

Prof. Giuseppe Morbidelli
Ordinario nell'Università "La Sapienza" di Roma

Sommario

<i>1) Sulla vis innovativa del codice delle assicurazioni.....</i>	<i>1</i>
<i>2) La silloge dei poteri regolamentari attribuiti ad ISVAP.....</i>	<i>4</i>
<i>3) Legittimità dell'attribuzione di poteri regolamentari ad autorità indipendenti.....</i>	<i>6</i>
<i>4) Regolamenti delle autorità e principio di legalità: la problematica.....</i>	<i>8</i>
<i>5) La casistica dei regolamenti ISVAP. I regolamenti integrativi- attuativi.....</i>	<i>9</i>
<i>6) I regolamenti "per obiettivi": la loro struttura</i>	<i>12</i>
<i>7) Argomenti a favore della legittimità dei regolamenti per obiettivi.....</i>	<i>15</i>
<i>8) Argomenti contrari alla legittimità dei regolamenti "titolati" da una legge che detta solo obiettivi.....</i>	<i>20</i>
<i>9) Individuazione dei criteri atti comunque a rendere coerente con il principio di legalità i regolamenti "per obiettivi": principi generali, principi della materia, regole tecniche, procedura partecipata, motivazione.....</i>	<i>24</i>
<i>10) Della coerenza dell'attribuzione dei poteri regolamentari di ISVAP con la legge di delega.....</i>	<i>37</i>

Il potere regolamentare di ISVAP dopo il codice delle assicurazioni

1) *Sulla vis innovativa del codice delle assicurazioni*

Il codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005 n. 209), come tutti i codici di cui alla recente stagione normativa (dal codice dei beni culturali e del paesaggio al codice della proprietà industriale, dal codice delle comunicazioni elettroniche a quello del consumo) non è un codice secondo la concezione tradizionale. E' una opera di sistemazione e di riordino della normativa afferente a certe aree o materie. I suoi obiettivi non sono dunque molto diversi da quelli dei testi unici non meramente compilativi. Peraltro, così come per i testi unici, la elaborazione del "codice" pone il problema della *vis* normativa di cui dispone: se cioè il suo oggetto è quello di ripulitura, coordinamento, sistemazione, ovvero se può

ridisegnare la materia. In realtà trattasi di un problema di diritto positivo, ovvero sia da risolvere attraverso la legge di delega rappresentata dalla l. 29 luglio 2003 n. 229 *“Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione – Legge di semplificazione 2001”*. La quale, a differenza dei testi unici previsti dal previgente art. 20 l. 15 marzo 1997 n. 59, non è limitata al coordinamento formale ed alla semplificazione procedimentale, bensì “titola” modifiche anche di rilievo dell’attuale disciplina legislativa nel quadro dei principi direttivi tracciati dall’art. 4, l. 229/2003 e dall’art. 20 l. 59/1997 (modificato appunto dalla l. 229/2003), vale a dire rispettivamente i criteri e i principi direttivi specifici della materia (art. 4) e i principi e i criteri direttivi di carattere generale (art. 20), secondo lo schema del doppio livello di principi e criteri direttivi (tipico anche della legge comunitaria annuale). Conducono a tale risultato tutta una serie di argomenti, sia letterali, sia di *ratio*, sia di sistema, così come ha rilevato l’Adunanza generale del Consiglio di Stato nel parere 25 ottobre 2004 relativo allo *Schema di decreto legislativo recante il «Codice dei diritti di proprietà industriale»* (che il Consiglio di Stato ha ricondotto alla l. 229/2003, malgrado la legge delegante sia contenuta in altra sede). Il Consiglio di Stato (v. punto 2) ha appunto osservato che *“la necessità di un intervento di riordino normativo – che costituiva già l’obiettivo principale del programma di riordino delle norme legislative e regolamentari delineato dall’articolo 7 della legge n. 50 del 1999, anche se quella legge operava ancora un ampio ricorso alla tecnica di delegificazione “per singoli procedimenti” – si accentua nella legge n. 229 del 2003, che elimina del tutto il filone di intervento tramite singoli regolamenti di*

delegificazione e fonda la strategia di semplificazione sul “riassetto” sostanziale delle materie, che deve avvenire tramite decreti legislativi di riforma dei singoli settori, i quali si conformino, oltre a principi e criteri direttivi specifici per le singole materie, a principi e criteri direttivi comuni, ispirati alla massima riduzione dell’intervento pubblico laddove non necessario”. In tale occasione il Consiglio di Stato ha altresì messo in luce, con riguardo al profilo della capacità innovativa della previgente disciplina di livello primario, e in ordine all’uso del termine “riassetto normativo” che “il legislatore degli anni 2002-2003, forse nell’intento di segnare maggiormente le distanze dalla precedente esperienza dei testi unici misti, ha preferito abbandonare l’utilizzo del termine “riordino” e definire i decreti legislativi previsti dalla legge n. 229 del 2003 (e dalla l. n. 273 del 2002) come «decreti di riassetto», anche a costo di ricorrere ad un termine meno indicativo e, soprattutto, meno comprensibile e più atecnico. Nella sostanza, la finalità è la stessa di quella del riordino normativo, e lo è anche la «qualità» dell’intervento, effettuato tramite uno strumento con capacità innovativa delle fonti primarie quale il decreto legislativo. Ciò che cambia è la portata, per così dire, «quantitativa» dell’intervento innovativo, poiché per i decreti legislativi «di riassetto» vi sono criteri di delega più ampi e incisivi, che autorizzano il legislatore delegato non soltanto ad apportare modifiche di «coordinamento formale» alla disciplina di rango legislativo, ma anche a consistenti innovazioni del merito della disciplina codificata”. Si tratta di una tesi condivisa dalla dottrina, la quale ha rilevato come l’azione di riforma periodica condotta e indirizzata mediante la legge di semplificazione 229/2003 investa anche i

profili sostanziali, oltre che quelli procedurali, con conseguente trasformazione di tale legge a cadenza annuale in un alveo in cui possono essere inseriti impulsi e politiche di riforma riguardanti un ambito materiale indefinitamente ampio¹

In altri termini, a differenza dei testi unici previsti dalle precedenti leggi di semplificazione, la “codificazione” comporta *ex se* un effetto non solo di riordino o al più di semplificazione delle procedure, ma anche fortemente innovativo nell’ordinamento.

2) La silloge dei poteri regolamentari attribuiti ad ISVAP

La capacità innovativa assegnata dalla legge delega al codice delle assicurazioni trova conferma, tra l’altro, nelle disposizioni che assegnano all’ISVAP un vastissimo e variegato potere regolamentare, sicuramente additivo rispetto all’ordinamento previgente. L’art. 5 dedicato all’autorità di vigilanza di settore stabilisce appunto che “*L’ISVAP adotta ogni regolamento necessario per la sana e prudente gestione delle imprese o per la trasparenza e la correttezza dei comportamenti dei soggetti vigilati*”. L’art. 191 intitolato “Norme regolamentari”, a sua volta, stabilisce che “*L’ISVAP, per l’esercizio delle funzioni di vigilanza sulla gestione tecnica, finanziaria e patrimoniale delle imprese di assicurazione e di riassicurazione e sulla trasparenza e sulla correttezza dei comportamenti delle imprese e degli intermediari di assicurazione e di riassicurazione,*

¹ V. ad es. V. CASAMASSIMA, *Le leggi annuali di semplificazione dopo la riforma del Titolo V Cost.*, in P. CARETTI, (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2002*, Torino, 2003, 294; N. LUPO, *Dai testi unici «misti» ai codici: un nuovo strumentario per le politiche di semplificazione. Commento alla legge n. 229 del 2003*, in *Studium iuris*, 2004, 159.

adotta, con i regolamenti per l'attuazione delle norme contenute nel presente codice, disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto” (tra l’altro) “a) la correttezza della pubblicità, le regole di presentazione e di comportamento delle imprese e degli intermediari nell’offerta di prodotti assicurativi; b) gli obblighi informativi prima della conclusione e durante l’esecuzione del contratto; c) la verifica dell’adeguatezza delle procedure di gestione del rischio; d) l’adeguatezza patrimoniale, ivi compresa la formazione delle riserve tecniche, la copertura e la valutazione delle attività, (...) h) la vigilanza supplementare sulle imprese di assicurazione e di riassicurazione; i) le procedure relative al rilascio dei provvedimenti previsti per l’accesso all’attività, per il rispetto delle condizioni di esercizio, per l’assunzione di partecipazioni e gli assetti proprietari, per le operazioni straordinarie, per le misure di salvaguardia, di risanamento e di liquidazione delle imprese di assicurazione e di riassicurazione”.

Tale previsione di carattere generale ha corrispondenza e sviluppo (e anche integrazione) in numerose disposizioni specifiche del codice, che appunto prevedono (e sovente impongono) l’adozione da parte di ISVAP di regolamenti finalizzati alla corretta e compiuta vigilanza sulle imprese di assicurazione e in genere sull’attività assicurativa: v. art. 2, comma 6°; art. 9, comma 4°; art. 14, comma 1°; art. 15, comma 3°; art. 30, comma 3°; art. 33, comma 1°, 2°, 3°; art. 36, comma 1°; art. 37, comma 1°, art. 38; art. 39; art. 40; art. 42; art. 44, art. 50; art. 55, comma 3°; art. 56, comma 1° e 5°; art. 59, comma 1°, lett. c); art. 60, comma 2°; art. 65, comma 5°; art. 67; art. 68, comma 4°; art. 69, comma 4°; art. 80, comma 3°; art. 85, comma 5°; art. 87, comma 1°; art. 89, comma 2°; art. 90, comma 1° e 2°; art. 98;

art. 101, comma 4° e 5°; art. 109; art. 110, comma 2°; art. 116, comma 2°; art. 120, comma 1° e 4°, art. 121, comma 3°; art. 131, comma 3°; art. 133; comma 1°; art. 134, comma 1°; art. 154, comma 5° e 6°; art. 157, comma 1°; art. 185, comma 3 e 4; art. 196; art. 215 comma 3; art. 216, comma 1°; art. 218 comma 1°, art. 219, art. 223, comma 2°; art. 250, comma 3°, art. 253 comma 5°; art. 257, comma 1°; art. 261 comma 2°; art. 262, comma 3°; art. 308 comma 3°; art. 348 comma 2°.

3) Legittimità dell'attribuzione di poteri regolamentari ad autorità indipendenti

Tale effluvio di poteri regolamentari pone almeno tre ordini di problemi. Primo, l'ammissibilità dell'esercizio del potere regolamentare da parte di una autorità indipendente, quale è da ritenere ISVAP². Secondo, la coerenza di tale potere regolamentare, anche se titolato dalla legge di

² Dubbi circa la normativa di autorità indipendente di ISVAP sono stati sollevati in passato: v. ad es. M. BIN, *Autorità indipendenti? Il caso dell'ISVAP*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 329 ss., oggi però la tesi prevalente è nel senso di annoverarla tra tali autorità: v. per tutti F. MERUSI-M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003, secondo cui il definitivo ingresso di ISVAP nel novero delle autorità indipendenti è dato dall'art. 2 d.lgs. 4 aprile 1999 n. 343; F. PATRONI GRIFFI, *Tipi di autorità indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 28-29, nonché da ultimo, M. DE BENEDETTI, *Autorità indipendenti*, in S. CASSESE, (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006, 588. Sul punto sia consentito rinviare anche a G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. PREDIERI, (cur.), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997 e ora in ID, *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001. In ogni caso la riconducibilità di ISVAP nel novero delle autorità indipendenti appare sancita con chiarezza dalla l. 28 dicembre 2005, n. 262 (Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari), che qualifica espressamente ISVAP "autorità" e lo colloca accanto a Banca d'Italia, Consob e Covip (e anche, sotto certi profili, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato) in tutta una serie di prescrizioni volte a dettare garanzie procedurali.

delega, con il principio di legalità. Terzo, la riconducibilità di tale potere entro i principi e i criteri direttivi della delega.

Quanto al primo problema, anche se in passato talvolta sono stati sollevati dubbi, è da considerare acquisita la “capacità” delle autorità indipendenti ad emanare regolamenti in quanto, in assenza di un divieto costituzionale, è la legge ordinaria che attribuisce il potere di emanare norme secondarie. Solo la attribuzione della capacità di emanare normativa primaria è di competenza della Costituzione e della legge costituzionale. Al di fuori delle materie costituzionalmente riservate alla legge, è la stessa legge che dispone della competenza regolamentare, nel senso che è la legge che determina le competenze proprie di tutte le fonti subordinate, a cominciare dai regolamenti dell'esecutivo. La dottrina è infatti concorde nel rilevare che le fonti nella Costituzione formano un sistema chiuso solo al livello delle fonti legislative e costituzionali, sicchè, al di sotto del livello legislativo, il sistema resta aperto e pronto ad accogliere una vasta normazione secondaria³. Ed invero, con riguardo proprio alle autorità indipendenti, sia la dottrina che la giurisprudenza ravvisano la legittimità della attribuzioni a tali istituzioni di poteri normativi, e dall'altro osservano che si tratta di una attribuzione in continua espansione, s'intende entro i limiti delle materie di competenza statale, attesa la previsione dell'art. 117, co. 6° Cost.⁴. Del resto – come ha notato il Consiglio di Stato nel parere

³ V. per tutti V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *L'ordinamento costituzionale-italiano. Le fonti normative*, Padova, 1984, 120; v. altresì anche per una attenta analisi tra rapporti tra potere regolamentare e forma di governo, N. LUPO, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del Governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Bologna 2003.

⁴ V. P. CARETTI, *Introduzione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004, I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, 2005, XIV-XV.

della Sezione atti normativi 14 febbraio 2005 (n. 6.2) reso proprio sullo schema del codice delle assicurazioni – l'attribuzione di poteri regolamentari a soggetti diversi dal Governo (c.d. “policentrismo normativo”), quale ISVAP ha la sua giustificazione anche nell'esigenza di una più razionale distribuzione delle competenze.

4) Regolamenti delle autorità e principio di legalità: la problematica

Il secondo problema, che invero ha carattere generale, nel senso che riguarda ogni sorta di regolamento, è peraltro particolarmente sentito e dibattuto proprio con riguardo alle autorità indipendenti: questo per la ragione che la legge si limita spesso ad attribuire a quest'ultime competenze normative e ad enunciare solo alcuni obiettivi rimessi alla loro cura. Il che accade per varie ragioni, soprattutto rappresentate dal carattere indeterminato dei valori da tutelare (stabilità, pluralismo, privacy, tutela dei risparmiatori, tutela degli utenti, completezza di informazione etc.), e con riguardo specifico alle competenze di regolamentazione di settori tecnici, dal fatto che sono necessari interventi connotati da elasticità, alta competenza tecnica e specialistica. Conseguentemente si è osservato che i poteri normativi delle autorità vanno ben oltre la mera esecuzione ed integrazione delle disposizioni di legge, le quali lasciano alle autorità margini di discrezionalità così ampia "da configurare delle vere e proprie deleghe in bianco"⁵. Di qui la riflessione: “dalla casistica emergono alcuni interrogativi di fondo: fino a che punto il principio di legalità, anche nella

⁵ Così P. CARETTI, *Introduzione*, cit., XV.

sua portata meramente formale, possa dirsi salvo di fronte a disposizioni che conferiscono poteri normativi vincolati solo con la generica enunciazione di un obiettivo o di un valore; fino a che punto una tecnica di questo genere sia compatibile con le riserve di legge relative previste nella Costituzione”⁶.

Come è evidente, non è certo possibile rispondere a tale quesito in astratto, ma occorre vedere caso per caso, tenendo conto sia dello specifico potere normativo affidato ad ISVAP sia della specifica disciplina legislativa (di fonte statale o comunitaria), afferente alla materia oggetto di attribuzione regolamentare.

5) La casistica dei regolamenti ISVAP. I regolamenti integrativi-attuativi

L'indagine puntuale in ordine ai regolamenti ISVAP dimostra anzitutto che non tutti sono titolati attraverso obiettivi o generiche indicazioni. Al contrario, in molti casi i regolamenti sono configurati come attuativi o comunque integrativi di disposizioni legislative preesistenti, che a loro volta sono state riformulate sempre in specifiche disposizioni del codice, se pur talvolta in termini più generali e astratti, ovvero come norme di principio. Ciò è rilevabile esaminando la disciplina che il codice detta in ordine alle materie destinate ad essere disciplinate (anche) con regolamenti:

- a) definizione dei rami oggetto dell'autorizzazione (Titolo I, art. 2);

⁶ V. ancora P. CARETTI, *Introduzione*, cit. XV.

b) condizioni di accesso all'esercizio dell'attività assicurativa (Titolo II, artt. 14 e 15);

c) condizioni di esercizio delle imprese di assicurazione con particolare riguardo alle riserve tecniche e al margine di solvibilità (Titolo III, artt. 30, comma 3°; 36, comma 1°; 37, comma 1°; 38, comma 2°; 39, comma 3°; 40, comma 3°; 42, comma 3°; 44, comma 1°; 50, comma 1°);

d) piccole mutue assicuratrici (Titolo IV, artt. 55, comma 2°; 56, comma 1°);

e) condizioni di accesso e di esercizio delle imprese di riassicurazione (Titolo V, artt. 59, comma 5°; 60; 65, comma 3°);

f) bilancio e scritture contabili delle imprese di assicurazione e di riassicurazione (Titolo VIII in part. artt. 90, comma 2°; 98; 101, commi 4° e 5°);

g) intermediari di assicurazione e di riassicurazione (Titolo IX, artt. 109, comma 1°; 110, comma 2°; 116, comma 2°);

h) obblighi di esercizio dell'attività assicurativa per veicoli a motore e natanti (Titolo X, artt. 130, comma 3°; 131, comma 1°; 134, comma 1°) e disciplina organizzativa del risarcimento danni derivati da sinistri avvenuti all'estero (art. 154, comma 5°), disciplina dell'attività peritale per l'accertamento e stima di danni a cose derivanti dalla circolazione di veicoli a motore e natanti (art. 157, comma 1°);

i) vigilanza supplementare sulle imprese di assicurazione (Titolo XV in part. artt. 215; 216; 218; 219);

1) misure di salvaguardia, risanamento e liquidazione (Titolo XVI, art. 223, comma 2°; 250; 253).

In tutti questi casi il potere regolamentare di ISVAP si inserisce infatti in un dettagliato tessuto legislativo rappresentato dalle disposizioni del codice inserite nei titoli sopra richiamati, e di cui costituisce sviluppo e specificazione.

Lo stesso è a dirsi con riguardo a tutte quelle ipotesi in cui i poteri regolamentari sono previsti nell'ambito di materie precedentemente non disciplinate dall'ordinamento assicurativo ma sulle quali il codice ha ritenuto necessario intervenire per ragioni di sistematicità e di coerenza con disposizioni di rango legislativo e regolamentare relativi ai settori o materie comunque affini o rispondenti ad analoghe *rationes*. Si tratta infatti di disposizioni che derivano dall'esigenza di adeguamento alla normativa sopravvenuta rappresentata dalla riforma societaria (Titolo VI, capo I e III, in part. art. 68, comma 9°; 69; 79, comma 3°) o dalla necessità di misure di vigilanza prudenziale analoghe alla disciplina rinvenibile nel settore bancario, come quelle in materia di vigilanza sul gruppo assicurativo (ancora Titolo VII, capo IV, in part. art. 87), o di misure di trasparenza equivalenti a quelle previste dal testo unico dell'intermediazione finanziaria, essendo evidenti le medesime esigenze di protezione dell'assicurato nei rami vita a contenuto finanziario (Titolo XVII, in part. art. 183, 185), o di misure di informazione precontrattuale (Titolo IX, artt. 120, comma 1° e comma 4°; art. 121, comma 3°), sempre volte, in armonia con i principi comunitari, a tutelare i consumatori. Principi dell'ordinamento bancario sono poi recepiti nel Titolo XVI,

dedicato alle misure di salvaguardia, risanamento e liquidazione. Si tratta ancora di materie che hanno dietro un vasto *corpus* legislativo (anche comunitario), che i regolamenti vanno ad integrare e a specificare.

Di conseguenza i relativi regolamenti sono da ascrivere alla categoria dei regolamenti esecutivi o di integrazione-attuazione⁷, anche se non va nascosto che il ricorrere alle categorie tradizionali ha solo una funzione di primo inquadramento, attesa la estrema particolarità delle fonti di competenza delle autorità di cui molti hanno evidenziato il carattere anomalo⁸.

6) I regolamenti “per obiettivi”: la loro struttura

Non v'è dubbio però che in altri casi i regolamenti ISVAP non costituiscono certo diretto sviluppo di norme primarie, in quanto la relativa competenza è attribuita secondo criteri finalistici, sicchè non vi sono parametri legislativi puntuali cui dare concretezza e sviluppo. Si pensi ai regolamenti volti a verificare l'adeguamento delle procedure di rischio (art. 191, comma 1°, lett. c) o l'adeguatezza patrimoniale (art. 191, comma 1°, lett. d): e soprattutto a quelli emanabili in virtù della previsione di cui all'art. 5, comma 2°: “L'ISVAP adotta ogni regolamento necessario per la sana e prudente gestione delle imprese per la trasparenza e la correttezza dei comportamenti di soggetti vigilati”), in detta

⁷ V. in tal senso anche il parere del Consiglio di Stato, sez. atti normativi, 14 febbraio 2005, 6.5.1.

⁸ Il dibattito è ben riassunto ora da G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimità democratica*, Milano, 2005, 217 ss., cui si rinvia anche per complete indicazioni bibliografiche.

fattispecie la legge finisce con l'affidare a tale fonte un larghissimo margine di manovra, del resto connaturale quando si vanno a sviluppare – come nella specie – concetti indeterminati. In tali casi, quando cioè il relativo titolo è rappresentato dalle finalità loro affidate (tipica è la formula già ricordata dall'art. 5, comma 2°, del d.lgs. 209) è evidente che siamo di fronte a regolamenti che si avvicinano alla nota categoria dei regolamenti indipendenti. Categoria che, per quanto contrastata da autorevole dottrina⁹, ha sicura presenza nel nostro ordinamento, anche se per essi, in particolare, si pone il problema di uno stretto scrutinio circa il rispetto del principio di legalità. Il che poi – a guardar bene – conduce al risultato che, ad onta del *nomen*, tali regolamenti davvero indipendenti non sono, stante la presenza di tutta una serie di principi e norme sovrastanti di cui devono tener conto. Sicché si potrebbe parlare di indipendenza “relativa”, nel senso che la intensa legificazione del nostro ordinamento (e/o la presenza di una rete di principi generali) fa sì che i regolamenti indipendenti non sono realtà davvero tali, per cui la tematica delle loro ammissibilità in astratto va sdrammatizzata¹⁰, e semmai va visto, in concreto, se i regolamenti che non rientrano nella categoria di

⁹ V. partic. L. CARLASSARE, voce *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 614: secondo tale A. l'incompatibilità di una potestà regolamentare indipendente del Governo con i principi costituzionali è data dal principio di legalità da intendersi, in senso sostanziale, ovvero come necessità, anche nelle materie non coperte da riserva di legge, di un previo intervento del legislatore diretto almeno a individuare i principi e i criteri direttivi della disciplina della materia. Si veda altresì per la ricostruzione del dibattito sul tema G. PUCCINI, *La potestà regolamentare del Governo nell'esperienza italiana: osservazioni e spunti critici sugli sviluppi del dibattito scientifico*, in P. CARETTI-U. DE SIERVO (a cura di), *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione*, Bologna, 1991, 209 ss., spec. 212-214.

¹⁰ E in tale direzione è significativo l'insegnamento di L. PALADIN, *Le fonti del diritto*, Bologna, 1996, 351-352

quelli esecutivi o integrativi-attuativi sono comunque riconducibili entro l'alveo del principio di legalità, come è di certo necessario quantomeno quando si versa in materie coperte da riserva di legge, se pur relativa. Lo stesso avviene nel nostro caso. Siamo infatti di fronte a regolamenti il cui rapporto con le fonti di grado primario è caratterizzato da una rilevante indipendenza e riguardo ai quali il principio di elezione non è quello gerarchico ma quello di competenza: ciò perché, in sostanza, una volta tracciate le rispettive sfere, la legge lascia alla fonte secondaria l'intera disciplina del settore¹¹. Ed infatti, proprio con riguardo ai regolamenti delle autorità, si è parlato di regolamenti “quasi indipendenti”, non “davvero indipendenti perché gli interessi sono predefiniti dal legislatore”, ma nemmeno “meramente attuativi-esecutivi”, perché viene notato un “basso livello di predeterminazione nella legge dei contenuti dell'atto”¹².

Ma al di là delle questioni di nomenclatura, resta in concreto il problema della compatibilità con il principio di legalità di norme attributive di potere regolamentare che, come quelle appena ricordate, si limitano ad usare come criterio quello delle finalità. E' agevole infatti osservare – e lo si è messo in luce più volte – come la legge dica “troppo poco per poter conformare a sé l'esercizio del futuro potere regolativo e il regolamento ... dica troppo per rimanere entro i confini della disciplina

¹¹ F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991, XXVI, 1 ss.

¹² Cfr. S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999, 143. A questa tesi sembra aderire anche S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002, 133.

attuativa di quella primaria”¹³. Il regolamento, quindi, “a patto di poterlo ancora chiamare in questo modo”, viene ad operare “a livello di fonte primaria, ideando così la misura di equilibrio tra valori, coerente con l’evoluzione del dato tecnico e insensibile alle ragioni della politica”¹⁴.

7) Argomenti a favore della legittimità dei regolamenti per obiettivi.

La legittimità delle previsioni attributive di poteri regolamentari attraverso il criterio degli obiettivi è stata giustificata sulla base di una serie di argomenti, che in definitiva si ricollegano alla specifica missione delle autorità¹⁵.

In primo luogo si sostiene che tutte le varie leggi sulle autorità indipendenti esordiscono sempre con una dichiarazione-proclamazione dei valori di riferimento e da conseguire (libertà di concorrenza, tutela del mercato, libertà e obiettività dell’informazione, diritto di sciopero e diritti

¹³ In tal senso, ragionando specificamente sulla Consob, ma con conclusioni facilmente estensibili ad altre autorità, G. DE MINICO, *Antitrust e Consob. Obiettivi e funzioni*, Padova, 1997, 274.

¹⁴ Così ancora G. DE MINICO, *op. ult. cit.*, 275, la quale così si esprime “il potere regolativo della Consob conserva del tipo "regolamento" solo la forma, intesa come regime giuridico; infatti, l'atto è sottoposto al sindacato giurisdizionale del giudice ordinario e del giudice amministrativo, e, conseguentemente, è sottratto a quello della Corte costituzionale, mentre partecipa del profilo materiale della legge, disciplinando in linea iniziale e originaria materie peraltro coperte da riserve di legge. La stessa Autrice nella monografia *Regole, comando e consenso*, Torino, 2005, rileva che i regolamenti in questione costituiscono una normazione sulle libertà con regole sostanzialmente primarie e autoreferenti, “disobbedienti al potere politico”.

¹⁵ V. sul punto, tra i tanti la pregevole ricostruzione (che seppur riferita a Consob, svolge argomenti di carattere generale) di P. LAZZARA, *La potestà regolamentare della Consob in materia di intermediazione finanziaria*, in C. PINELLI (a cura di), *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamenti*, Atti del Convegno Macerata, 21 e 22 maggio 1999, Milano, 2000, 271 ss.

fondamentali degli utenti, etc.: nel caso di ISVAP sana e prudente gestione delle imprese, trasparenza, correttezza dei comportamenti dei soggetti vigilati, protezione del consumatore: v. art. 5 d.lgs. 209/2005), valori che vengono affidati alle stesse autorità¹⁶. Ciò determinerebbe una nuova "tecnica di garanzia" delle libertà e dei diritti previsti dalla Costituzione, che si porrebbe in maniera diversa rispetto alle forme di garanzia previste dalla Carta costituzionale. In luogo infatti della riserva di legge, che offre al potere legislativo il compito della disciplina materiale della fattispecie, sarebbe subentrata la nuova forma di garanzia mediante l'istituzione di una autorità indipendente. Si è appunto sostenuto che nelle materie coperte da riserva di legge l'istituzione di una autorità indipendente non costituirebbe violazione della riserva, posto che la stessa autorità sarebbe di per sé una garanzia¹⁷. In altre parole è proprio l'attribuzione di poteri normativi alle autorità indipendenti che "rompe" lo schema tradizionale della riserva di legge, nel senso che le leggi istitutive delle singole autorità sono semplici leggi "sulla produzione" e rimettono a dette istituzioni la disciplina di settori che, almeno in parte, il legislatore ha scelto di sottrarre al controllo politico.

In secondo luogo, si mette in luce la crisi del criterio gerarchico nella soluzione delle antinomie delle fonti, e di contro l'affermarsi del criterio di competenza. Il principio di legalità, almeno nella sua concezione formalisticamente garantista, viene così messo da parte e si dequota, giacché l'attenzione del potere normativo avviene "in

¹⁶ S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 51 ss.

¹⁷ S. NICCOLAI, *Le autorità indipendenti nel progetto di revisione costituzionale*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, 1999, 215 ss.

connessione con il compito da assolvere alla luce di principi generali, e non per il conseguimento di interessi e finalità specificamente di volta in volta individuati”¹⁸.

Si afferma altresì, in terzo luogo che le autorità indipendenti si configurano come istituzioni di libertà, sostenendosi di conseguenza che “i poteri normativi non necessariamente dovrebbero trovare nella legge un esplicito fondamento, potendo trovare la loro legittimazione nell'assegnazione legislativa di una riserva di competenza”¹⁹.

In altre parole, la competenza normativa sarebbe consustanziale o implicita alla stessa istituzione delle autorità. Tanto che si è pervenuti ad affermare che non è indispensabile che “ogni singolo regolamento sia fondato su una norma che lo preveda, nello schema stretto del principio di legalità”, in quanto il fatto che l'autorità sia competente a curare un determinato settore comporta di per sé l'attribuzione del potere normativo necessario a tal fine²⁰. Nel senso che alle autorità viene per “connessione logica” specificatamente affidato il potere normativo volto a regolare i comportamenti degli operatori del settore di riferimento. Tale soluzione discende del resto da quel bisogno di “iper-regolazione” dei singoli settori di intervento per la cui disciplina la legge si mostra inadeguata, in ragione

¹⁸ V. N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Milano, 1996, 101.

¹⁹ V. M.A. CABIDDU-D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 2000, 41. Analogamente vedasi già N. MARZONA, *Il potere, normativo delle autorità indipendenti*, cit., che rinviene il titolo del potere normativo delle autorità, oltre che nelle leggi istitutive, in una “copertura costituzionale e in una copertura comunitaria”, che si esprime nei principi contenuti, tra gli altri, negli artt. 41, 47, 21, 3, 97 Cost., che “presiedono ai vari ambiti di intervento” delle autorità indipendenti.

²⁰ V. per questo rilievo S. NICCOLAI, *I poteri garanti della costituzione e le autorità indipendenti*, cit, 200 ss.

della continua evoluzione dei rapporti da regolare e del carattere tecnico delle fattispecie da individuare²¹. Saremmo cioè di fronte ad un potere normativo funzionale al corretto ed efficace espletamento delle funzioni dell'autorità²².

²¹ S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, cit., 109 ss., e ivi altre indicazioni., v. altresì, con riferimento ai regolamenti Consob, P.F. LOTITO, *Il testo unico in materia di intermediazione finanziaria*, in U. DE SIERVO (cur.), *Osservatorio sulle fonti*, Torino, 1999, secondo cui la devoluzione della disciplina ad una normazione di livello sussidiario, non soltanto è opportuna ma necessaria in relazione alla necessità di una disciplina flessibile congrua alle repentine mutazioni dei mercati finanziari.

²² V. in tal senso P. BILANCIA, *Attività normativa delle autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, cit., 152 ss., ma v. anche G. VESPERINI, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo alla studio delle funzioni regolative*, Padova, 1993, secondo cui la stessa attribuzione del potere di regolazione intesa come funzione svolta da una autorità amministrativa agente in posizione di terzietà e di neutralità, e avvalendosi di discrezionalità tecnica e non amministrativa, presuppone l'assegnazione all'autorità indipendente di un potere regolamentare. Non è qui possibile approfondire la nozione di regolazione, che da autorevolissima dottrina è considerata elemento determinante di una categoria di autorità; G. AMATO., *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645. Ci limitiamo ad osservare che la funzione di regolazione o regolatoria che per taluni rappresenterebbe addirittura una nuova funzione, diversa da quelle tradizionali (S.A.FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, cit.), deriva dal termine *administrative regulation* che esprime una funzione di controllo continuo e focalizzato, esercitato da una *agency* pubblica, in ordine ad una attività o un settore cui si attribuisce particolare rilevanza sociale, controllo che si esprime ora in attività positiva (atti di indirizzo, regolamenti, autorizzazioni etc.) sia in attività successiva di verifica, sia attività di *moral suasion*, sia in attività propositiva, e che è attribuita ad una autorità neutrale (su quest'ultimo elemento v. S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO-M. D'ALBERTI, *Dalla regolazione alla concorrenza*, Milano, 1999, 13 il quale aggiunge che la regolazione si esplica con modalità «*process oriented*» contraddittorio, partecipazione, trasparenza). Le varie potestà costituiscono un "sistema": non si tratta di funzioni separate, bensì interconnesse, anche se logicamente distinte, fra di loro. Sicchè il potere regolamentare costituisce uno dei momenti (anche se forse il principale) in cui si esplica la regolazione; ma non v'è affatto coincidenza tra regolamenti e atti di regolazione, sia perché la regolazione si esprime anche attraverso altre categorie di atti, sia perché la regolazione ha una specifica finalizzazione (v. in proposito G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005).

E non v'è dubbio che l'attribuzione di un potere del genere è sicuramente consustanziale alla missione affidata ad ISVAP: dato che quest'ultimo ha il compito istituzionale (emergente anche dalla sua denominazione) di vigilare il settore delle assicurazioni, è da ritenere insito nell'oggetto della delega e rispondente al canone di ragionevolezza e "alla natura delle cose"²³ il conferimento a tale autorità del potere di svolgere con compiutezza il proprio ruolo di regolatore, anche – e anzi, di necessità – attraverso l'esercizio di poteri normativi²⁴. Più recentemente F. MERUSI²⁵, ha sostenuto che i regolamenti delle autorità indipendenti in quanto volti alla realizzazione dei presupposti di un mercato concorrenziale e della *par condicio* concorrenziale, ovvero ad una

²³ V. in tal senso F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in *Accademia dei Lincei. Lo stato delle istituzioni italiane, Problemi e prospettive, Atti del Convegno di Roma, 30 giugno-2 luglio 1993*, Milano, 1993, 389 ss.

²⁴ Da tener presente che tale tesi della connessione funzionale o logica o implicita ha ricevuto conferme giurisprudenziali. Va infatti ricordata la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 maggio 2002, n. 2987, nella quale, pure in mancanza di una specifica disciplina di rango primario, si è ricavato un generale potere dell'autorità per l'energia elettrica ed il gas, prevista dalla l. n. 481/1995, di dettare prescrizioni regolamentari atte a garantire la sicurezza degli impianti. Nel caso si trattava di una direttiva concernente la disciplina della sicurezza e della continuità della distribuzione del gas, contenente peraltro previsioni generali ed astratte e dotate di forza innovativa. Il Consiglio di Stato, partendo dalle scarse previsioni dell'art. 2, comma 5, della l. n. 481/1995, che recita che le autorità per i servizi pubblici "sono preposte alla regolazione e al controllo del settore di propria competenza", e rovesciando quanto sostenuto dal T.A.R. Lombardia, ha appunto riconosciuto il potere dell'autorità di determinare tutta la disciplina degli interventi di emergenza, rilevando anche che la medesima, "nell'emanazione delle direttive che rientrano nella sua potestà regolatrice", non "dovrebbe limitarsi ad imporre comportamenti già individuati dal legislatore; il che finirebbe per rendere evanescente anche quella funzione di "regolazione e controllo", affidata ad essa per il settore di competenza, che costituisce lo scopo primario della sua istituzione (si veda in particolare il punto 6 della sentenza in esame, nonché il punto 4.2 dove si rileva il carattere normativo della direttiva dell'autorità).

²⁵ *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, 43 ss.

funzione desumibile dalla Costituzione (diritto di libertà combinato con il principio di eguaglianza), così come integrata dalla normativa comunitaria, non ha necessità di criteri direttivi in quanto essi sono appunto ricavabili da tali principi. In altre parole l'oggetto del potere regolamentare ovvero il mercato concorrenziale è sempre e comunque predeterminato dall'ordinamento. Le autorità indipendenti non esercitano cioè una «frazione» della sovranità come l'esecutivo tradizionale, bensì svolgerebbero funzioni di «supplenza» nei confronti della libertà economica²⁶.

8) Argomenti contrari alla legittimità dei regolamenti “titolati” da una legge che detta solo obiettivi

A tale ricostruzione si contrappone una tesi affatto diversa, la quale, in sostanza, si fonda su di una concezione rigida del principio di legalità e sulla massima valorizzazione delle riserve di legge previste in Costituzione.

Si afferma difatti che non è mai ammissibile un potere regolamentare non “strettamente vincolato all’attuazione di regole di rango superiore”.

Di conseguenza si censurano in radice le leggi che, nell’attribuire la competenza regolamentare, impiegano espressioni elastiche, operando, quindi, contro ogni buon canone di scrittura delle regole che distribuiscono il potere giuridico, una “attribuzione dispositiva” della medesima

²⁶ F. MERUSI, *op. ult. cit.*, 49.

competenza²⁷, capace di favorire cioè una cedevolezza della legge rispetto al regolamento²⁸.

Si conclude, sostenendo che “ove la Costituzione imponga riserve di legge, queste si impongono in relazione alle autorità amministrative indipendenti esattamente come si impongono in relazione al potere esecutivo in generale²⁹”. Non a caso con riguardo ad alcuni regolamenti della Consob, dei regolamenti sulla *par condicio* e di altri regolamenti adottati dall’ autorità per le garanzie nelle comunicazioni e di tutta una serie di provvedimenti atipici del garante per la protezione dei dati personali, si è affermato che vengono ad operare “a livello di fonte primaria”, in quanto in grado di modificare norme dispositive di leggi e capaci di “sviluppare autonomamente materie aventi dignità legislativa non trattati dalla legge”. La legge, ebbe ad osservare GIANNINI, “molte volte la fa la stessa Consob ... in quelle materie in cui la normativa le conferisce una potestà propria”³⁰.

²⁷ Così S. STAMMATI, *Tre questioni in tema di “autorità amministrative indipendenti”*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, autorità indipendenti e principi costituzionali*, Padova, 1999, 86.

²⁸ V. S. STAMMATI, *Intervento*, in *Le autorità di garanzia e di vigilanza*, in S. PANUNZIO (a cura di), *I costituzionalisti e le riforme*, Milano, 1998, 343 ss.

²⁹ Così G. FALCON, *Il “primo”, il “secondo” ed il “terzo” garante nei settori dell’editoria e della radiodiffusione*, in F. BASSI-F.MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 96.

³⁰ Cfr. M.S. GIANNINI, *La Consob*, in G.M. FLICK (a cura di), *Consob. L’istituzione e la legge penale*, Milano, 1987, 57-58. Mentre A. PREDIERI, *La posizione della Consob nell’apparato amministrativo*, *ivi*, 219 rilevava che “viene a sfumare la relazione fra legge e regolamento, nel senso che, se restano fermi i principi di abilitazione e gerarchia, gli spazi di autonomia possono essere nuovi e diversi, e pongono determinate scelte politiche che individuano una maggiore o minore dissociazione fra legge ed attuazione” e, inoltre, che la “legge deve delimitare la materia e di essa i punti qualificanti, intesi non tanto come criteri per l’esercizio del potere, nel senso di disciplina verticale del potere, ma con individuazione orizzontale degli oggetti, come attribuzione di potestà normativa”.

Tali regolamenti - si rileva - sono da ritenersi illegittimi per violazione del generale principio di legalità e delle singole riserve di legge contenute nella costituzione³¹. L'indeterminatezza della legislazione in materia apre infatti a questi organismi prerogative non semplicemente "attuative" ma "integrative" della legislazione primaria; da qui la qualificazione dell'attività come "libera nel fine" e quindi "politica"³².

Ed invero, proprio la tesi (di GIANNINI) che accosta i regolamenti in questione alle norme primarie sembrerebbe essere la migliore riprova della illegittimità dei regolamenti stessi. Né sembra possibile richiamare la categoria dei regolamenti indipendenti, in quanto a prescindere da tutti i dubbi che circondano la stessa ammissibilità di tale figura di regolamenti³³, è nella specie da escludere che ricorra tale figura, perché si tratta di materie per cui vige la riserva di legge. Senza contare che appare improprio richiamare le categorie dei regolamenti come definiti dalla l. n. 400/1988, perché quelli sono i regolamenti del Governo o dei singoli ministri, non di autorità che si impongono nel sistema costituzionale dei pubblici poteri e nell'ambito di un dato assetto delle fonti normative proprio per la loro estraneità all'apparato dell'esecutivo Governo³⁴.

³¹ M. MANETTI, *Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione*, in *Pol. dir.*, 1997, 657 ss.

³² In tal senso, M. MANETTI, *Autorità indipendenti*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988, 4; Id., *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, 2, 101 ss. e 197. Nel senso che i regolamenti in questione contrastano con il principio di legalità v. anche G. GUARINO, *L'armonizzazione della legislazione bancaria*, in *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, I, 20 ss.

³³ In proposito ci limitiamo a rinviare ancora a L. CARLASSARE, *Regolamento (dir. cost.)*, cit.

³⁴ Così S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, 143, che parla di "regolamenti *sui generis* per i quali non sembra ... adattarsi la tipologia descritta dall'art. 17 della l. n. 400". A conclusioni non dissimili giunge anche, in riferimento ai

In realtà, a parte ogni qualificazione (indipendente, semi-indipendente, etc.) che di per se non è decisiva (è evidente infatti che la qualificazione come semi-indipendente è meramente descrittiva, perché in se non ha uno specifico significato), se è vero – come si è avuto modo di rilevare – che la configurazione in termini meramente teleologici del contenuto dei regolamenti nelle indicazioni legislative risulta coerente con il ruolo svolto dalle autorità indipendenti, che non è solo quello di eseguire e dare attuazione, ma regolare e quindi anche regolamentare, in conformità alle esigenze che via via si pongono nel settore di afferenza, sulla scorta pure dei dati dell’esperienza e della prassi, l’azione di quanti vi operano, in quanto ciò risulta coerente con la signoria della conoscenza dei problemi del settore³⁵, è anche vero che quando si versa, come nella specie, in materie che incidono su diritti costituzionalmente garantiti, una rete di regole sovraordinate non può mancare. Tantopiù considerato che i regolamenti in esame provengono da soggetti non riconducibili al circuito politico-rappresentativo, e il fatto che le autorità indipendenti si collochino “in un’area di soggezione esclusiva alla legge”³⁶ deve valere non solo in negativo, nel senso che non vi devono essere condizionamenti e indirizzi da parte dell’esecutivo, ma anche in positivo, nel senso che la legge deve dettare i criteri direttivi entro cui l’attività delle autorità indipendenti va a

regolamenti della Consob, N. MARZONA, *L’amministrazione pubblica del mercato mobiliare*, Padova, 1988, 150-151, rilevando che tali atti “sembrano compendiare e presentare assieme frammenti i caratteri di più categorie”.

³⁵ Così N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE–C.FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 87.

³⁶ Così V. CERULLI IRELLI, *Premesse problematiche allo studio delle “amministrazioni indipendenti”*, in F. BASSI-F. MERUSI (a cura di), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Milano, 1993, 19.

spiegarsi. In altre parole, proprio lo *status* di indipendenza richiede (tra l'altro) che la legge ponga i principi e i criteri entro i quali le autorità vanno a svolgere la propria attività, ivi compresa quella regolamentare³⁷. D'altra parte, non è certo sostenibile che il principio di legalità, possa essere trascurato o comunque - come spesso si usa dire - “dequotato” sulla base di valutazioni, di opportunità (natura delle cose, sapere tecnico, etc.) e di logicità (autoreferenziale) o ancor meno subisca l'influenza, più o meno consapevole, della teoria dei poteri impliciti³⁸. Né appare condivisibile la tesi di MERUSI per cui i regolamenti in questione si limitano a tutelare direttamente la libertà economica: in realtà contengono prescrizioni, sicuramente non estraibili *ex se* direttamente dalla Costituzione come ad es. il contenuto degli obblighi informativi o gli obblighi di adeguamento patrimoniale o i divieti circa l'attività di investimento etc. (v. art. 191, comma 1°, codice assicurazioni), tutti elementi che hanno bisogno della *interpositio* del legislatore, se non altro per la riserva di legge di cui all'art. 41, comma 2° Cost.³⁹.

9) Individuazione dei criteri atti comunque a rendere coerente con il principio di legalità i regolamenti “per obiettivi”: principi generali,

³⁷ Così V. M.A. CABIDDU-D. CALDIROLA, *L'attività normativa*, cit., 41.

³⁸ V. in proposito l'ampio studio di N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, e ivi la conclusione, a seguito di una serrata ricostruzione della normativa e del dibattito dottrinario e giurisprudenziale, che anche l'efficacia e la funzionalità dell'azione amministrativa sono subordinate alla legge.

³⁹ La riserva di cui all'art. 41, comma 2, non è espressamente stabilita, ma è frutto di una costante interpretazione della Corte Costituzionale (v. Corte Cost. 14 febbraio 1962, n. 4, in *Giur. cost.*, 1962, I, 31: altre indicazioni in G. MORBIDELLI, *Iniziativa economia e privata*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1989, 1 ss.).

principi della materia, regole tecniche, procedura partecipata, motivazione

La coerenza dell'*iter* argomentativo appena esposto - sul piano dei classici principi costituzionali - non è facilmente confutabile. Di contro la tesi della “dequotazione” della legittimità e del principio di legalità “diverso” (che è forse prevalente in dottrina) sembra essere frutto prevalente dell'intento di giustificare lo *status quo* ovvero di legittimare comunque la situazione in essere. Tuttavia, una soluzione in grado di ricondurre il poter regolamentare *de quo* nell'ambito del principio di legalità appare raggiungibile attraverso una altra strada. La quale richiede una verifica caso per caso, come del resto abbiamo subito tenuto a mettere in chiaro, e non una “aprioristica” legittimazione in virtù del principio di competenza, o della “riserva” a favore del sapere tecnico, o della natura delle cose, o della competenza per connessione logica o implicita con le attribuzioni. A tal fine occorre una analitica ricostruzione del dato normativo e di quello sistematico, onde appunto valutare il grado di determinatezza delle disposizioni attributive di poteri normativi.

Il fatto è che riteniamo sia possibile, pur rimanendo nei tradizionali confini e limiti del potere regolamentare, individuare una serie di regole sovraordinate, che comunque servono a contenere il regolamento entro le linee della legalità⁴⁰.

A tal fine vanno sempre considerati

⁴⁰ V. in questo senso G. PUCCINI, *La potestà regolamentare della Consob in materia di intermediazione finanziaria alla luce della normativa del testo unico e della sua esperienza attuativa*, in P. CARETTI, *Osservatorio sulle fonti 2003-2004, I poteri normativi delle autorità indipendenti*, cit., 1 ss.

a) i *principi generali del diritto* e in specie i principi dell'attività amministrativa⁴¹.

In proposito è opportuno richiamare la ricostruzione dei parametri di valutazione già elaborati dalla giurisprudenza per sottoporre al sindacato i regolamenti della Consob⁴², che dimostra con concretezza come il grado di “raffrontabilità” dei regolamenti sia inverato anche attraverso principi – scritti e non scritti – che guidano l'azione amministrativa ed il sindacato giurisdizionale. La riserva di legge ed il principio di legalità vengono infatti soddisfatti non soltanto dalla *interpositio legislatoris*, ma anche attraverso i principi e le regole che rendono in concreto l'atto sindacabile. Da questo punto di vista, la riserva di legge non impone sempre la previsione *ex ante* di norme legislative, ma anche semplicemente la possibilità giuridica di un intervento *ex post* in termini di sindacato di legittimità⁴³.

⁴¹ In ordine alla sottoposizione delle autorità indipendenti alla «rete» dei principi generali del diritto amministrativo v. in particolare F. CINTIOLI, *I regolamenti delle autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, relazione al convegno su «Le autorità amministrative indipendenti» tenuto presso il Consiglio di Stato in data 9 maggio 2003, in www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/, p. 12 ss.).

⁴² Esempio, in tal senso, TAR Piemonte, Sez. II, 2 marzo 1987, n. 64, in *Foro amm.*, 1988, 512 con nota di P.L. VALENTINO, *La potestà regolamentare della Consob e le società commissionarie di Borsa*, in *Foro Amm.*, 1998, 514 che sottopone il regolamento Consob al giudizio di logicità e razionalità.

⁴³ Cfr., in tal senso, M. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principi di legalità*, Milano, 1990, 169, con puntuali richiami alla giurisprudenza costituzionale, tra cui soprattutto, v. Corte Cost. 7 agosto 1988 n. 409, in *Giur. Cost.* 1988, I, 1833 alla quale si può poi aggiungere Corte Cost., 19 marzo 1993, n. 103, ivi, 1993, I, 841. V. anche, l'approfondito studio di S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 267, il quale mette in luce come i principi generali elaborati dalla giurisprudenza costituiscono elementi di riconduzione del sistema ad unità e dunque criteri direttivi del potere regolamentare. Così, si esprimeva già, G. GUARINO, *Sul carattere discrezionale dei regolamenti*, in *Foro it.*, 1953, I, 541 e più di recente G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, cit., 512, nota 41, dove si sottolinea come la

b) Un secondo parametro è costituito dai principi e dai criteri specificamente attinenti ai singoli oggetti della potestà regolamentare ricavabili dalla normativa comunitaria⁴⁴. Così ad es., il Titolo IX, *Intermediari di assicurazione e riassicurazione*, che prevede una serie di poteri regolamentari (v. ad es. artt. 120 e 121), costituisce lo svolgimento della direttiva 2002/92/CE. L'operatività di siffatto parametro, del resto, viene espressamente prevista dalla stessa legislazione statale. In proposito, viene in rilievo soprattutto l'art. 8 del d.lsg. 209/2005, laddove si dispone fra l'altro, in via generale, che il Ministero delle attività produttive e l'ISVAP, "esercitano i poteri loro attribuiti in armonia con le disposizioni comunitarie". Si tratta, per l'appunto, della medesima formula testuale già impiegata dall'art. 6 del d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385, testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, e dall'art. 3 del d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415, con il quale erano state a suo tempo recepite le direttive 93/6/CE e 93/22/CE del Consiglio, nonché dall'art. 2 T.U. 24 febbraio 1998 n. 58. Né si tratta di formula irrituale, in ragione della diretta applicabilità del diritto comunitario. Ciò per due ragioni. Primo, perché appunto intende mettere in luce come il potere regolamentare di ISVAP sia tutt'altro che libero in quanto si muove in un ordito compiuto di normative comunitarie. Infatti la materia è intrisa di regolamenti e direttive dal contenuto così analitico al

diffusione dei principi sia tale che "molto raramente si incontrano spazi vuoti, sicché il timore che i regolamenti indipendenti costituiscono una riedizione del primato dell'esecutivo e dunque della legge come mero vincolo negativo, viene ad esser molto attenuato" e la rete di principi "copre" lacune e schematismi della legislazione e, in definitiva, assicura il rispetto della riserva di legge.

⁴⁴ Che tale normativa sia idonea ad assicurare il rispetto della riserva di legge è ormai acquisito nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: v. la sentenza 27 novembre 1998 n. 387, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 864, e ivi G. GRECO, *Riserva di legge e criteri impliciti*.

punto che – si è osservato . in pratica “i regolamenti delle autorità indipendenti, che prima apparivano «liberi» e quasi legislativi, ora diventano sempre più spesso dei regolamenti esecutivi di norme comunitarie⁴⁵. In secondo luogo perché attraverso una formula del genere si è inteso consentire a tali autorità il diretto recepimento delle future direttive comunitarie emanate in materia, a prescindere da qualsiasi previsione in proposito ad opera della legge comunitaria annuale⁴⁶. A favore di tale tesi conduce, fra le altre, la considerazione che, laddove nel nostro ordinamento si è inteso imporre ad un'autorità indipendente unicamente l'interpretazione della normativa nazionale in base ai principi dell'ordinamento comunitario, si è fatto ricorso ad una formula ben diversa, e testualmente corrispondente, per l'appunto, a siffatto specifico intento (è d'obbligo il richiamo all'art. 1, comma 4°, della l. 10 ottobre 1990 n. 287, in materia di tutela della concorrenza: “L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza”. Le disposizioni dell'art. 9 d.lgs. 209, di contro, intendono introdurre un sistema di vasi comunicanti tra ordinamento comunitario e normativa (oltre che attività provvedimentale) di ISVAP, in tal modo

⁴⁵ F. MERUSI-M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003.

⁴⁶ F. TORIELLO, *Commento sub art. 2*, in G. ALPA-F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Padova 1998, pp. 28-29. Si tratta della tesi formulata, in relazione all'art. 6 del d.lgs. n. 385/1993, da A. PREDIERI, *Commento sub art. 6*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 1994, p. 39 ss., e successivamente ripresa e sviluppata da V.D. GESMUNDO, *Autorità creditizie e ordinamento comunitario nel Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in P. FERRO LUZZI - G. CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria*, I, Milano, 1996, p. 197 ss.

contribuendo ulteriormente all'inserimento di tale potere regolamentare in una rete di disposizioni sovraordinate.

c) Un ulteriore parametro è rappresentato dai principi generali della materia e in particolare dagli obiettivi della vigilanza. Così come, nella legislazione regionale concorrente, si vanno ad individuare i principi generali della materia che indirizzano la legislazione regionale, analoga operazione può essere svolta con riguardo ai regolamenti in esame; solo che qui non si tratta di estrarre principi dal variegato *corpus* della legislazione statale, bensì di estrarli dalle regole tecniche del settore sottoposto a vigilanza.

L'art. 3 d.lgs. 209/2005 intitolato "finalità della vigilanza" stabilisce appunto che *"La vigilanza ha per scopo la sana e prudente gestione delle imprese di assicurazione e di riassicurazione e la trasparenza e la correttezza dei comportamenti delle imprese, degli intermediari e degli altri operatori del settore assicurativo, avendo riguardo, in particolare, alla stabilità all'efficienza, alla competitività ed al buon funzionamento del sistema assicurativo, alla tutela degli assicurati e degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative, all'informazione ed alla protezione dei consumatori"*. Si tratta di parametri che rimandano ad una serie di concetti di carattere indeterminato che tuttavia rispondono a consolidate regole tecniche, le quali a loro volta sono ritenute idonee ad indirizzare la discrezionalità dell'Amministrazione, e dunque a rispettare il principio di legalità. La questione è stata posta più volte all'attenzione della giurisprudenza. La quale ha costantemente rilevato che il principio di legalità è inverato quando si tratta di norme *"confacenti al particolare"*

ambito tecnico - specialistico cui si riferiscono”⁴⁷. Al punto che, addirittura con riguardo alla disciplina di sanzioni amministrative (quindi a stretta legalità), si è affermato che è ammissibile nella normativa regolamentare “una certa «elasticità nella puntuale configurazione e nella determinazione delle condotte sanzionabili», purché «esse siano riferibili a principi enunciati da disposizioni legislative o enucleabili dai valori che ispirano nel loro complesso le regole di comportamento che caratterizzano la scala di doveri propri della funzione esercitata»⁴⁸; specialmente «quando il contenuto dei valori tutelati dalla norma ... è tale da rendere impossibile prevedere tutti i comportamenti che possono lederli»”⁴⁹. Del resto, con riguardo alle istruzioni di vigilanza, espressione del potere regolamentare di Banca d’Italia si è messo in luce la loro rispondenza al principio di legalità nasce dal fatto che si muovono entro criteri oggettivi, ricavabili dalla regolamentazione tecnica del settore bancario⁵⁰. Tale “rilevanza” conferita alle regole tecniche (e “dell’arte”) del settore fa sì che, in concreto (e questa è constatazione che vale per tutte le autorità) i regolamenti delle autorità indipendenti non sono affatto liberi nel contenuto come lo sono le leggi. Devono ricavare le norme dalle «leggi» del mercato, dalle esigenze concrete della privacy, dalle regole tecniche del settore e così via. Ed invero laddove si debbono determinare disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto materie di carattere tecnico come l’adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio, le partecipazioni detenibili, l’organizzazione contabile ed i controlli interni, soccorrono in proposito

⁴⁷ V. Cass., Sez. I, 7 aprile 1999, n. 3351, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 770.

⁴⁸ V. Corte Cost. 24 luglio 1995, n. 356. in *Giur. cost.*, 1995, I, 2631.

⁴⁹ V. Corte Cost. 8 giugno 1981, n. 100, in *Giur. cost.*, 1995, I, 843.

⁵⁰ V. Cass., Sez. I, 23 marzo, 2004, n. 5743, in *Foro amm. CdS*, 2004, 679.

specifiche regole tecniche che nascono dalla dottrina, dalla pratica, dai principi deontologici i quali contribuiscono ed anzi non possono non contribuire, data la particolare tecnicità e la continua evoluzione della materia, a dettare criteri volti a garantire la cosiddetta “raffrontabilità”. Tantopiù che i criteri di esercizio della vigilanza (e dunque anche della vigilanza regolamentare) sono ulteriormente precisati da altre disposizioni (v. art. 191, comma 1°, lettere da a ad i). Sono inoltre rinforzati e protetti da una puntuale regola di azione, che è data dal principio di proporzionalità, richiamato *expressis verbis* dallo stesso art. 191 (v. comma 2°): “*I provvedimenti di cui al comma 1 si conformano al principio di proporzionalità per il raggiungimento del fine con il minor sacrificio per i soggetti destinatari nel rispetto delle procedure di consultazione previste dall’art. 9, comma 3*”. Ciò significa che il raggiungimento degli obiettivi di pubblico interesse è collegato al minor sacrificio imposto ai soggetti vigilati, esplicitando così un requisito specifico di efficienza ed efficacia dell’azione amministrativa che è proprio della stessa azione di semplificazione e va a caratterizzare, in positivo, l’ambito regolamentare nel settore assicurativo (valga aggiungere che tale requisito è stato poi introdotto, ripercorrendo appunto quanto già stabilito dal codice delle assicurazioni, dalla legge sulla tutela del risparmio: v. art. 23, comma 2°, l. 28 dicembre 2005 n. 262 con riguardo ai settori oggetto di vigilanza da parte di Banca d’Italia, Consob, Covip, oltre che ISVAP).

d) Di grande rilievo ha poi il fatto che i regolamenti si formano sulla scorta di una procedura aperta alla partecipazione dei soggetti interessati. Il d.lgs. 209 (v. art. 191, comma 4°) prevede infatti una procedura partecipata

per l'adozione di atti normativi da parte della autorità (così come stabilisce in via generale, per gli atti normativi o a contenuto generale anche di Banca d'Italia, Consob e Covip, l'art. 23, comma 2°, l. 262/2005: si tratta del resto di una previsione che era già presente nella l. 229/2003: v. art. 12) e in aderenza ad una prassi di consultazione largamente diffusa presso le stesse autorità⁵¹. Il che ha conseguenze rilevanti non solo sulla ponderazione dei diversi interessi in gioco, ma anche sul versante del controllo sulla correttezza dell'esercizio del relativo potere di regolazione dei medesimi. Ciò costituisce una ulteriore garanzia di osservanza del principio di legalità sostanziale, nel senso, precisato anche dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, per cui la indeterminatezza del parametro legislativo può essere compensata da garanzie di ordine procedurale. E' infatti da ricordare un consolidato orientamento della Corte secondo cui nelle materie soggette a riserva di legge relativa, la eventuale limitata determinatezza del parametro contenutistico può essere compensata dalla contestuale presenza di una serie di garanzie di ordine squisitamente procedimentale: quali quelle consistenti, appunto, nella partecipazione al procedimento di formazione dell'atto sublegislativo delle rappresentanze degli interessati, ovvero di organi od uffici di natura tecnica, ovvero, ancora, di una pluralità di organi in collaborazione fra loro. Infatti la presenza di un "modulo procedimentale contribuisce ad escludere eventuali arbitri dell'amministrazione"⁵². Quest'ordine di idee è stato ripreso e ribadito con

⁵¹ Come mette in luce F. CINTIOLI, *Potere regolamentare*, cit., spec. 80 ss.

⁵² V. in proposito lo studio *ad hoc* di G. PUCCINI, *La tutela dei diritti di libertà fra riserva di legge e garanzie procedimentali*, in AA.VV., *Nuove dimensioni dei diritti di libertà (Scritti in onore di Paolo Barile)*, Padova, 1990, p. 153 ss. e in giurisprudenza, tra le manifestazioni più tipiche di tale principio, si vedano le sentenze della Corte

estrema chiarezza dalla giurisprudenza amministrativa. La quale ha appunto avuto modo di osservare che *“non è pensabile che l’attività di regulation venga svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati: nei settori regolati dalle autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sottoforma di garanzie del contraddittorio (la dottrina ha sottolineato che si instaura una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell’attribuzione alle autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l’esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessanti nel procedimento finalizzato all’assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull’assetto del mercato e sugli operatori”*)⁵³.

e) Del resto anche l’obbligo di motivazione dei regolamenti “con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono” di cui all’art. 23, comma 1°, l. 28 dicembre 2005, n. 262, contribuisce a limitare la discrezionalità e dunque ad assicurare la conformità del potere regolamentare sia alla normativa primaria, sia ai criteri tecnici della materia, sia ai principi generali. Così come la

Costituzionale 19 giugno 1998 n. 215, in *Giur. cost.*, 1998, I, 1701, con riguardo alle delibere CIP di determinazione delle tariffe assicurative relative alla r.c. auto e 21 maggio 1996 n. 180 in *Giur. cost.*, 1996, I, 1664, relativa alle tariffe per il rilascio del parere igienico-sanitario della USL in materia edilizia .

⁵³ Cons. Stato, Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007, in *Giur. it.*, 2006, III, 1516

partecipazione, contribuisce ad escludere eventuali eccessi di discrezionalità⁵⁴.

Del resto, procedure di consultazione e motivazione vanno di pari passo. A tal proposito un particolare rilievo va dato dalla previsione dell'art. 12 della l. 29 luglio 2003, n. 229, "*Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione. Legge di semplificazione*", dal titolo "*Analisi di impatto delle funzioni di vigilanza e regolazione delle autorità amministrative indipendenti*", il quale stabilisce che le autorità amministrative indipendenti, cui la normativa attribuisce funzioni di controllo, di vigilanza o regolatorie, si dotano, nei modi previsti dai rispettivi ordinamenti, di forme o metodi di analisi dell'impatto della regolamentazione per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione, e, comunque, di regolazione"⁵⁵. Tale previsione è poi richiamata dall'art. 191 d.lgs. 209.

Ogni atto di regolamentazione di ISVAP (e in specie gli atti normativi) dovrà pertanto recare l'analisi di cui sopra ed essere conseguentemente motivato. Ma in cosa consiste l'AIR? Essa è stata introdotta in un testo normativo per la prima volta dall'art. 5 della l. n. 50/1999. Tale analisi, secondo le indicazioni della dottrina⁵⁶, e ora all'art.

⁵⁴ V. ancora F. CINTIOLI, *Potere regolamentare*, cit., 84.

⁵⁵ V. A. NATALINI, *La terza legge di semplificazione. Commento alla legge 29 luglio 2003, n. 229*, in *Giornale dir. amm.*, 2003, 10007 ss.

⁵⁶ V. ad es. E. CATALANI-E. ROSSI (a cura di), *L'analisi tecnico-normativa (ATN) nell'attività normativa del Governo*, Milano, 2003; nonché A. NATALINI, *Il management della regolazione*, in *L'Italia da semplificare: le regole e le procedure*, II, Bologna, 1991, 233 ss.; E. MIDENA, *Analisi di impatto della regolazione e analisi tecnico normativa*, in *Giornale dir. amm.*, 2001, 85 ss.

14, l. 28 novembre 2005 n. 246 *Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005* consiste nella valutazione preventiva degli effetti di ipotesi di intervento normativo ricadenti sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni, mediante comparazione di opzioni alternative". Vale aggiungere che lo stesso art. 14 comma 5°, l. 246, stabilisce che "con decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, adottati ai sensi dell'art. 7, comma 3°, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono definiti entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge: a) criteri generali e le procedure dell'AIR, compresa la fase della consultazione; b) le tipologie sostanziali, i casi e le modalità di esclusione dell'AIR". Sicchè allo stato, le tecniche attraverso cui l'AIR si dispiega non possono che essere quelle fissate nella direttiva P.C.M. del 27 marzo 2000 (*Analisi tecnico-normativa e analisi dell'impatto della regolamentazione*, in *G.U.* 23 maggio 2000, n. 118) emanata a seguito dell'art. 5 della l. n. 50/1999, che prevedeva l'analisi di impatto degli atti normativi del Governo, nonché dei regolamenti ministeriali e interministeriali, sull'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e sull'attività dei cittadini e delle imprese, rinviando appunto ad un d.P.C.M. tempi e modi di effettuazione della medesima, disponendo espressamente che si trattava di un'applicazione a titolo sperimentale⁵⁷.

⁵⁷ V. sul punto N. LUPO, *La prima legge annuale di semplificazione: commento alla legge n. 50 del 1999*, Milano, 2000. Da precisare che al d.P.C.M. del 2000 hanno fatto seguito taluni atti di indirizzo interpretativo-operativo da parte della Presidenza del Consiglio, ovverosia la Guida alla sperimentazione dell'analisi di impatto della regolamentazione, del 16/12001 (Circolare P.C.M., 16 gennaio 2001, n. 1, in *G.U.* 7 marzo 2001, n. 55, S.O. n. 46), e la Direttiva sulla sperimentazione dell'analisi di impatto della regolamentazione sui cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni

Come è evidente, si tratta di una esperienza ancora tutta da verificare. Quello che si può dire è che – pur con tutta la difficoltà e le incertezze insite in tale strumento i cui contenuti e le cui procedure devono essere definiti – che essa contribuisce uno strumento per rendere ogni decisione regolativa “meglio informata”, aumentando la consapevolezza dei suoi effetti . Cosicché, la AIR non solo è una tecnica per rafforzare la qualità della regolamentazione proposta, incrementarne la coerenza con il quadro giuridico e amministrativo generale, ridurre la resistenza alle nuove regole ed aumentare il senso di conduzione ad opera delle parti consultate, ma è uno strumento di verifica *ex ante* dell’impatto del prodotto normativo che di per se richiede forme di partecipazione e consultazione. Il fatto è che la consultazione non è solo uno strumento di trasparenza, ma anche una parte integrante del processo regolativo. Infatti la consultazione è utile non solo per ascoltare le parti interessate, ma anche per raccogliere informazioni dalle persone o dai gruppi ai quali il regolamento è rivolto, analizzando i problemi – che le nuove norme dovrebbero risolvere – con l’aiuto di chi vi si confronta quotidianamente. È evidente allora che l’AIR in tanto è efficace e produttiva in quanto sia preceduta da una ampia e serrata consultazione. La sua presenza, dunque, conferma il principio dell’obbligo di partecipazione, e contribuisce quindi ad inverare il principio di legalità.

Siamo dunque di fronte ad un complesso di criteri attinenti non solo alle finalità e ai presupposti, ma anche alle procedure, che nel loro combinato contribuiscono a “conformare” al rispetto del principio di

(direttiva P.C.M. del 21 settembre 2003, in *G.U.* 25 ottobre 2001, n. 249) cfr. E. MIDENA, *Analisi di impatto della regolazione e analisi*, cit., 85 ss.

legalità l'esercizio del potere regolamentare, anche quando è attribuito solo sulla scorta di criteri finalistici.

Sicchè è da ritenere che gli strumenti e le coordinate per invertere il principio di legalità in astratto non mancano, anche se poi - è appena il caso di precisarlo - in concreto si dovrà svolgere una diretta verifica circa il corretto uso dei criteri tecnici, l'adeguatezza della partecipazione, la applicazione dei principi generali, etc.

10) Della coerenza dell'attribuzione dei poteri regolamentari di ISVAP con la legge di delega.

Il terzo problema che ci siamo prefissati di esaminare è quello, più specifico, della coerenza tra la legge di delega e il d.lgs. 209/2005 in ordine ai poteri regolamentari attribuiti ad ISVAP. Una volta accertato che ISVAP è titolare di vasti poteri regolamentari devesi verificare se hanno copertura nella legge di delega. Ciò vale – come ovvio - sia con riguardo ai poteri regolamentari specifici o integrativi-attuativi, sia con riguardo a quelli indipendenti previsti in particolare dagli artt. 5 e (in parte) 191 del codice delle assicurazioni. La legge di delega 229/2003 infatti non attribuisce espressamente al Governo il potere di assegnare ad ISVAP funzioni normative. L'unico richiamo ai regolamenti, nella legge delega, è riferito ai regolamenti governativi (v. art. 1, comma 2°). Tuttavia c'è da osservare che già la legislazione precedente assegnava ad ISVAP poteri regolamentari ad ampio spettro con la unica differenza che venivano sovente definiti (impropriamente, come ha precisato la sezione per gli atti normativi del Consiglio di Stato nel suo parere 14 febbraio 2005 sullo schema di decreto

legislativo, poi divenuto codice delle assicurazioni) “provvedimenti generali” anziché regolamenti. Di talché, in una operazione di riassetto, la conferma o la diversa modulazione di tali poteri e anche la loro estensione, ove funzionali agli scopi della delega (v. appunto le late finalità tracciate dall’art. 4, l. 229/2003) non è certo preclusa. Valga in *primis* comunque ricordare che l’art. 4, comma 1°, c-bis l. 112 agosto 1982 n. 576 (“*Riforma della vigilanza sulle assicurazioni*”), abilitava l’ISVAP “all’adozione di ogni provvedimento ritenuto utile o necessario alla tutela delle imprese e degli utenti”. Ed è da ritenere che tali provvedimenti potessero essere sia di carattere provvedimentale che generale, ovvero normativo⁵⁸. Tantovero che in dottrina⁵⁹ si era osservato come ISVAP disponesse di un penetrante potere di controllo e regolazione del settore cui lo stesso è preposto “diretto a garantire l’efficienza, la stabilità e la solvibilità degli operatori delle assicurazioni”) e che tale Istituto “nell’ambito di un potere regolamentare attribuitogli dalla legge, esercita un intervento disciplinare nei confronti del mercato assicurativo, dettando direttive e introducendo regole di comportamento in modo da assicurare i necessari collegamenti tra l’ordinamento di *primo livello* e la concreta realtà in cui si esplica l’attività assicurativa”⁶⁰. In secondo luogo, così come nel codice, la legislazione attribuiva ad ISVAP tutta una serie di poteri regolamentari specifici. Il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 174 (*Attuazione della direttiva 92/96/CEE in*

⁵⁸ Cfr. F. DI FONZO, *Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo (ISVAP)*, in S. VALENTINI (a cura di), *Diritto e istituzioni della regolazione*, Milano, 2005.

⁵⁹ F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 2001, 11.

⁶⁰ Cfr. G. SANGIORGIO, voce *Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo (ISVAP)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVII, Roma, 1995, p. 11 ss.

materia di assicurazione diretta sulla vita), demandava all'ISVAP la determinazione di contenuti e modalità delle comunicazioni delle imprese concernenti le basi tecniche per il cambiamento dei prezzi e le riserve tecniche delle tariffe (art. 14 e 38) , l'indicazione dei criteri per la determinazione di tariffe, tassi d'interesse e riserve tecniche (artt. 22, 23, 24, 25). E ancora: l'art. 26 a proposito della copertura delle riserve tecniche, rinviava ad “altri strumenti del mercato monetario e dei capitali che verranno identificati con provvedimento di carattere generale dell'ISVAP, il quale indicherà anche i criteri per l'utilizzazione e la valutazione di strumenti derivati”; l'art. 27, comma 3° in virtù del quale ISVAP stabilisce con proprio provvedimento norme più dettagliate per l'applicazione delle modalità di valutazione degli attivi posti a copertura delle riserve tecniche: l'art. 29, commi 2°, 3°, attribuiva ad ISVAP il potere di stabilire “ulteriori disposizioni sui limiti massimi di investimento per singole categorie di attivi, nonché sui criteri di investimento negli attivi stessi” e di adottare “criteri più restrittivi per l'utilizzo ai fini della copertura delle riserve tecniche”, l'art. 33, comma 4°, ai sensi del quale i criteri per la determinazione degli utili realizzati e della durata residua media dei contratti, nonché dei capitali "vita", sono stabiliti con provvedimento dell'ISVAP. Ma v. altresì gli artt. 31, 37, 42 e ss., 49 e ss., 106, 114 e 121 del d.lgs. n. 174 del 1995 tutti abilitanti di poteri regolamentari di ISVAP). Il d.lgs. 17 marzo 1995, n. 175 (“Attuazione della direttiva 92/49/CEE in materia di assicurazione diversa dalla assicurazione sulla vita”), ripercorre sostanzialmente la disciplina posta dal d.lgs. n. 174 (: v. ad es. gli artt. 23; comma 2°; 26 comma 1°; 27, comma

2°; 28, comma 3°; 30 c, comma 2°; 30, comma 2°; 31, comma 6° *quinques*; tutti in tema di riserve tecniche)⁶¹.

Non solo. L’emanazione di disposizioni regolamentari da parte di ISVAP è prevista anche dal d.lgs. 26 maggio 1997, n. 173 (in tema di bilancio consolidato delle imprese di assicurazione), dal d.lgs. 17 aprile 2001, n. 239 (in tema di vigilanza supplementare sulle imprese appartenenti ad un gruppo assicurativo), nonché dal d.lgs. 13 ottobre 1998, n. 373 che ha affidato all’ISVAP la competenza sugli albi degli agenti, mediatori e periti assicurativi: di qui l’adozione di regolamenti circa le modalità per l’iscrizione all’albo e per lo svolgimento della relativa prova di idoneità.

Tale compendio di decreti legislativi da un lato attribuivano ad ISVAP specifici e puntuali poteri normativi, dall’altro tracciavano in maniera oltremodo ampia i confini entro i quali l’Istituto di vigilanza doveva attenersi nell’adozione delle normative in questione (a tal proposito valga ricordare l’art. 28, comma 2°, d.lgs. n. 175 del 1995, dove i principi ai quali l’ISVAP ha da riferirsi per disciplinare le riserve tecniche vengono espressi attraverso formule quali “in modo prudente” o “valutate in base ad un ammortamento prudente”). Si può dunque ritenere che il codice prenda le mosse da e si inserisca in un sistema normativo in cui ISVAP è già titolare, proprio per poter esercitare la propria funzione di vigilanza, di poteri regolamentari, il che consente di determinare *ex ante* gli obblighi delle imprese vigilate nello stesso interesse di queste ultime. Si tratta, in

⁶¹ V. più in dettaglio S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002, secondo cui il d.lgs. n. 174 e 175 del 1995 istituiscono fattispecie nuove di fonti, attribuendo all’ISVAP la facoltà di emanare atti generali, qualificati provvedimenti, nell’esercizio delle sue qualità eminentemente tecniche nel settore di riferimento.

fondo, di una applicazione dell'antico insegnamento di F. CAMMEO⁶² secondo cui “non vi può essere dubbio, che ogni qualvolta l'amministrazione ha una facoltà discrezionale, e soltanto quando ha una tale facoltà, può emanare in via generale ed astratta le regole che intende seguire nell'esercizio delle medesime. Anzi ciò non solo è possibile, ma anche desiderabile⁶³, con la avvertenza che il richiamo all'insegnamento di CAMMEO rileva sotto il profilo della *ratio* dell'attribuzione del potere regolamentare, non certo perché la presenza della discrezionalità abbia come conseguenza implicita l'attribuzione del potere regolamentare, essendo sempre necessaria una legge attributiva di tale potere, la quale nella specie appunto è da individuare in tutte le fonti sopra menzionate e ora “riassettate” dal codice⁶⁴.

dp/rel/Il potere regolamentare

⁶² *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, 121 ss., spec. 126.

⁶³ V. in proposito A. PIZZORUSSO, *Il potere regolamentare in Federico Cammeo*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1993, 22, 404 ss.

⁶⁴ Come noto, fu G. ZANOBINI che nel suo fondamentale scritto del 1922 su *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Arch. giur.*, 1922, e ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 145 ss. ebbe a dimostrare l'esigenza che il regolamento avesse una base nella legge, superando così la tesi per cui il regolamento era diretta manifestazione dell'attività amministrativa.