendo la stessa delimitazione soggettiva dei suoi confini lasciata alla P.A. (cfr. ancora l'art. 115, comma 2° t.u.), dall'altro che in materia di trasparenza l'incidenza delle disposizioni sugli interessi della generalità degli utenti, seppur formalmente ancora indiretta, è in realtà molto più immediata rispetto alla classica normativa secondaria di vigilanza prudenziale.

Su entrambe queste particolarità è utile soffermarsi brevemente. Lasciare, anche in parte, la definizione di uno degli elementi fondamentali dell'ordinamento (la soggettività) alle stesse autorità di settore, vuol dire infatti aumentare l'indeterminatezza del destinatario del precetto. Un corpo di disposizioni, inizialmente previste per alcuni intermediari, può essere esteso ad altri con decisione della stessa autorità di controllo. In tal caso, le norme secondarie non sono ancora rivolte alla generalità, ma non sono più dirette ad una categoria di soggetti chiusa e predeterminata dalla legge.

L'oggetto della regolamentazione è d'altronde molto più vicino agli interessi della generalità degli utenti. Una cosa infatti è dettare norme sulla stabilità patrimoniale, il conte-

(1) GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 12; AMOROSINO, *op. ult. cit.*, p. 383. Di variazioni dell'ordinamento sezionale sotto il profilo soggettivo (nel duplice senso dell'abolizione delle distinzioni fra le banche e dell'avvento degli intermediari finanziari) parla anche PORZIO, *Dall'ordinamento bancario all'ordinamento finanziario*, in RISPOLI FARINA (a cura di), *La nuova legge bancaria prime riflessioni sul testo unico in materia bancaria e creditizia*, Napoli, 1995, p. 21 ss.

nimento del rischio o gli assetti organizzativi, la cui incidenza sugli interessi dell'utente è del tutto indiretta ed eventuale (maggiore o minore stabilità, possibilità o meno di estendere l'operatività, ecc.), un'altra è emanare norme che condizionano lo svoglimento dei rapporti contrattuali con la clientela.

Anche in quest'ultimo caso, infatti, il destinatario immediato è l'intermediario ma il diaframma fra esso e la generalità degli utenti è più sottile perché la norma secondaria determina sovente parte del contenuto del regolamento contrattuale, come nel caso del potere del CICR di prevedere che determinati contratti possano essere stipulati in forma diversa da quella scritta (art. 117, comma 2° t.u.) (1) o, soprattutto, nel potere della Banca d'Italia di prescrivere la tipizzazione di determinati contratti o titoli (art. 117, comma 8° t.u.).

Stabilire che le autorità di controllo possano prescrivere che la forma dei contratti, ovvero che determinati contratti o titoli, abbiano un contenuto tipico determinato, pena la loro nullità, significa assumere come destinatari delle norme non solo gli operatori ma tutti gli utenti dei servizi bancari (siano essi attuali o anche solo potenziali) e quindi la generalità.

In simili ipotesi siamo quindi fuori, o comunque oltre, l'ordinamento sezionale: la norma secondaria non è più diretta soltanto ai soggetti dell'ordinamento particolare ma anche ad una generalità, più o meno ampia, di individui ed acquista quindi un carattere sostanzialmente regolamentare (2).

Questa possibilità dell'autorità di controllo di determinare in via "regolamentare" il contenuto contrattuale può essere in qualche modo accostata al potere delle nuove Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità di incidere con atti amministrativi generali sul regolamento di servizio (cfr. art. 3, comma 37° ed art. 1, comma 12°, lett. h, l. n. 481/95) di cui si è parlato alla fine del paragrafo precedente.

In entrambe i casi siamo infatti di fronte ad ipotesi in cui atti generali emanati dalle autorità indipendenti e formalmente destinati ai soli operatori del settore finiscono poi per applicarsi (in modo più o meno immediato) alla generalità degli utenti, trascolorando così in veri e propri atti sostanzialmente normativi.

Non sfuggirà tuttavia il fatto che nelle ipotesi da ultimo esaminate, relative ai poteri delle autorità creditizie, il precetto sia in sostanza rivolto direttamente alla generalità degli utenti senza l'ulteriore mediazione del regolamento di servizio.

Un altro potere di tipo regolamentare sembra da rinvenire nella possibilità conferita dal t.u. del 1993 alla Banca d'Italia di "emanare disposizioni volte ad assicurare sistemi di pagamento efficienti ed affidabili" (cfr. art. 146). Nel termine "disposizioni" sembrano infatti poter rientrare sia atti amministrativi generali destinati agli aderenti al sistema (operatori) sia norme indirizzate alla generalità dei consociati (quali ad es. quelle sull'utilizzo

(1) Si può notare che l'art. 18 del d. lgs. 23 luglio 1996, 415, che ha conferito alla CONSOB (sentita la Banca d'Italia) un'analogha facoltà per quanto riguarda i contratti relativi ad i servizi prestatati dalle SIM e dalle imprese di investimento comunitarie, qualifica esplicitamente come regolamento l'atto con il quale viene esercitato tale potere.

(2) Sull'art. 117, comma 8° del t.u., cfr. A.M. CARRIERO, in CAPRIGLIONE (a cura di) *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 1994, p. 599, secondo la quale la norma avrebbe un impatto profondo sui compiti di vigilanza spettanti alla Banca d'Italia.

di determinati strumenti) che assumono quindi valenza più propriamente regolamentare (1).

Bisogna anzi notare come in dottrina, a questo potere regolamentare della Banca d'Italia in materia di sistemi di pagamento sia stata attribuita addirittura la capacità di produrre un "effetto ... simile ... a quello dei regolamenti delegati del Governo" atteso il conferimento di una competenza esclusiva (non concorrente col potere normativo di altre P.A.) basata sui Trattati comunitari (2).

Il legislatore del testo unico del 1993 sembra essersi reso conto di questo nuovo scenario dettando una norma, sulla quale si avrà modo di tornare più diffusamente in seguito, secondo la quale: "I provvedimenti di carattere generale della Banca d'Italia sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana quando le disposizioni in essi contenute sono destinate anche a soggetti diversi da quelli sottoposti a vigilanza." (art. 8, comma 2°, 2° periodo).

Vi è quindi nella stessa legge la previsione che le disposizioni generali della Banca d'Italia possano non esaurire i loro effetti all'interno dell'ordinamento sezionale, ordinamento che, dal canto suo, ha ampliato (vigilanza su base consolidata) e reso più elastici i suoi confini (cfr. ad es. l'art. 115, comma 2° t.u.).

Ciò non significa, ovviamente, che la teoria dell'ordinamento sezionale abbia perso il suo valore euristico. Essa tuttavia, per lo meno per quanto riguarda il settore creditizio e quello finanziario, va applicata tenendo conto di una realtà ormai profondamente mutata e non sembra, inoltre, più sufficiente a dare adeguata spiegazione di tutti i poteri normativi delle autorità di controllo.

Questa maggiore tendenza della normazione degli organismi di settore ad espandersi nell'ordinamento generale aumenta la necessità e la difficoltà ad un tempo di distinguere fra atti amministrativi generali ed atti sostanzialmente regolamentari emanati dalle autorità di controllo.

4. Atti amministrativi generali ed atti regolamentari delle autorità indipendenti

Com'è noto, la necessità di dover distinguere fra atti "normativi" interni ed atti amministrativi generali da una parte e regolamenti dall'altra, che si pone tutte le volte che la legge stessa non intervenga ad attribuire chiaramente tale ultima qualifica (3),

(1) Cfr. in tal senso MANCINI, in FERRO-LUZZI CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, Milano, 1996, III, p. 2172.

(2) Cfr. MARCHETTI MERUSI PROSPERETTI, *Funzione, estensione, strumenti della sorveglianza sui sistemi di pagamento*, in *Banca borsa*, 1996, I, p. 293 ss.

(3) Alcune ben conosciute ipotesi di regolamenti di autorità indipendenti sono quelli della CONSOB e della Banca d'Italia in materia di vigilanza sull'attività di intermediazione mobiliare previsti dall'art. 9 della l. n. 1/91, (ora sostituito dall'art. 25 del d. lg. 23 luglio 1996, n. 415) sui quali cfr. PREDIERI, *Il nuovo assetto dei mercati ...*, cit., p. 378 ss. Il riconoscimento alla Banca d'Italia del potere di emanazione di regolamenti "nei casi previsti dalla legge", è ora affermato dall'art. 4, comma 1° del t.u., sul quale cfr. l'importante contributo di CERULLI IRELLI, *La vigilanza regolamentare (t.u. adottato con d.lvo 1.9.1993, n. 385)*, in *Mondo banc.*, 1994, n. 6, p. 33, che contiene una precisa suddivisione in categorie degli atti normativi delle autorità creditizie nel testo unico (p. 35 ss.).

deriva dal fatto che estremamente diverso è il trattamento giuridico delle due categorie di atti (1).

Attribuire ad un atto natura regolamentare ed inserirlo quindi nelle fonti del diritto (art. 1 ss., disp. prel.), comporta infatti alcuni rilevanti effetti: la sua violazione potrà integrare l'elemento dell'antigiuridicità dell'illecito e giustificare il ricorso in Cassazione per violazione o falsa applicazione del diritto (art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c.); sarà possibile invocare il principio "iura novit curia"; l'atto stesso formerà inoltre sistema con altre norme e sarà soggetto a regole interpretative proprie (2).

Distinguere fra atti amministrativi generali ed atti regolamentari è poi più arduo quando questi ultimi non hanno una forma loro riservata, come avviene invece per i regolamenti governativi (soprattutto dopo la l. n. 400/88), ma condividono procedimento di formazione e di esternazione con gli altri provvedimenti emanati dallo stesso ente, come accade per le autorità indipendenti (3).

In mancanza dell'attribuzione del "nomen" da parte della legge, dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'individuare alcuni indici sostanziali di riconoscibilità della natura regolamentare di un atto quali l'attitudine a costituire l'ordinamento giuridico (od innovatività) e la generalità ed astrattezza, intese come possibilità di applicazione in un numero indefinito di casi (4).

È sulla base di tali parametri che, come si accennava, può arrivare ad affermarsi l'attribuzione alle autorità di controllo di poteri sostanzialmente regolamentari come nei casi dell'art. 117, commi 2° ed 8° t.u. (in materia di trasparenza) e dell'art. 146 t.u. in materia di sistemi di pagamento.

Accanto a questi criteri sostanziali di individuazione, la dottrina attribuisce carattere determinante al dato formale della pubblicazione, ritenuta essenziale in relazione all'effi-

(1) Le problematiche qui di seguito affrontate attoniscono alla teoria delle fonti del diritto sulla quale la letteratura è vastissima. Senza pretesa di completezza alcuna, cfr., AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, Milano, Giuffrè, 1962; CERRI voce *Regolamenti*, in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1991; CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, p. 775; ID., voce *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1958, p. 238; ID., voce *Fonti del diritto*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1969, p. 925; CHELLI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967; PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del cod. civ. a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1977, sub. artt. 1/9 disp. prel.; CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966; ID., *Regolamento (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 605; GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti generali*, in *Foro it.*, 1953, III, c. 97; ID., *Regolamenti, Problematologia generale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 600; MARTINES, *Delegificazione e fonti del diritto*, in *Studi onore P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, Giuffrè, 1987, p. 863; MODUGNO, *Atti normativi*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1989; SPAGNA MUSSO, *Costituzione rigida e fonti atipiche*, Napoli, 1966; GUARINO, *Sul carattere discrezionale dei regolamenti*, in *Foro it.*, 1958, I, 538; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966; CARETTI - DE SIERVO (a cura di), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione*, Bologna, 1991; ZANOBINI, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955.

(2) Cfr., per tutti, CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, cit., p. 935 ss., il quale elenca anche altre conseguenze della distinzione "più incerte e opinabili".

(3) Anche tale commistione è stata già da tempo rilevata dalla dottrina: CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, cit., p. 944; MODUGNO, *Atti normativi*, cit., p. 15 s.

(4) Cfr. CRISAFULLI, *op. ult. cit.*, p. 951; ID., *Atto normativo*, cit., p. 246 s. e 256, ove ammette che solo la legge formale "possa talvolta contenere disposizioni individuali" (in quest'ultimo senso cfr. anche PIZZORUSSO, *op. cit.*, p. 300). SCIULLO, *Potere regolamentare, potere "pararegolamentare" e pubblica amministrazione dopo la l. 400/88*, in *Regioni*, 1993, p. 1281. Con specifico riferimento al settore creditizio, cfr. CERULLI IRELLI, *La vigilanza regolamentare*, cit., p. 38 s. In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, sez. II, 1° aprile 1992, n. 470, in *Cons. Stato*, 1993, I, p. 151; ID., ad. gen., 21 novembre 1991, n. 141, in *Foro it.*, 1992, III, c. 103; TAR Sicilia, sez. II, 12 giugno 1990, n. 315, in *TAR*, 1990, p. 3325.

cacia costitutiva dell'ordinamento generale e del carattere non recettizio degli atti normativi (1). Con la conseguenza che, ove non diversamente specificato dalla legge, tale pubblicazione dovrà essere quella nella Gazzetta Ufficiale e che il termine di *vacatio* sarà quello di quindici giorni stabilito dall'art. 10, comma 1° disp. prel. nonché dall'art. 73, comma 3° Cost. (2).

Questa impostazione sembra essere stata condivisa anche dal legislatore del testo unico in materia bancaria che con il citato art. 8, comma 2°, ha imposto la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dei provvedimenti di carattere generale della Banca d'Italia che contengano disposizioni "destinate anche a soggetti diversi da quelli sottoposti a vigilanza".

Tale disposizione è sintomatica della difficoltà di discernere a priori la natura dell'atto, lasciando chiaramente intendere come anche singole disposizioni all'interno di un medesimo testo possano avere natura mista di atto amministrativo generale da una parte e di atto sostanzialmente regolamentare dall'altra (cfr. l'avverbio "anche").

Ciò pone intuibili problemi pratici (risolvibili con il ricorso ai cennati criteri sostanziali) che attengono alle diverse esaminate conseguenze della natura dei vari atti ed all'inizio dell'efficacia (entrata in vigore) che potrebbe essere anche differenziata in relazione alla natura del soggetto (3).

La norma conferma anche come la pubblicazione sia elemento necessario ma non sufficiente costituendo un semplice indizio presuntivo della natura regolamentare dell'atto (4), la cui ricorrenza è lasciata, in questo caso, ad una valutazione, autorevole ma non vincolante, della stessa autorità che lo emana.

Va in proposito notato come l'omologa disposizione contenuta nell'art. 5, comma 3° del d. lgs. 23 luglio 1996, n. 415 sia in parte diversa, prevedendo che "I regolamenti e i provvedimenti di carattere generale della Banca d'Italia e della Consob emanati ai sensi del presente decreto sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale delle Repubblica Italiana. Gli altri provvedimenti rilevanti relativi ai soggetti sottoposti a vigilanza sono pubblicati dalla Banca d'Italia e dalla Consob nei rispettivi Bollettini."

In questa disposizione quindi, la pubblicazione in G.U. non è subordinata al fatto che i provvedimenti di carattere generale siano destinati anche a soggetti diversi da quello vigilati. Ciò sembra possa essere interpretato nel senso che il legislatore si è reso conto di quell'attitudine della normativa emanata dalle autorità di controllo ad eccedere i confini dell'ordinamento sezionale per regolare, in modo più o meno diretto, comportamenti ed interessi della generalità.

(1) Cfr., per tutti, CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., p. 253; ID., *Fonti ...*, cit., p. 945 e 953; PIZZORUSSO, *op. cit.*, p. 312, con specifico riferimento ai regolamenti non statali.

(2) PIZZORUSSO, *op. loc. ultt. citt.* Sulla pubblicazione in G.U. cfr. anche la nota l. 11 dicembre 1984, n. 839 la quale, oltre ai decreti del Presidente della Repubblica, del Presidente del Consiglio dei ministri e ministeriali (forme con la quali vengono anche emanati i regolamenti governativi e ministeriali), fa genericamente riferimento "agli altri atti che interessino la generalità dei cittadini" (cfr. rispettivamente, artt. 1, comma 1°, lett. d e 3, comma 1°). È interessante notare come la dottrina abbia sostenuto che tale legge sia stata ispirata anche da un'esigenza di riordino fra atti amministrativi generali ed atti normativi (MODUGNO, *op. cit.*, p. 15 s.) che, per i regolamenti statali, sarà poi ulteriormente precisata dall'art. 17 della l. n. 400/88.

(3) Lo schema dovrebbe essere pertanto: a) soggetto vigilato/comunicazione; b) soggetto diverso/pubblicazione, con gli ordinari termini di *vacatio*.

(4) In tal senso cfr., per tutti, CRISAFULLI, *Atto normativo*, cit., p. 254.

5.1 L'influsso del diritto comunitario sulle autorità indipendenti

Qualsiasi riflessione sui poteri normativi delle autorità indipendenti non può prescindere dall'analisi dell'influenza che il diritto comunitario (1) ha esercitato sulla nascita e lo sviluppo di questi organismi e dei rapporti fra norme dell'Unione e disposizioni delle autorità indipendenti, sia pure condotta da una prospettiva esclusivamente nazionale.

Una prima osservazione è che, sul piano storico, il diritto comunitario sembra aver dato, seppure indirettamente, un notevole impulso sia al proliferare di nuove autorità indipendenti che al rafforzamento delle attribuzioni di quelle già esistenti.

Quando ad una simile spinta si è unita una tendenza, per la verità spesso altalenante, alla delegificazione ne è risultato un sensibile accrescimento dei poteri regolamentari delle autorità indipendenti stesse.

L'incremento delle attribuzioni conferite dal legislatore nazionale alle autorità indipendenti non è avvenuto, ovviamente, in esecuzione di un obbligo specifico imposto dall'ordinamento comunitario. Quest'ultimo, infatti, suole disinteressarsi degli strumenti istituzionali con i quali i singoli Stati membri realizzano gli obiettivi da esso stabiliti, come dimostra il fatto che alcuni dei compiti svolti in Italia da amministrazioni indipendenti sono attribuiti, in altri paesi dell'Unione, ad amministrazioni statali o ad uffici governativi di tipo classico (2).

È stato piuttosto il tipo di materie e le istanze investite dall'attuazione delle politiche comunitarie che, nel nostro paese, hanno trovato l'amministrazione statale tradizionale impreparata a gestire gli obblighi imposti dalla realizzazione del mercato unico, favorendo il fenomeno della crescita delle autorità indipendenti e dei compiti loro affidati.

Si pensi, solo per fare qualche esempio, alla libera circolazione dei servizi e dei capitali, alla concorrenza, alla politica monetaria, tutti settori in cui l'istituzione delle autorità indipendenti (CONSOB, Autorità garante della concorrenza) od il rafforzamento delle loro attribuzioni (Banca d'Italia) è dipeso in modo più o meno diretto dalla necessità di adattare l'ordinamento interno a quello comunitario.

Laddove quest'ultimo ha operato con la tecnica del reciproco riconoscimento (accanto od in sostituzione di quella dell'armonizzazione), ad esempio, la concorrenza fra ordinamenti stimolata da tale meccanismo ha fatto sì che il nostro paese fosse portato a dare una risposta in termini di autorità indipendenti, ritenute evidentemente più in grado dell'amministrazione statale tradizionale di dare risposte efficaci alle istanze di tutela di settori particolarmente sensibili.

Questo fenomeno non è sfuggito alla più attenta dottrina pubblicistica la quale ha notato come la diffusione fra gli Stati membri di autorità amministrative indipendenti, sulla

(1) Seguendo un uso ormai invalso in dottrina, si utilizzerà qui il termine "diritto comunitario" anziché quello "diritto dell'Unione europea", ancorché quest'ultimo sarebbe più corretto dopo l'entrata in vigore del trattato di Maastricht.

(2) È interessante notare come l'ordinamento comunitario, pur non potendo imporre il modello delle autorità indipendenti ai singoli paesi, ha avuto talvolta modo di esprimersi, incidentalmente, a suo favore. È il caso, ad esempio, della Decisione della Commissione del 26.7.1995 relativa all'autorizzazione dell'aiuto accordato dalla Francia al *Crédit Lyonnais* (cfr. GUCE N. L 308 del 21.12.95, p. 92), che resta un importante punto di riferimento in materia di aiuti di Stato alle banche. In essa trovasi affermato che: "... la Commissione può valutare in modo più favorevole i provvedimenti di sostegno presi da autorità di vigilanza indipendenti, soprattutto quando trattasi di banche pubbliche, se consentono di garantire la neutralità degli interventi statali e la parità delle condizioni di concorrenza." (*ivi*, par. 3, p. 97).

scorta di quanto avvenuto in Francia, vada ricondotta all'influenza mediata (c.d. orizzontale) del diritto comunitario su quello nazionale, intesa come creazione di un ambiente comune nel quale divengono più facili i trapianti di istituti giuridici (1).

Sulla nascita e lo sviluppo di alcune autorità il diritto comunitario ha avuto un'influenza più immediata e diretta, come nel caso dell'Autorità garante della concorrenza che svolge in ambito nazionale le stesse funzioni attribuite alla Commissione in ambito comunitario (2).

In altre ipotesi l'influsso esercitato dal diritto comunitario è stato decisamente più indiretto ed ha operato soprattutto con la sollecitazione proveniente da spinte concorrenziali, sia a livello di mercato che di ordinamento.

Si pensi alla vicenda della CONSOB che non ha l'equivalente in un'autorità comunitaria, ma che ha visto le proprie competenze connotate in modo decisivo dall'intervento delle direttive in materia societaria e di attuazione del mercato unico dei servizi e dei capitali (3).

Ancora diverso è poi il caso della Banca d'Italia che da un lato (sul fronte della vigilanza bancaria), è stata partecipe di vicende di incremento quali-quantitativo di attribuzioni simili a quelle che hanno interessato la CONSOB, dall'altro (la politica monetaria) verrà direttamente integrata nel sistema comunitario del SEBC basato sulla Banca centrale europea e sulle banche centrali nazionali.

Nei compiti di controllo del sistema creditizio, la Banca d'Italia ha infatti visto cambiare, per effetto del diritto comunitario, il tipo di vigilanza ad essa affidato, con il prevalere di sistemi di supervisione più oggettivi e connotati da una minore discrezionalità. Si pensi, ad esempio, all'autorizzazione all'esercizio dell'attività, che prima poteva essere negata anche in base a considerazioni attinenti alle condizioni economiche del mercato, o al prevalere della vigilanza basata sui coefficienti patrimoniali (4).

Si può tuttavia notare come, nell'ambito della stessa vigilanza sul sistema bancario e finanziario, permangano momenti necessariamente connotati da un ampio grado di discrezionalità e dall'uso di poteri autoritativi di tipo tradizionale, quali, ad esempio, la gestione delle situazioni di crisi.

Non solo, anche nei settori, dove il diritto comunitario ha imposto un'armonizzazione minima che ha indotto una restrizione degli spazi di discrezionalità pura degli organi di vigilanza, rimangono, a ben vedere, margini di apprezzamento non esigui sia sul fronte di alcuni canoni comportamentali, spesso mutuati dallo stesso diritto comunitario, la cui interpretazione resta in un'ultima analisi affidata alle stesse autorità di controllo (5), sia in riferimento ad una discrezionalità di tipo tecnico che si sostanzia nell'uso di discipline

(1) CASSESE, *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunit.*, 1993, p. 331.

(2) Sulla quale cfr., per tutti, FRANCHINI, *L'autorità antitrust come amministrazione indipendente*, in *Nord sud*, 1994, n. 11-12, p. 13.

(3) Per la discendenza degli interventi legislativi di riassetto dei mercati mobiliari effettuati nel 1991-92 dall'ordinamento comunitario, cfr., per tutti, CARDI, *La CONSOB come istituzione comunitaria*, in BASSI - MERUSI, *op. cit.*, p. 99. Il discorso vale, a maggior ragione, anche per la riforma attuata con il d. lgs. n. 415/96 resasi necessaria per dare attuazione alle direttive in materia di servizi di investimento.

(4) Per un'analisi del processo di trasformazione dell'ordinamento creditizio anche sotto gli impulsi del diritto comunitario, sia consentito il rinvio a COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 1994, p. 51 ss. e CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario verso la neutralità*, Padova, 1994, p. 93 ss.

(5) Quali la "sana e prudente gestione" oppure "la trasparenza e la correttezza dei comportamenti".

(l'aziendalistica, la ragioneria) la cui applicazione, ovviamente, non sempre conduce a risultati univoci e deterministici (1).

Del tutto peculiare è invece l'assetto istituzionale nel campo della politica monetaria, dove la Banca d'Italia sarà inserita, al pari delle altre banche nazionali dei paesi dell'Unione, nel SEBC diventando così "istituzione" in parte comunitaria (2), con evidenti riflessi sulla sua autonomia ed indipendenza (3).

La Banca d'Italia nell'ambito della politica monetaria, viene quindi ad essere l'unica autorità indipendente nazionale non sostituibile per espressa disposizione del diritto comunitario, il quale provvede anche direttamente a rafforzarne l'autonomia nei confronti del Governo nazionale (4).

5.2 Autorità indipendenti e formazione del diritto comunitario

Sia il t.u. banche che il d. lgs. n. 415/96 prendono in considerazione, con una disposizione di tipo "programmatico" pressoché identica, i rapporti con il diritto comunitario (5).

La formulazione di tale norma è stata sottoposta a critica da un'autorevole dottrina sia per l'uso dell'espressione "in armonia", la quale dovrebbe essere intesa piuttosto come "in conformità", che per il riferimento parziale alle fonti comunitarie, dato che non vengono citate né le direttive né le sentenze della Corte di Giustizia (6).

In effetti la disposizione, come tutte quelle prive di contenuto precettivo, è probabilmente un po' vaga anche se la mancata menzione delle direttive può trovare una spiegazione con l'intento di non interferire con le norme generali in materia di adeguamento dell'ordinamento interno a quello comunitario contenute nella l. 9 marzo 1989, n. 86 (c.d. legge La Pergola).

(1) Si pensi ad esempio alle valutazioni di bilancio. Per la discrezionalità delle autorità creditizie nel testo unico, cfr. BARILE, in FERRO-LUZZI CASTALDI (a cura di), *op. cit.*, I, p. 49 ss.

(2) Per i rapporti fra SEBC e banche centrali nazionali, cfr. ULISSI, *Osservazioni sugli aspetti istituzionali del sistema europeo di banche centrali*, in *Banca, impr., soc.*, 1992, p. 91 ss. il quale sottolinea come il SEBC non figuri formalmente fra le istituzioni comunitarie previste dal Trattato, pur realizzando, sostanzialmente, uno dei compiti fondamentali affidati alla Comunità. Per le relazioni fra il SEBC (responsabile della politica monetaria) e le istituzioni comunitarie (con particolare riferimento al Consiglio UE, responsabile della politica economica) cfr. MELICA, *Il Sistema europeo delle banche centrali e la sovranità degli Stati membri della Comunità europea: riflessioni sull'ordinamento italiano*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 1995, p. 395 s.

(3) Per i riflessi del Trattato di Maastricht sull'indipendenza della Banca d'Italia, cfr. MEZZACAPO, *L'indipendenza della Banca d'Italia*, in BASSI - MERUSI, *op. cit.*, p. 58 ss., il quale sottolinea, fra l'altro, la forte incidenza del Trattato stesso sul testo unico delle leggi sull'istituto di emissione del 1910 (ivi, p. 64) e CAPRIGLIONE, *op. ult. cit.*, p. 179 ss., secondo il quale l'inserimento della banca centrale nazionale nel SEBC, da un lato comporta un ridimensionamento del ruolo da essa originariamente svolto (in relazione alle limitazioni di sovranità accettate dai singoli paesi nel campo della politica monetaria) mentre, dall'altro, "... a livello interno permane, anzi si rafforza, l'esigenza di pervenire ad una completa sua sottrazione alle ingerenze delle autorità politiche nazionali." (ivi, p. 188).

(4) Cfr., ad es., artt. 104, 107 e 108 Trattato CE.

(5) Si tratta rispettivamente degli artt. 6 e 3 dei due testi normativi, secondo i quali le autorità di controllo "esercitano i poteri loro attribuiti in armonia con le disposizioni comunitarie, applicano i regolamenti e le decisioni dell'Unione europea e provvedono in merito alle raccomandazioni in materia ..." (il testo citato è quello dell'art. 3 del d. lgs. n. 415/96).

(6) PREDIERI, *Commento all'art. 6 t.u.*, in CAPRIGLIONE (a cura di) *Commentario ...*, cit., p. 39 ss.

Si può notare come il comma 2° dell'art. 6 dello schema di d. lgs. relativo al testo unico, approvato dal Consiglio dei ministri in data 2.7.93, recasse la seguente disposizione: "Le autorità creditizie, nell'esercizio dei poteri normativi loro attribuiti, recepiscono le direttive della Comunità europea ai sensi dell'articolo 4 della legge 9 marzo 1989, n. 86.". Essa fu però soppressa a seguito dei pareri delle Commissioni Finanze e per le politiche comunitarie (1).

Le norme in discorso potrebbero, al limite, considerarsi superflue, è infatti ovvio che le autorità nazionali sono comunque tenute ad esercitare i loro poteri in armonia (od in conformità, che dir si voglia) con le disposizioni comunitarie e ad applicare i regolamenti e le decisioni dell'Unione.

Esse appaiono quindi meramente ricognitive di alcuni obblighi che esistevano, comunque, prima ed a prescindere dalla loro emanazione. Il loro valore sta quindi essenzialmente nel riconoscimento formale e solenne, compiuto a livello legislativo, del ruolo che alle autorità di controllo spetta nell'attuazione del diritto comunitario in settori fortemente interessati dalla produzione normativa dell'Unione (2).

Gli artt. 6 t.u. e 3 d. lgs. n. 415/96 non menzionano quindi le direttive le quali, nei settori in cui operano le autorità indipendenti, sono però la fonte del diritto comunitario di gran lunga prevalente.

Le autorità di settore (siano esse amministrazioni indipendenti o di tipo "tradizionale") non sono però estranee alla produzione ed all'attuazione di questi importanti atti comunitari.

Esse sono infatti coinvolte già nella formazione delle direttive che vengono, di solito, approntate da gruppi di lavoro istituiti presso il Consiglio UE ai quali partecipano la Commissione UE e delegazioni dei vari Stati membri formate da rappresentanti delle amministrazioni competenti.

Il fatto che direttive spesso importanti e molto dettagliate, le quali lasciano ristretti margini di discrezionalità agli ordinamenti nazionali cui incombe l'obbligo del recepimento, vengano sostanzialmente redatte dai rappresentanti della Commissione UE e delle amministrazioni nazionali, ha probabilmente contribuito ad alimentare un'opinione critica, abbastanza diffusa, nei confronti del diritto comunitario percepito come il prodotto di burocrazie senza alcuna legittimazione democratica.

Tali critiche rischiano però di peccare di una certa superficialità, con riguardo alle procedure di produzione normativa sia comunitaria che nazionale.

Per quanto concerne infatti le prime, il ruolo del Parlamento europeo (composto da membri direttamente eletti dai cittadini) è ormai decisivo sia in sede di controllo sull'iniziativa legislativa, dato che le proposte della Commissione devono essere approvate dal Consiglio previo parere del Parlamento, sia in fase di definitiva adozione, nella quale il

(1) Per lo schema di d. lgs. in cui era contenuta la cennata norma e per i pareri che ne chiedevano la soppressione cfr. BANCA D'ITALIA, *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, *Quad. ric. giur.*, n. 32, Roma, 1994, vol. II, rispettivamente p. 208, 273 e 285.

(2) Le autorità di settore diventano quindi, per le attribuzioni di loro competenza, interlocutori privilegiati del Dipartimento per il coordinamento delle politiche comunitarie istituito con l. 16 aprile 1987, n. 183 fra i cui compiti rientra provvedere agli adempimenti riguardanti "l'armonizzazione tra legislazione nazionale e normative comunitarie" e "la vigilanza sulla corretta e tempestiva attuazione delle disposizioni comunitarie da parte delle amministrazioni pubbliche operanti nei settori oggetto di tali discipline" (cfr. art. 2, comma 1° lett. h ed i del Regolamento approvato con D.P.C.M. 30 aprile 1990, n. 150).

Parlamento stesso (oltre a proporre emendamenti) può respingere a maggioranza assoluta la posizione comune raggiunta dalla Commissione e dal Consiglio con l'effetto di bloccare definitivamente l'adozione della delibera, ovvero di rendere necessaria una decisione all'unanimità del Consiglio in seconda lettura (1).

Se si guarda poi più da vicino alle procedure nazionali di produzione normativa, ci si accorge che il mito della centralità del legislatore nella nomopoiesi primaria non corrisponde ormai più (e da tempo) alla realtà.

Ciò dipende da un lato dal fatto che il principale motore dell'iniziativa legislativa è sempre il Governo (i cui disegni di legge sono di solito approntati dagli uffici legislativi delle amministrazioni competenti) e, dall'altro, dalla circostanza che è sempre più invalsa la procedura basata su di una legge delega (che fissa principi e dei criteri direttivi spesso assai ampi) e dei successivi decreti legislativi delegati sui quali il parere del Parlamento, anche quando è richiesto, non è vincolante (2).

Il ruolo assegnato al legislativo ed all'esecutivo dalle procedure di produzione normativa nazionali e comunitarie finisce quindi, nella sostanza e ferme restando notevoli differenze nelle modalità di espressione del ruolo stesso, per coincidere, atteso che in entrambe i casi il parlamento si limita ormai ad una funzione di indirizzo e controllo delegando all'esecutivo la responsabilità della concreta definizione delle norme primarie.

Se poi dalle procedure delineate dalle leggi ci si sposta sul piano di osservazione della prassi, si può constatare come il ruolo dell'esecutivo (sia esso espresso da amministrazioni di tipo "tradizionale" od indipendente) è, in concreto, ancora maggiore (3).

Spesso infatti sono i funzionari delle amministrazioni competenti, i quali hanno già partecipato ai lavori per l'approntamento della direttiva in sede comunitaria, che redigono sia lo schema della legge delega che i successivi decreti delegati. Quest'ultimi poi, sovente contengono, a loro volta, numerose "deleghe" di normativa secondaria a favore delle stesse amministrazioni indipendenti, fenomeno questo particolarmente accentuato nei settori creditizio e finanziario.

Si ha quindi un evidente "filo rosso" fra la norma comunitaria e la norma interna (spesso di natura secondaria) che ad essa da attuazione regolando concretamente la fattispecie.

(1) Cfr. le complesse procedure delineate rispettivamente dagli artt. 189B e 189C del Trattato CE, il primo dei quali prevede anche un subprocedimento di conciliazione fra Parlamento e Consiglio.

(2) Il parere delle Camere sugli schemi dei decreti delegati è, in via generale, obbligatorio qualora il termine previsto per l'esercizio della delega ecceda i due anni dall'art. 14, comma 4° l. n. 400/88. In sede di legge comunitaria annuale (prevista dagli artt. 2 e 3 della l. n. 86/1989) è tuttavia invalsa la prassi di distinguere (tramite rinvio ad elenchi allegati), a seconda del tipo di direttive da attuare in via legislativa, fra decreti legislativi direttamente emanati dal Governo e quelli che devono essere trasmessi alle Camere perché su di essi sia espresso, entro un termine prefissato decorso inutilmente il quale i decreti sono comunque adottati, il parere delle Commissioni competenti per materia (cfr., ad es. l'art. 1, comma 4° della l. 6 febbraio 1996, n. 52). Sulla non vincolatività per il Governo del parere delle Commissioni parlamentari, cfr., per tutti, MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 1977, p. 311 s.

(3) Per un'acuta analisi, ricca di spunti comparatistici, sull'attuale distribuzione del potere normativo e sulle procedure che presiedono alla sua esplicazione si rinvia a CASSESE, *Introduzione allo studio della normazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, p. 307, il quale nota fra l'altro che "Di fatto ... la maggior parte degli atti sui cui si esercita il potere normante dei corpi politici o di quelli politico-amministrativi di vertice è prodotto dalle burocrazie." (ivi, p. 313).

5.3 Direttive UE e normativa secondaria

Il ragionamento che si è andati sviluppando porta quindi ad occuparci più da vicino dell'attuazione delle direttive comunitarie tramite normativa secondaria delle autorità amministrative indipendenti.

Non è questa la sede per analizzare in modo approfondito la giurisprudenza della Corte di Giustizia CE sull'attuazione del diritto comunitario mediante atti amministrativi o regolamentari (1).

Basti qui ricordare che la Corte stessa, se ha fermamente condannato l'attuazione effettuata tramite semplici prassi amministrative od atti interni, ha cionondimeno riconosciuto, coerentemente con il dettato dell'art. 189, comma 3° Trattato CE, che l'attuazione non esige necessariamente un'attività legislativa, censurando solo l'adeguamento effettuato mediante atti modificabili "ad libitum" dalla P.A. e che non siano pubblicati in forme tali da offrire sufficienti garanzie di conoscibilità da parte della generalità degli interessati (2).

Sul piano interno, tuttavia, la legge n. 86/1989, che ha dettato norme generali in materia di esecuzione degli obblighi comunitari, ha circoscritto i casi in cui è possibile procedere all'attuazione delle direttive in via regolamentare od amministrativa (3).

L'attuazione in via regolamentare è infatti possibile anche nelle materie "già disciplinate con legge, ma non riservate alla legge", soltanto quando ciò sia previsto dalla legge comunitaria (art. 4, comma 1°). Si è così reso possibile l'avvio di un processo di delegificazione particolarmente sentito in settori caratterizzati dalla rapidità con cui è necessario procedere agli adeguamenti al diritto comunitario ed alla presenza di direttive dettagliate ed a carattere eminentemente tecnico (4).

L'attuazione delle direttive in via regolamentare, in materie già disciplinate da legge ma non coperte da riserva di legge, deve essere inoltre autorizzata dalla Camere con la legge comunitaria annuale (art. 4, comma 2°), la quale deve invece disporre direttamente (senza quindi poter demandare il recepimento alla fonte regolamentare) qualora le direttive consentano "scelte in ordine alle modalità della loro attuazione o se si rende necessario introdurre sanzioni penali o amministrative od individuare le autorità pubbliche cui affidare le funzioni amministrative inerenti all'applicazione della nuova disciplina." (art. 4, comma 3°).

La condizione che le direttive, per essere attuate in via regolamentare, non debbano consentire scelte in ordine alle modalità della loro attuazione, potrebbe far sorgere dubbi alla luce dello stesso diritto comunitario che definisce tali atti come vincolanti "per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali

(1) Per tale analisi sia consentito il rinvio a L.S. ROSSI, *L'attuazione in Italia del diritto comunitario mediante atti amministrativi*, in *Dir. comun. scambi internaz.*, 1987, p. 391.

(2) Per l'indicazione puntuale delle pronunce della Corte di giustizia cfr. L.S. ROSSI, *op. cit.*, p. 404 ss.

(3) Sulla c.d. legge La Pergola in generale, cfr. TIZZANO, *Note introduttive alla "legge La Pergola"*, in *Foro it.*, 1989, IV, c. 314; SALVATORE, *Nuove norme sull'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto comunitario*, in *Dir. comunit. scambi internaz.*, 1989, p. 435; BAIOCCHI, *La legge 9 marzo 1989 n. 86 sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari*, *ivi*, p. 443.

(4) Sottolinea questo aspetto TIZZANO, *op. cit.*, c. 319.

in merito alla forma e ai mezzi.” (art. 189, comma 3° Trattato CE). Essa risponde tuttavia all’esigenza di limitare il ricorso allo strumento sublegislativo ai soli casi, ormai particolarmente diffusi, di direttive dettagliate (o direttive-regolamento).

L’attuazione in via regolamentare nelle materie già disciplinate da legge è peraltro riservata al Governo, come si evince facilmente dall’art. 4, comma 5° della l. n. 86/1989 secondo il quale “Il regolamento di attuazione è adottato secondo le procedure di cui all’art. 17 della l. 23 agosto 1988, n. 400 ...”, per cui non sembrerebbe possibile, in questo campo, adottare regolamenti (o atti amministrativi generali) di autorità indipendenti.

Una significativa previsione della l. n. 86/1989 fa però salve “le disposizioni di legge che consentono, per materie particolari, il recepimento di direttive mediante atti amministrativi” (art. 4, comma 7°). Parrebbe quindi che tale norma, forse nemmeno strettamente necessaria atteso il carattere di legge ordinaria della l. n. 86/1989 (1), apra espressamente uno spiraglio sulla possibilità che specifiche disposizioni di legge prevedano il recepimento mediante atti di tipo regolamentare delle autorità indipendenti (2).

In realtà, il problema del recepimento delle direttive comunitarie con atti amministrativi generali delle autorità indipendenti è stato superato dalla pratica di demandare a tali atti la disciplina concreta delle fattispecie previste dalla direttiva da parte dei decreti legislativi delegati di recepimento.

Data ormai per scontata la prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale ad esso non conforme (3), il fatto che disposizioni di tipo regolamentare delle autorità indipendenti (od anche del Governo) diano attuazione a direttive UE determina il singolare fenomeno di norme subprimarie che sono nello stesso tempo superprimarie (e possono quindi prevalere su disposizioni contenute in una legge formale) in quanto emanate in attuazione di direttive UE (4). Ciò finisce inevitabilmente per rafforzare il ruolo e l’autonomia normativa delle autorità indipendenti stesse.

6. Il necessario fondamento legislativo dei poteri di normazione subprimaria

Accanto e forse prima del problema del distinguere fra atto amministrativo generale ed atto (sostanzialmente) regolamentare vi è quello della spettanza alla pubblica amministrazione di un potere normativo generale, implicito nel conferimento della cura

(1) Il limite che deriva alla l. n. 86/1989, che pur contiene disposizioni sulla produzione normativa, dal fatto di essere una legge ordinaria è evidenziato da SALVATORE, *op. cit.*, p. 439.

(2) Sottolinea tale possibilità GISMUNDO, *Autorità creditizie e ordinamento comunitario nel testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in FERRO-LUZZI CASTALDI, (a cura di), *op. cit.*, I, p. 204 ss., secondo il quale “La possibilità di riconoscere alle autorità creditizie la funzione di organi deputati alla ricezione, nell’ordinamento interno, di disposizioni comunitarie non sembra quindi trovare ostacolo nella disciplina dettata in via generale dalla legge La Pergola.”

(3) Per ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali in tema di prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale, sia consentito il rinvio a PREDIERI, *Commento all’art. 6 t.u.*, in CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario ...*, cit., p. 31 ss.

(4) Per un’acuta analisi di questo fenomeno, cfr. PREDIERI, *Il nuovo assetto dei mercati ...*, cit., p. 191 ss. secondo il quale esso si inserisce in una situazione di tipo prefederativo nella quale esistono alcune “componenti federative pur non essendoci una federazione” (*ivi*, p. 192).

di determinati interessi (1), ovvero della necessaria previsione per legge di un tale potere (2).

Quest'ultimo orientamento sembra essere stato accolto dal t.u. in materia bancaria per il quale, come si è visto, la Banca d'Italia "... emana regolamenti nei casi previsti dalla legge ..." (art. 4.1).

Tale disposizione che, pur essendo contenuta in una legge non costituzionale, è stata giustamente definita "norma fondamentale", alla quale potrebbero fare in futuro riferimento anche disposizioni di altre leggi (3), sembrerebbe quindi restringere la possibilità per la Banca d'Italia di adottare norme aventi un'efficacia nell'ordinamento generale ai casi in cui tale potere sia espressamente e formalmente conferito da norme a carattere primario le quali facciano riferimento al "nomen" regolamento.

La questione è, però, a ben vedere, meno semplice perché, come si è visto, il testo unico non distingue solo fra "regolamenti" ed "istruzioni" (art. 4, comma 1°), ma menziona anche i provvedimenti generali contenenti disposizioni "destinate anche a soggetti diversi da quelli sottoposti a vigilanza" (art. 8, comma 2°), lasciando quindi intendere che le istruzioni stesse (in qualsiasi modo denominate) possano avere carattere sostanzialmente regolamentare.

La coerenza fra queste disposizioni, apparentemente contrastanti, potrebbe essere ritrovata se si assumesse che la puntuale previsione per legge debba sussistere anche per le norme a carattere sostanzialmente regolamentare come nei casi, prima esaminati, dell'art. 117, comma 8° (prescrizioni in materia di tipizzazione dei contratti) e 146 (disposizioni di vigilanza sui sistemi di pagamento) del t.u.

Anche per altre autorità del settore del credito, del resto, il testo unico non separa nettamente l'attribuzione di poteri sostanzialmente normativi da quella di emanare atti amministrativi generali. Per il Ministro del tesoro è infatti stabilito che egli possa adottare i provvedimenti di propria competenza "previsti dal presente decreto legislativo" (art. 3) senza distinguere in alcun modo fra quelli aventi natura amministrativa e quelli aventi natura normativa.

Per quanto concerne il CICR, sembrerebbe che la legge abbia attribuito a tale consenso un potere di adottare atti (sia amministrativi che normativi) più ampio ed indeterminato, dato che: "Esso delibera nelle materie attribuite alla sua competenza dal presente decreto legislativo o da altre leggi" (art. 2, comma 1° t.u.).

(1) Orientamento minoritario in dottrina a favore del quale cfr. MODUGNO, *op. cit.*, p. 5 e 17.

(2) La prima compiuta elaborazione di questa posizione dottrinale risale a ZANOBINI, *op. cit.*, p. 153 ss. Nello stesso senso cfr. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e norme secondarie*, cit., p. 128; CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, p. 81 e, più di recente, CERRI, *op. cit.*, p. 5 e SCIULLO, *op. cit.*, p. 1279 s., entrambi con ulteriori citazioni dottrinali relative anche all'opposta tesi. La giurisprudenza segue pressoché unanimemente la tesi del necessario fondamento legislativo del potere regolamentare: cfr. Cons. Stato, sez. IV, 16 luglio 1991, n. 577, in *Cons. Stato*, 1991, I, p. 1107; ID., 14 febbraio 1990, n. 84, in *Foro it.*, 1990, III, c. 249; TAR Lazio, sez., II, 10 aprile 1990, n. 843, in *Foro amm.*, 1990, p. 2041; TAR Sicilia, sez., II, 12 giugno 1990, n. 315, in *TAR*, 1990, I, p. 3327; TAR Piemonte, sez. II, 25 gennaio 1991, n. 9, in *TAR*, 1991, I, p. 929. *Contra* TAR Lazio, sez. I, 9 agosto 1985, n. 921, *ivi*, 1995, I, p. 2665. Per ulteriori precedenti in materia, cfr. MAVIGLIA, *L'atto amministrativo nella giurisprudenza dei Tribunali amministrativi regionali*, in ALLEGRETTI, ORSI BATTAGLI, SORACE, (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, II, RIMINI, 1987, p. 667.

(3) La definizione è di CAPOLINO, in FERRO-LUZZI CASTALDI, (a cura di), *op. cit.*, I, p. 115, che attribuisce alla norma in commento una particolare rilevanza nella distinzione fra atti regolamentari ed atti amministrativi generali della Banca d'Italia.

A ben vedere però, in questo contesto il vocabolo “materie” sembra da intendersi re-
strittivamente nel senso di singoli argomenti, piuttosto che di disciplina complessiva di
settore. In tal senso sembrerebbe deporre il periodo precedente a quello citato secondo il
quale il CICR “ha l’alta vigilanza in materia di credito e di tutela del risparmio”. Per cui
se la legge avesse voluto attribuire al CICR stesso un potere di delibera generale e non per
i singoli casi previsti dal t.u., avrebbe sicuramente usato un’altra espressione (del tipo “Es-
so delibera in tali materie ...”).

A tale conclusione è del resto giunta quella dottrina che per prima ha proceduto ad
una puntuale analisi dei poteri normativi attribuiti dal t.u. alle autorità creditizie, la quale
ha enucleato una precisa categoria corrispondente appunto alle delibere del CICR, alle
quali andrebbe attribuita senz’altro natura sostanzialmente regolamentare, individuando
i singoli atti ad essa ascrivibili (1).

7. Prime considerazioni sul regolamento del mercato previsto dall’art. 47 del d. lgs. n. 415/96

Anche la legge sulla disciplina dell’attività di intermediazione mobiliare (l. 2 gennaio
1991, n. 1), pur non contenendo una disposizione generale sul potere regolamentare delle
autorità di controllo, aveva accolto l’orientamento che vede nell’espressa attribuzione per
legge la base giuridica indispensabile per l’esercizio del potere regolamentare della P.A.
Così in essa erano presenti svariate ipotesi di regolamenti della CONSOB e della Banca
d’Italia (2).

Un primo esame del d. lgs. n. 415/96 di recepimento delle direttive 93/22 CEE e 93/6
CEE sui servizi di investimento mobiliare, emanato in base alla delega conferita dall’art.
21 della l. 6 febbraio 1996, n. 52 (legge Comunitaria per il 1994), conferma del resto questa
impostazione. In esso figurano infatti una serie di ipotesi, tutte puntualmente previste ed
in parte simili a quelle della l. n. 1/91, di attribuzione di poteri regolamentari (o comunque
normativi) alle autorità di controllo.

La novità che caratterizza questo testo normativo, coerentemente con la filosofia che
ispira la legge delega (3), è invece la previsione di poteri di natura “regolamentare” a fa-
vore di soggetti privati. Su di essi conviene qui soffermarci per qualche breve riflessione,

(1) Cfr. CERULLI IRELLI, *La vigilanza regolamentare*, cit. p. 36 s.

(2) Cfr. artt. 1, comma 4^o; 5, comma 8^o; 7, comma 3^o; 9, commi 2^o, 4^o e 5^o. Sul potere regolamentare
conferito alle cennate autorità di controllo dalla l. n. 1/1991, cfr., in giurisprudenza, TAR Lazio, sez. I, 9 set-
tembre 1993, n. 1252, in *Foro it.*, 1993, III, c. 531 (in materia di legittimità delle disposizione regolamentari
dettate dalla Banca d’Italia e dalla CONSOB per il funzionamento della Cassa di compensazione e garanzia);
Trib. Milano, 21 febbraio 1995, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 79 (sui rapporti fra norme regolamentari CON-
SOB e disposizioni di legge). Sul potere regolamentare della CONSOB in materia di disciplina ed organizza-
zione della borsa valori, ai sensi della l. n. 216/1974, cfr. Cons. St., sez. VI, 25 marzo 1989, n. 280, in *Foro
amm.*, 1989, p. 639.

(3) L’art. 21, comma 1^o lett. g) della legge comunitaria recita infatti: “disciplinare, secondo linee omo-
genee e in un’ottica di semplificazione, l’istituzione, l’organizzazione e il funzionamento dei mercati regola-
mentati, prevedendo organismi di natura privatistica, che siano espressione degli intermediari ammessi ai sin-
goli mercati e siano dotati di poteri di gestione, autoregolamentazione e intervento ...”.

pur non potendo ovviamente ricomprendere tali soggetti nel novero delle autorità indipendenti (1).

L'organizzazione e la gestione del mercato sono infatti demandate ad un regolamento deliberato dalla società di gestione (cfr. art. 47), la quale deve essere una s.p.a. "anche senza scopo di lucro" (cfr. art. 46, comma 1^o) ed ha quindi sicuramente natura privata (2).

L'attribuzione di veri e propri poteri normativi a soggetti privati, per quanto da ritenersi consentita in mancanza di un esplicito divieto costituzionale (3), attesa l'apertura e l'atipicità delle fonti a livello sub-primario e la possibilità per la legge di istituire fonti secondarie con essa non concorrenti, sarebbe infatti una novità assoluta per il nostro ordinamento.

È opportuno quindi passare ad esaminare la natura del regolamento del mercato. Una risposta decisiva al riguardo non sembra poter venire dalle materie che la legge affida a questo strumento.

Se infatti prevalgono le norme rivolte quasi esclusivamente agli operatori – quali: le condizioni e modalità della loro ammissione, esclusione e sospensione dalle negoziazioni; le condizioni e le modalità per lo svolgimento delle negoziazioni e gli eventuali obblighi degli operatori stessi; i criteri per la determinazione dei quantitativi minimi negoziabili (4) – non mancano le disposizioni che hanno un'efficacia diretta anche nei confronti della generalità degli utenti, intesi questi ultimi come il pubblico dei risparmiatori e degli investitori. Si tratta delle condizioni e modalità dell'ammissione, esclusione e sospensione degli strumenti finanziari dalle negoziazioni e i tipi di contratto ammessi (5).

In questi due ultimi casi (6) è infatti particolarmente evidente come le norme, pur essendo rivolte innanzitutto agli operatori, abbiano un riflesso immediato e diretto anche sugli utenti. Basti pensare infatti all'investitore (attuale o potenziale), che possieda un determinato titolo o voglia scambiarlo avvalendosi di una certa modalità contrattuale (ovvero che desideri entrarne in possesso), per accorgersi di come le norme del regolamento che

(1) L'evoluzione della vigilanza sui mercati finanziari verso forme di autoregolamentazione era stata notata dalla dottrina, già prima dell'emanazione del d. lgs. n. 415/96. Cfr. in proposito, CAPRIGLIONE, *Amministrazione e autoregolazione del mercato finanziario*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, p. 24 ss. Per un'analisi della norma della legge delega nell'ambito di una più vasta tendenza, affermatasi nei paesi economicamente evoluti, da privilegiare uno schema a doppio livello che vede la *self-regulation* integrata da elementi di regolazione pubblica, cfr. VELLA, *Eteronormazione ed autoregolamentazione nella disciplina del mercato finanziario*, in AA.VV., *Uno statuto per l'efficienza del mercato finanziario*, Assogestioni, *Quad. doc. e ric.*, n. 14, Roma, 1996, p. 63 ss. ed, in particolare, p. 69 ss.

(2) Sull'organizzazione dei mercati, cfr. ZAMBELLI, *Decreto Eurosime: la disciplina dei mercati*, in *Società*, 1996, p. 1057. Sulla configurazione della società di gestione cfr. SABBATINI - ZAGORDI, *Borsa spa con patto e voto di lista*, in *Il sole-24 ore* del 20.9.96, p. 24 ed ivi la pubblicazione del manifesto "Ragioni ed obiettivi della costituzione della holding dei mercati mobiliari: Sint spa". Con delibera n. 10247 la CONSOB ha inoltre approvato il regolamento che dà attuazione all'art. 46, comma 2^o del d. lgs. n. 415/96 in tema di capitale minimo delle società che potranno organizzare e gestire mercati regolamentati di strumenti finanziari e di attività connesse e strumentali che esse potranno svolgere.

(3) Cfr. in tal senso GIANNINI, voce *Autonomia*, cit., p. 357 e *Autonomia*, cit., p. 857 ove viene ricordato come, secondo un risalente orientamento dottrinale facente capo al GIERKE, l'attribuzione a gruppi privati di poteri di produzione normativa sarebbe stato quanto di più auspicabile per una struttura statale di tipo associativo.

(4) Cfr. art. 47, comma 1^o, *sub lett. a)* prima parte, *b)*, *c)* seconda parte.

(5) Cfr. art. 47, comma 1^o, *sub lett. a)* seconda parte e *lett. d)* prima parte.

(6) Questa distinzione, come del resto altre, è operata in base ad un criterio di prevalenza giacché nel primo elenco di poteri "normativi" non mancano quelli che possono avere una qualche incidenza, anche sul pubblico degli utenti come avviene per i criteri di determinazione dei quantitativi minimi negoziabili.

incidono su determinate materie siano, in realtà, immediatamente destinate anche a lui e quindi, in pratica, a tutti.

Siamo qui di fronte a qualcosa di strutturalmente molto simile al potere del CICR e della CONSOB di prevedere che determinati contratti possano essere stipulati in forma diversa da quella scritta (cfr., rispettivamente, art. 117, comma 2° t.u. ed art. 18, comma 1° d. lgs. n. 415/96) e a quello della Banca d'Italia di prescrivere la tipizzazione di determinati contratti o titoli (art. 117, comma 8° t.u.) sui quali ci si è già soffermati. La novità, come si è già rilevato, sta nella natura del soggetto che emana le disposizioni.

Se l'indagine condotta sulla tipologia di materie affidate dalla legge al regolamento di servizio non conduce a risultati definitivi circa la natura delle disposizioni in esso contenute, l'analisi di altri elementi rilevanti sembrerebbe spingere verso la conclusione che esse sono piuttosto norme interne.

Un primo argomento in tal senso, ancorché ovviamente non del tutto vincolante per l'interprete, sembra essere quello che, per lo meno nell'intenzione del legislatore, esse non sono state concepite come norme destinate a collocarsi nell'ambito delle fonti del diritto.

Gli artt. 3 e 4 disp. prel., accanto al potere regolamentare del Governo, disciplinano infatti solo quello delle "altre autorità" mentre, come si è visto, la natura privata del soggetto emanante è fuori discussione. Ed allora, sebbene, come si è visto, l'attribuzione a soggetti privati di veri e propri poteri normativi non deve in linea teorica ritenersi esclusa e le citate norme delle preleggi non abbiano carattere costituzionale, sembra del tutto improbabile che si sia voluto incidere su di esse con una normativa di settore.

Non solo, la legge delega, come si è visto, consente che gli organismi di natura privatistica di gestione del mercato siano dotati esclusivamente di poteri di "autoregolamentazione" (1) per cui l'attribuzione al regolamento di mercato della natura di fonte del diritto finirebbe per non trovare fondamento nella legge delega e per condurre all'assurdo risultato dell'incostituzionalità delle citate norme del decreto legislativo.

Un altro elemento che sembra portare decisamente verso la natura meramente interna del regolamento di mercato è quello, di carattere formale ma non meno importante, della mancata previsione, da parte della legge, della sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, alla quale come si è visto, viene attribuita una notevole importanza ai fini della distinzione fra atti amministrativi generali e norme dell'ordinamento giuridico.

L'art. 47, comma 2° del d. lgs. n. 415/96, infatti, affida alla CONSOB il compito di dettare "disposizioni per assicurare la pubblicità del regolamento del mercato" (2). Si noti come la legge si esprima in termini di pubblicità e non di pubblicazione e, sebbene il primo concetto sembra poter comprendere anche il secondo, sarebbe stato quantomeno discutibile delegare all'autorità di controllo la scelta della fonte di cognizione lasciandola libera di scegliere, ad esempio, la stampa quotidiana o il proprio Bollettino e non la Gazzetta Ufficiale, qualora si fosse trattato di norme che si inseriscono nelle fonti del diritto.

Sembra quindi che al regolamento di mercato, in quanto emanato dalla società di gestione, non sia abilitato ad introdurre norme (ancorché subprimarie) nell'ordinamento generale.

Bisogna ora vedere se le disposizioni del regolamento stesso non possano essere invece imputate alla CONSOB, che è chiamata in qualche modo ad approvarle. Se così fos-

(1) Cfr. ancora l'art. 21, comma 1° lett. g) della l. n. 52/96.

(2) La Relazione illustrativa al Parlamento per il prescritto parere delle competenti Commissioni parla di "disposizioni per assicurare la pubblica conoscenza dei regolamenti del mercato".

se, infatti, per lo meno qualcuno degli argomenti che si è visto essere d'ostacolo al suo inquadramento nelle fonti del diritto (ed in particolare quello letterale desunto dagli artt. 3 e 4 disp. prel.) potrebbe cadere.

Anche tale ipotesi non sembra però trovare alcun conforto nella lettera e nello spirito della legge.

L'approvazione da parte della CONSOB, infatti, seppur sempre presente, ancorché in sede di prima emanazione "assorbita" dal più generale provvedimento di autorizzazione all'esercizio del mercato regolamentato (1), non è sufficiente ad imputare il regolamento stesso all'autorità di controllo invece che alla società di gestione.

La legge infatti non dice che la società di gestione predispone (o propone) il regolamento ma che lo delibera. L'approvazione da parte della CONSOB, non solo, come si è visto, è quasi implicita in sede di prima emanazione, nel provvedimento di autorizzazione, ma è circoscritta dalla stessa legge al controllo solo di alcuni aspetti, seppure di carattere generale (2), tanto che un diniego di approvazione che si basasse su parametri diversi da quelli prestabiliti dalla legge sarebbe in qualche modo censurabile in quanto lesivo dell'autonomia della società di gestione.

Non solo, ad una più approfondita analisi, ci si avvede che l'imputare alla CONSOB il regolamento del mercato non sarebbe probabilmente sufficiente a poterlo far annoverare a pieno titolo fra le fonti del diritto.

Anche in tal caso, sorgerebbero problemi di coerenza con la delega e di insufficiente determinazione delle fonti di cognizione. Da un lato infatti risulterebbero svuotati i poteri di autoregolamentazione attribuiti agli organismi di natura privatistica espressione degli intermediari, mentre, dall'altro, il potere della CONSOB di dettare disposizioni in materia di pubblicità di quello che sarebbe, formalmente, un proprio regolamento, sembrerebbe ancor più stridente con le conclusioni cui si è soliti arrivare in materia di pubblicazione degli atti normativi.

A proposito dei rapporti fra CONSOB e società di gestione, sembra utile ricordare come, in un primo tempo, la bozza di decreto legislativo prevedesse un regolamento della CONSOB, espressamente definito "generale", con il quale avrebbero dovuto essere stabiliti i principi dell'organizzazione dei mercati e della regolamentazione, la quale veniva poi demandata in concreto alla società di gestione (3).

Quest'ultima, oltre a regolamentare le funzioni del mercato e a stabilire le caratteristiche delle strutture e dei servizi, avrebbe dovuto disciplinare, con proprio regolamento "speciale", le modalità di negoziazione, le condizioni per l'effettività delle contrattazioni, le modalità di accertamento, pubblicazione e diffusione dei prezzi, i tipi di contratti ammessi, ecc.

Lo schema, poi non attuato, che ricalcava in qualche modo il rapporto normativa primaria – normativa secondaria, era probabilmente poco coerente con la delega in quanto finiva, di fatto, per ridurre la libertà di autoregolamentazione e per creare in capo all'auto-

(1) Cfr. art. 48, commi 1° e 2° d. lgs. n. 415/96.

(2) La conformità "alla disciplina comunitaria, l'idoneità ad assicurare la trasparenza del mercato, l'ordinato svolgimento delle negoziazioni e la tutela degli investitori", cfr. art. 48, comma 1°, lett. b), d. lgs. n. 415/96.

(3) Di questo originario schema viene data notizia nell'articolo di CALDERONI, *Bankitalia ridisegna i mercati*, in *Il Sole-24 ore*, 29 settembre 1995, p. 29.

rità di controllo una certa commistione di ruoli. Da un lato infatti il regolamento attuativo della società di gestione si sarebbe posto rispetto a quello generale della CONSOB in una posizione subordinata, dall'altro l'autorità stessa avrebbe dovuto sia dettare i principi generali che controllare che il regolamento della società di gestione fosse ad essi conforme.

La versione definitivamente approvata sembra invece far prevalere, se è lecito prendere in prestito categorie collaudate di rapporti fra fonti del diritto, il criterio della competenza su quello della gerarchia a tutto vantaggio della sfera di autonomia degli organismi rappresentativi degli intermediari e della distinzione dei ruoli.

Tale conclusione sembra chiaramente emergere dal raffronto fra i poteri normativi attribuiti alle autorità dall'art. 46 e quelli, già esaminati, demandati alla società di gestione dall'art. 47. Fra i primi troviamo che alla CONSOB viene conferito il potere di determinare il capitale minimo delle società di gestione e le attività connesse e strumentali che esse possono svolgere, ma non di dettare norme di carattere generale che condizionino quelle del regolamento del mercato (1).

Sembrirebbe quindi doversi prendere atto della natura non normativa in senso proprio del regolamento del mercato (con tutte le conseguenze che ne discendono) e, nello stesso tempo, dell'attitudine di parte delle sue disposizioni ad applicarsi direttamente al pubblico degli utenti e quindi, in definitiva, alla generalità dei consociati.

Fin qui nulla che non si possa spiegare con il concetto di norma interna. Se entriamo in una biblioteca ci assoggettiamo a al suo regolamento, se ci rechiamo in un supermercato possiamo agevolmente constatare che il tipo di merci vendute, le condizioni di vendita, i prezzi e quant'altro sono decisi dal gestore (che in alcuni casi si deve attenere a regolamenti di pubbliche autorità).

Non resterebbe allora da auspicare che anche a livello di strumenti finanziari si possano verificare le condizioni per l'instaurazione di quella concorrenza fra mercati (e relativi regolamenti) che sola potrebbe ovviare all'apparente paradosso di un solo regolamento interno di un soggetto non pubblico che di fatto, nella sostanza, regola rapporti interpretati.

Dall'inquadramento che si è tentato del regolamento del mercato sembrano discendere alcune conseguenze in materia di tutela dei diritti. Escluso che la violazione del regolamento stesso possa comportare il vizio di violazione o falsa applicazione delle norme di diritto, ai sensi dell'art. 360, comma 1° n. 3 c.p.c., bisogna soffermarsi sugli strumenti di impugnazione avverso il regolamento medesimo o gli atti ed i contratti ad esso conformi.

Le relative controversie sembra debbano essere essenzialmente di competenza del giudice ordinario. In quanto delibera di una s.p.a., il regolamento sarà soggetto, per ciò che concerne i soci, all'azione di annullamento di cui all'art. 2377 cod. civ.

Problemi potrebbero sorgere per la decorrenza del termine di decadenza di tre mesi previsto dall'art. 2377, comma 2° cod. civ., atteso che la delibera, che è di assemblea ordinaria, non sembra rientrare fra quelle soggette all'iscrizione nel registro delle imprese. La soluzione potrebbe essere quella di far decorrere il termine dall'approvazione da parte della CONSOB, prima della quale la delibera non è da ritenersi efficace, ovvero, ma sembra soluzione meno certa, dall'avvenuta diffusione della stessa con uno degli strumenti previsti dalla CONSOB ai sensi dell'art. 47, comma 2° del d. lgs. n. 415/96.

(1) Cfr. art. 46, comma 2°. Il discorso non cambia per i poteri normativi, attribuiti al Ministro del tesoro dai commi successivi del medesimo articolo, in materia di requisiti di onorabilità, caratteristiche delle negoziazioni all'ingrosso e disciplina dei mercati all'ingrosso dei titoli di Stato.

Per quanto riguarda i terzi, rimane invece la possibilità di far valere la nullità della delibera di approvazione del regolamento per impossibilità o illiceità dell'oggetto da parte di chiunque vi abbia interesse e senza limiti di tempo, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2379, 1421 e 1422 cod. civ.

Tuttavia, essendo la sfera di vizi che può essere fatta valere ex art. 2379 più ristretta rispetto a quelli che possono essere denunciati ai sensi dell'art. 2377, si pone il problema se il regolamento del mercato, per il quale siano scaduti i termini per l'impugnazione ai sensi di quest'ultima norma e che sia affetto da vizi diversi da quelli che possono essere fatti valere ex art. 2379 cod. civ., possa essere quanto meno disapplicato dal giudice ordinario nell'ambito di una controversia vertente, ad esempio, su di un atto o di un contratto ad esso conforme.

Al quesito sembrerebbe di poter dare risposta positiva. L'utente che si considerasse leso da un atto o da un contratto che si basa sul regolamento resterebbe altrimenti privo di tutela, a meno che non faccia valere una nullità della delibera di approvazione per impossibilità o illiceità dell'oggetto. Egli, infatti, sarebbe carente di legittimazione ad impugnarlo ai sensi dell'art. 2377 cod. civ., perché non socio e, comunque, non leso in modo diretto ed attuale dal regolamento.

Sembrerebbe d'altronde assurdo che il cittadino utente ed il giudice abbiano rispettivamente una tutela ed un potere inferiori nei confronti del regolamento del mercato rispetto agli atti amministrativi generali delle autorità di controllo.

Per quanto poi concerne le possibilità di ricorso al giudice amministrativo per i vizi propri dell'approvazione (o della mancata approvazione) da parte della CONSOB, sembra che difficilmente l'utente possa ritenersi leso in modo immediato e diretto da un simile provvedimento il quale, pertanto, verrà in considerazione piuttosto di fronte al giudice ordinario in sede di disapplicazione.

Si pensi, ad es., ad un risparmiatore che si dolga del trattamento a lui riservato in base ad uno schema tipo di contratto ammesso adottato in base al regolamento assumendone la contrarietà alla disciplina comunitaria o la mancanza di trasparenza.

Al giudice amministrativo potrà invece direttamente ricorrere la società di gestione contro il diniego di approvazione da parte della CONSOB.

8. Potere normativo delle autorità indipendenti e Costituzione

Come si è visto, il potere normativo delle autorità indipendenti non è disciplinato nel nostro ordinamento da disposizioni di carattere generale. Esso può essere inquadrato negli artt. 3, comma 2° e 4, comma 2° disp. prel., norme su cui si avrà modo di ritornare, che parlano del "potere regolamentare di altre autorità", i quali sanciscono i due principi dell'esercizio nei limiti delle rispettive attribuzioni e della subordinazione ai regolamenti governativi, rinviando per il resto alle leggi speciali.

La Costituzione non prevede il potere regolamentare delle autorità indipendenti o comunque diverse dal Governo ed, anche per ciò che riguarda il potere normativo di quest'ultimo, esso viene presupposto da alcune disposizioni (1), più che disciplinato.

(1) Cfr. artt. 87, comma 5°, 95 e 97.

Il fondamento del potere regolamentare del Governo, era stato dalla più risalente dottrina ricondotto essenzialmente al potere della P.A. di autolimitare la propria discrezionalità, indicando preventivamente i criteri in base ai quali essa sarebbe stata esercitata e dettando quindi le relative norme (1).

Questa spiegazione, che contiene ancor oggi un nucleo di innegabile verità, era sorta in un'epoca in cui si attribuiva una portata tendenzialmente cogente al principio della separazione dei poteri, con la conseguente necessità di giustificare ogni deroga al principio di corrispondenza fra poteri e funzioni.

Con il tempo, la dottrina di gran lunga prevalente andò tuttavia abbandonando la convinzione che, nel sistema italiano, al principio di separazione dei poteri, non menzionato nella Costituzione repubblicana, fosse da attribuire un'efficacia assoluta (2) e la possibilità di attribuire all'esecutivo poteri normativi venne generalmente riconosciuta.

Il problema si spostò piuttosto nell'individuazione della derivazione di tali poteri che, in una forma di governo di tipo "monistico" come quella delineata dalla nostra Costituzione, nel quale cioè la normazione primaria è riservata al Parlamento, salva possibilità di delega, venne fatta discendere dal carattere rappresentativo del Governo e degli uffici che da esso gerarchicamente dipendono. Dalla meno intensa rappresentatività del complesso Governo-P.A. rispetto a quella del Parlamento, si fece poi derivare la minore efficacia degli atti normativi del Governo e la loro necessaria subordinazione alla legge (3).

È evidente come questo tipo di giustificazione del potere normativo non si attagli alle amministrazioni indipendenti che si caratterizzano proprio per la mancanza di forti nessi di derivazione dall'esecutivo e che sono volutamente estrane al rapporto di fiducia Parlamento-Governo.

Per i poteri normativi di quest'ultime, accanto alla più vecchia teoria della facoltà di autolimitazione dei poteri discrezionali, rimane tuttavia la possibilità di rinvenire un, seppur indiretto, riconoscimento costituzionale in altre disposizioni come quella dell'art. 5, seconda parte che si riferisce all'autonomia ed al decentramento in genere e non soltanto alle autonomie locali (4).

La valorizzazione di questa norma oltre l'ambito delle autonomie locali e del decentramento dell'amministrazione dello Stato, per i quali essa era stata principalmente pensata, sino a ricomprendere le amministrazioni indipendenti e loro produzione normativa, appare in effetti possibile.

Sembra interessante riportare, in proposito, quanto scriveva un commentatore dell'art. 5 Cost., esprimendo concetti che sembrano, oggi, estensibili alle amministrazioni indipendenti: "L'impianto autonomo dell'amministrazione nella Costituzione e gli stessi principi di imparzialità e del buon andamento non si comprenderebbero neppure se essi non fossero vivificati dalla forza normativa dell'art. 5. Solo un'amministrazione fondata

(1) ZANOBINI, *Fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, p. 145; RAGGI, *Potere discrezionale e facoltà regolamentare*, Milano, 1923; BETTI, *Sulla base del potere regolamentare*, *Riv. dir. pubbl.*, 1927, I, p. 7; DE VALLES, *Fondamento del potere regolamentare*, *ivi*, 1930, I, p. 145.

(2) Sull'argomento cfr., per tutti, CERRI, voce *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990.

(3) Su questi temi, cfr., per tutti, PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, cit., p. 291 ss.

(4) Per la possibilità di ricondurre a tale norma i regolamenti delle "altre autorità" cfr. già CRISAFULLI, *Fonti del diritto*, cit., p. 938 che scrive quando il fenomeno delle amministrazioni indipendenti non si era ancora affermato.

sull'autonomia e il decentramento, non determinata a priori da rigide disposizioni legislative, tradotte autoritariamente dalla burocrazia gerarchizzata, può essere imparziale o comunque tendere all'imparzialità e all'obiettività..." (1).

È utile poi ricordare come la problematica della legittimità costituzionale dell'attribuzione di poteri normativi alle autorità indipendenti sia stata esaminata in Francia anche dal giudice delle leggi.

In due successive pronunce il *Conseil Constitutionnel*, ha avuto infatti modo di affrontare la questione affermando la possibilità per il Parlamento di attribuire la potestà di emanare regolamenti anche ad autorità diverse dal primo ministro, al quale l'art. 21 della Costituzione della Quinta Repubblica conferisce tale potere (2).

Secondo il giudice delle leggi francese però, da un lato si deve escludere decisamente la possibilità di delegare alle autorità amministrative indipendenti poteri legislativi, dall'altro il loro potere regolamentare deve restare circoscritto entro i confini tracciati dalle leggi o dai regolamenti degli organi costituzionali (3).

Si può notare come i dubbi di costituzionalità dell'attribuzione del potere regolamentare alle autorità indipendenti, sorti nel sistema francese per il fatto che la Costituzione, sebbene più esplicita rispetto a quella italiana, conferisce tale potere solo al primo ministro, abbiano portato il *Conseil Constitutionnel* a conclusioni molto simili a quelle cui suole giungersi da noi sulla base degli artt. 3, comma 2° e 4, comma 2° disp. prel.

9. Norme delle autorità indipendenti e regolamenti governativi

Un'analisi dei poteri normativi delle autorità indipendenti non può prescindere dalla considerazione dell'esercizio del potere regolamentare da parte del governo così come è stato disciplinato dall'art. 17 della l. 23 agosto 1988, n. 400. Tale articolo di legge ha riordinato infatti in modo compiuto l'attività normativa dell'esecutivo abrogando le precedenti disposizioni che la regolavano.

Pur non essendo questa la sede per uno studio particolareggiato dell'argomento, che la dottrina ha approfondito in varie sedi (4), sembra infatti utile ricordare i tratti salienti delle problematiche che esso suscita per la contiguità con il tema della presente trattazione.

(1) Cfr. BERTI, *Principi fondamentali*, in *Commentario della Costituzione a cura di Branca*, sub art. 5, Bologna-Roma, 1975, p. 290. La problematica della copertura costituzionale delle autorità indipendenti, è stata affrontata nel Convegno "La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali" organizzato il 20-21.11.1995 a Roma dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato ove è stata sollecitata una previsione in sede di revisione della Costituzione stessa. Ne dà notizia DURET, *op. cit.* in nt. n. 1 di p. 7, p. 197.

(2) Cfr. Cons. Const., 18 settembre 1986, n. 217 in *AJDA*, 1987, 2, p. 102, con nota di WASCHMANN, relativa alla legge istitutiva della *Commission nationale de la communication e des libertés*.

(3) Cfr. Cons. Const., 17 gennaio 1989, n. 248, in FAVOREU - PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Paris, 1991, p. 724.

(4) Fra i tanti interventi in materia cfr., in particolare, G.U. RESCIGNO, *Il nome proprio degli atti normativi e la legge n. 400 del 1988*, in *Giur. cost.*, 1988, II, p. 1494; PALEOLOGO, *L'attività normativa del governo nella legge sull'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri*, in *Foro it.*, 1989, V, c. 344; CARLASSARE, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quad. cost.*, 1990, p. 7; CHELI, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, *ivi*, p. 53; DI CIOLO, *Il potere normativo del Governo alla luce della legge n. 400 del 1988*, in *Civitas*, 1990, n. 6, p. 47; PIZZORUSSO, *Il potere regolamentare*, in *Scritti per M. Nigro*, Milano, 1991, I, p. 471; DE SIERVO (a cura di), *Il potere regolamentare nell'amministrazione centrale*, Bologna, 1992.

L'art. 17 della l. n. 400 del 1988 prevede almeno sette tipi di regolamenti e disciplina compiutamente anche i c.d. regolamenti delegati (o di delegificazione) (comma 2°). Esso contempla anche i regolamenti ministeriali "o delle autorità sottordinate al ministro" (comma 3°) stabilendo che essi "non possono dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo".

Tale disposizione è quindi coerente con l'art. 4, comma 2° disp. prel. anche se quest'ultimo è ancor più generale riguardando (tramite il rinvio all'art. 3, comma 2° disp. prel.) il "potere regolamentare di altre autorità" e non solo di quelle "sottordinate al ministro". In quest'ultima categoria non è tuttavia possibile ricomprendere anche le autorità indipendenti che si caratterizzano proprio per il fatto di essere svincolate dagli schemi tipici di relazioni gerarchiche con le amministrazioni dello Stato.

Ad esse sembrerebbe doversi comunque applicare il combinato disposto degli artt. 3, comma 2° e 4, comma 2° disp. prel., in base al quale i regolamenti delle "altre autorità", "non possono ... dettare norme contrarie a quelle dei regolamenti emanati dal Governo".

In proposito bisogna però innanzitutto osservare che la norma, avendo forza di legge ordinaria, ben potrebbe essere superata da altra disposizione di legge che attribuisse, per esempio, ad un'autorità indipendente il potere di disporre con propria normativa su di una materia già disciplinata da regolamenti governativi.

In secondo luogo, come si è già avuto modo di notare, le attribuzioni di normativa secondaria, anche quando vengono fatte nella stessa materia (intesa in senso ampio) sia ad autorità governative che a quelle indipendenti tendono a seguire il criterio della competenza piuttosto che quello della gerarchia (1).

Infine, come si è visto, la relazione diretta che spesso lega la normativa secondaria delle autorità indipendenti di settore al diritto comunitario finisce, in alcuni casi, per conferire ad essa carattere addirittura superprimario.

L'art. 17 della l. n. 400/1988, che stabilisce per i regolamenti governativi e ministeriali alcuni requisiti (parere del Consiglio di Stato, visto e registrazione della Corte dei conti), non si applica quindi alla produzione normativa delle autorità indipendenti che resta disciplinata, a livello generale, dalle scarse disposizioni degli artt. 3 e 4 disp. prel.

Com'è stato giustamente notato, l'art. 17 della l. n. 400/1988 ha avuto una difficile attuazione non riuscendo a disciplinare, come era probabile nelle intenzioni del legislatore, tutta l'area della produzione normativa riconducibile all'amministrazione statale (2).

L'emanazione di una disciplina del potere regolamentare del governo non ha in altre parole impedito che l'amministrazione statale continuasse a produrre norme secondarie anche al di fuori degli schemi da essa previsti. Tale fenomeno, di vera e propria "fuga dal

(1) Come avviene ad esempio nella ripartizione di compiti regolamentari effettuata dagli artt. 46 e 47 del d. lgs. n. 415/96 fra Ministro del tesoro, CONSOB e società di gestione del mercato. Diverso è il fenomeno delle disposizioni normative dettate dalla Banca d'Italia "in conformità delle delibere del CICR", giacché in questo caso la delibera del Comitato non pone già la norma direttamente applicabile (da porsi in relazione gerarchica con le disposizioni dettate dalla Banca d'Italia) ma è assimilabile piuttosto ad un atto di indirizzo. Non solo, ai sensi dell'art. 4, comma 1° del t.u. le delibere del CICR previste nei titoli II e III e nell'art. 107 del t.u. stesso sono ormai adottate su di una proposta della Banca d'Italia che la dottrina tende a classificare come "conforme" nel senso che il CICR potrebbe, al limite, decidere di non provvedere, ma non deliberare discostandosi dalla proposta. Cfr., in proposito, PERASSI *Le autorità ed i poteri di vigilanza nel testo unico*, in *Banca e borsa*, 1995, I, p. 666 s. Per i rapporti fra CICR e Banca d'Italia alla luce delle disposizioni dettate dal t.u., cfr. inoltre DE VECCHIS, *La Banca d'Italia nell'esercizio delle funzioni di vigilanza bancaria*, in *Mondo banc.*, 1994, n. 2, p. 19 ss.

(2) DE SIERVO, *op. cit.*, p. 16.

regolamento”, è stato motivato prevalentemente dalla volontà di evitare i controlli (ed i tempi lunghi che ad essi conseguono) previsti dall’art. 17 della l. n. 400/1988 (1).

Questa tendenza ha quindi provocato la comprensibile reazione del Consiglio di Stato il quale ha chiarito che non è nella disponibilità delle amministrazioni scegliere se adottare provvedimenti amministrativi generali o regolamenti poiché, quando c’è attribuzione di poteri normativi, non si potrà che adottare la forma regolamentare (2).

Tale conclusione, però, non riguarda, ancora una volta, le autorità indipendenti le quali, a meno che la legge non disponga diversamente, sono libere di scegliere lo strumento formale attraverso il quale procedere all’emanazione della normativa secondaria di propria pertinenza. Per esse, anzi, una distinzione fra la forma regolamentare e le altre non ha lo stesso senso che essa può avere per le amministrazioni dello Stato per le quali le modalità di esercizio di quest’ultima sono state disciplinate dalla l. n. 400/88.

10. Conclusioni

Queste riflessioni ci hanno quindi mostrato come il fenomeno della normazione delle autorità indipendenti sia in espansione, sotto il duplice impulso del diritto comunitario e di una generale tendenza alla delegificazione, tanto da poter essere in un certo qual senso assunto a criterio di distinzione fra diverse tipologie di tali organismi.

Si è anche visto come l’aumento dei compiti attribuiti alle autorità indipendenti stesse (dal controllo di settore in senso stretto alla tutela della trasparenza e dell’utente dei servizi) faccia sì che, parte della normativa da loro emanata, regoli direttamente rapporti interprivati, rifuggendo così dagli schemi teorici dell’ordinamento sezionale entro i quali poteva in origine essere agevolmente ricondotta.

Si è anzi potuto constatare come, di recente, essendosi affermato il principio dell’autoregolamentazione del mercato mobiliare e della sua gestione da parte di soggetti privati, questa tendenza a disciplinare rapporti fra le parti si sia estesa, fatto veramente nuovo per il nostro ordinamento, anche a “regolamenti” di soggetti non pubblici quali la società di gestione.

All’importanza delle norme delle autorità indipendenti, accresciuta dal fatto che esse, essendo spesso emanate in attuazione di obblighi comunitari, finiscono per assumere una valenza quasi superprimaria, fa tuttavia riscontro un’estrema carenza di disposizioni generali che le regolano: tuttora alcune scarni articoli delle preleggi (3).

In un simile contesto, dove è facile prevedere, nel prossimo futuro, un ulteriore incremento dei compiti attribuiti alle autorità indipendenti e dei settori affidati dalla legge alla loro regolamentazione, risalta ancora di più la necessità di un’approfondita analisi giuridica delle problematiche sollevate dalla normativa delle autorità indipendenti cui queste riflessioni vogliono, ancorché modestamente, contribuire.

(1) Su tale fenomeno, cfr. G.U. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 1507 nonché BALDASSARI SARTI, in DE SIERVO, *op. cit.*, p. 282 s.

(2) Cons. St., a.g., 21 novembre 1991, in *Giur. cost.*, 1991, p. 4261, con nota di PIZZORUSSO, *Il difficile cammino del riordinamento del sistema delle fonti*.

(3) Sembra al riguardo significativo il fatto che in una proposta, recentemente pubblicata, per una normativa generale che costituisca uno “statuto” comune per le autorità indipendenti, i poteri normativi vengano soltanto elencati senza essere in alcun modo disciplinati. Cfr. FRANCHINI, *Proposta di norme sulle autorità indipendenti*, cit., p. 489.

*Finito di stampare
nel mese di novembre 1996
presso il Centro Stampa
della Banca d'Italia in Roma.*