

Quindi, anche il Garante, non diversamente dalle altre autorità, è l'arbitro del bilanciamento dei valori costituzionali in gioco.

E come la Consob rivede periodicamente le sue costruzioni della giuridicità, così il Garante non ingessa in regole di condotte irreversibili la misura relazionale dei diritti confliggenti, ma preferisce le soluzioni modulabili all'occorrenza, perfettibili con l'evolversi dei fatti<sup>83</sup>. La flessibilità del precetto bene si combina con la temporaneità dell'atto normativo, la cui rivedibilità periodica rimanda alla perfettibilità *in itinere* del diritto all'identità personale.

Ricorrendo sicuri indici sostanziali di normatività dell'atto in questione, è del tutto irrilevante il nome dell'atto scelto dal legislatore, che, per le ragioni prima dette, lo chiama "autorizzazione", piuttosto che "regolamento"; ma ciò poco conta, considerata la sua natura regolativa, il che ne giustifica la trattazione in questa sede.

#### 4. Raffronto tra il modello tipo di regolamento delle A.I. e la prassi.

Come si è visto dagli esempi precedenti, i regolamenti delle A.I. interessano materie riservate alla legge. Il conferimento della funzione normativa alle Autorità impedisce di acquisire i loro atti alla fattispecie del regolamento *praeter legem*<sup>84</sup>, perché, come impone la legalità forma-

<sup>83</sup> Seguono questa tecnica le modalità da osservare per lo svolgimento del trattamento: esse dovranno effettuarsi secondo "logiche e mediante forme di organizzazione dei dati strettamente correlate [...] ai compiti", si intende, di chi effettua il trattamento. Così come per l'attività di conservazione, che dovrà includere i soli dati strettamente pertinenti e "non eccedenti rispetto al rapporto, incarico, alla prestazione in corso", così dispone l'"Autorizzazione n. 1/2002 al trattamento dei dati sensibili nei rapporti di lavoro", ma analoghe espressioni ricorrevano tendenzialmente anche nelle altre sei.

<sup>84</sup> Per chiarezza terminologica, intendiamo per "regolamento indipendente" l'atto normativo secondario che non rinviene nella legge né il titolo legittimante, né altro. Si aderisce, dunque, a quella corrente dottrinale (Carlassare, Zagrebelsky, De Siervo), secondo la quale una generica attribuzione di competenza disposta per legge, quale, ad esempio, quella contenuta nell'art. 17 lett. c) l. 400/88, non sarebbe sufficiente a costituire il titolo della potestà regolamentare indipendente. Di contrario avviso, coloro (Crisafulli, Cheli, Pizzorusso) che si dicono soddisfatti dalla formulazione letterale

le, non si tratterebbe di autoassunzione di potere, bensì di esercizio autorizzato dalla legge.

Ciò va detto non per mero rigore classificatorio, ma per escludere che l'incostituzionalità di tali regolamenti sia riconducibile all'inammissibilità dei regolamenti indipendenti su materie coperte da riserva, proprio perché in questo caso non viene in rilievo il tipo "regolamento indipendente".

La questione è altra: si tratta di verificare se quanto richiesto da una riserva relativa sia stato soddisfatto dalle rispettive leggi attributive di potestà regolamentare.

A livello primario disponiamo di precetti accostabili alle norme in bianco sulla competenza; essi infatti, unitamente a conferire il potere stendono un nudo elenco di valori. Con ciò tali precetti dicono qualcosa in più rispetto a quanto prescriverebbe una norma in bianco, ma anche in meno rispetto a quanto la riserva imporrebbe loro, perché non dettano la disciplina sostanziale del rapporto da ordinare<sup>85</sup>. Ne conse-

della disposizione richiamata, perché assumono che la legalità formale non implichi il conferimento puntuale del potere regolamentare. Per una posizione a sé, non identificabile in nessuna delle due correnti richiamate, cfr. G. U. Rescigno, *Sul principio di legalità*, cit., a pp. 275-276. L'Autore, infatti, denomina regolamenti "spontanei" quegli atti che "non hanno alcuna base legislativa", spiegando che "non c'è proposizione di legge che possa essere esibita [...] come fondamento dell'atto regolamentare". Per il Rescigno, dunque, sono spontanei quelli che la dottrina, indicata per prima, chiama indipendenti. Lo stesso qualifica, invece, come "indipendenti" quegli atti aventi titolo e oggetto nella legge, ammettendo la costituzionalità solo di questi ultimi.

<sup>85</sup> Ricordiamo però la tesi di coloro che reputano legittimi i regolamenti pseudo indipendenti delle A.I. in forza di una competenza esclusiva disposta a loro favore, riserva che "con riguardo alla collocazione nel sistema delle fonti, si sostituisce al principio gerarchico, in coerenza con la posizione indipendente delle entità in esame e con la signoria della conoscenza dei problemi del settore": così N. Marzona, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. Cassese - C. Franchini (a cura di), op. cit., a p. 101; ma anche A. Predieri, *La posizione della Consob nell'apparato amministrativo*, in G. M. Flick (a cura di), op. cit., pp. 218 - 221; G. Vesperini, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, cit., p. 205. Da ultimo, con ricchezza di indicazioni bibliografiche, vedi P. Lazzara, *La potestà regolamentare della Commissione nazionale per le società e la borsa in materia di intermediazione finanziaria*, in *Foro amm.*, 2000, p. 715.

Si obietta a questa impostazione che il criterio della competenza opera solo se l'assegnazione esclusiva della materia a favore della fonte riservataria sia posta da una fonte sovraordinata, cioè in questo caso dalla Costituzione. E ciò perché la riserva di

gue che l'intervento di regolamenti "accostabili" a quelli indipendenti su materie coperte da riserva relativa è di dubbia costituzionalità, limitandosi la legge al conferimento puntuale del solo potere e del suo oggetto<sup>86</sup>.

Ma era ipotizzabile un risultato diverso?

Le materie rimesse alla potestà normativa delle A.I. per le loro caratteristiche (governate dalla logica propria del settore di riferimento, sensibili al mutare della realtà sottostante, intolleranti gli schematismi definitivi della legge) non si prestano a essere regolate dalla coppia legge-regolamento secondo il criterio posto in Costituzione.

Quest'ultimo affida rispettivamente alla legge il compito di tracciare le linee portanti della disciplina di una data materia, e al regolamento quello di articolarla entro il quadro di riferimento indicato dalla prima.

---

regolamento, sottraendo materie alla sfera di operatività generica della legge, non può essere contenuta nella legge stessa, che altrimenti disporrebbe della sua forza, cosa che non le è consentito. Chiariscono bene la necessità che sia l'autorità sovraordinata a porre "la regola sulle regole": F. Modugno, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, *Aggiornamento*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1998, a pp. 567 e 583; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., a pp. 228-234; G.U. Rescigno, *L'atto normativo*, cit., a p. 165.

<sup>86</sup> M. S. Giannini, *Consob*, in G. M. Flick (a cura di), op. cit., a pp. 59-60, al quale si deve la lucida intuizione della loro incostituzionalità, perché questi atti "anche se si chiamano regolamenti, non sono fonti secondarie, ma primarie: non come le leggi, perché non possono modificare norme imperative di leggi; possono però modificare norme dispositive e possono sviluppare autonomamente materie aventi dignità legislativa non trattate dalla legge". G. Rossi, *I mercati dell'investimento fra diritto ed economia*, in *Riv. soc.*, 1991, II, a p. 973, sviluppa questa linea argomentativa, concludendo per l'illegittimità dell'attribuzione di poteri "quasi-legislativi [...] ad una Commissione coperta da irresponsabilità politica"; e poi ancora G. Guarino, *L'armonizzazione della legislazione bancaria: la revisione dell'ordinamento bancario del 1936*, in V. Mezzacapo (a cura di), *Studi sulla nuova legge bancaria*, Roma, 1994, a p. 19, che contesta i modi del conferimento del potere normativo alla Banca d'Italia "perché privi di un'idonea base giuridica".

Si veda sul tema, da ultimo, il parere del Consiglio di Stato (già ricordato alla nota 16), il quale in termini astratti afferma la necessità di un sicuro radicamento legislativo della potestà regolamentare delle A.I., ma poi non esita a confondere detta base normativa con i generalissimi principi della materia, quali quelli di proporzionalità o di competitività (p. 18 del cit. parere), che, stante la loro incapacità prescrittiva di specifiche regole di condotta agli operatori, non sono idonei a conformare in anticipo gli esiti del potere regolamentare. Quest'ultimo, per l'assenza di indicazioni cogenti di livello primario, finisce per disciplinare la materia in via iniziale e originaria: si produce nei fatti proprio quel risultato che il Consiglio avrebbe voluto evitare.

Non è un caso che ciò non sia accaduto. La prassi ha dimostrato proprio l'inverso: e cioè che o il legislatore ha rinunciato a conformare il potere regolativo o che quest'ultimo ha superato le indicazioni di legge. In entrambi i casi, il risultato è stato quello di una normazione dettata in via originaria e iniziale da una fonte secondaria e, come se ciò non bastasse, su materie coperte da riserva.

Quindi, il regolamento non potrà che collocarsi al di fuori del modello disegnato in Costituzione, perché intrattiene con la sua legge istitutiva una relazione, che non ha precedenti nel rapporto di "accessorietà" che in vario modo lega l'atto secondario alla fonte primaria. Tale rapporto rimanda ad una precisa relazione tra soggetti, che presuppone un comune sentire politico tra Parlamento e Governo; in virtù del quale il primo definisce, con l'apporto delle opposizioni, la struttura normativa, mentre il secondo la articola in una disciplina di dettaglio coerente con i valori e i principi selezionati nella norma primaria.

In sintesi, il rapporto di accessorietà del regolamento alla sua legge ripropone sul piano degli atti la relazione tra gli autori dei medesimi: il regolamento è al servizio della legge, come il Governo è "emanazione, derivazione e partner del Parlamento"<sup>87</sup>.

Quando un nuovo soggetto si interpone tra Parlamento e Governo, sottraendo al primo quote non marginali di potere normativo, e assumendo dal secondo il regime proprio degli atti normativi secondari, un nuovo metodo di formazione della decisione politica si sta affermando, inizialmente in posizione ausiliaria a quello ordinario, ma pronto a sostituirlo ai suoi primi segni di cedimento. Processo inedito quanto al decidente - soggetto comunque autoritativo, benché privo di legittimazione politico-rappresentativa - e al metodo di lavoro, che non è in grado di assicurare la conformità del suo prodotto, il regolamento, alla

---

<sup>87</sup> Cfr. L. Elia, (voce) *Forme di Governo*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, in part. a p. 644. Ovviamente, si perverrebbe a conclusioni diverse, se il contesto istituzionale riservasse all'Esecutivo una posizione di indipendenza dal Parlamento; in tal caso la disponibilità di un potere normativo secondario *praeter legem* concorrerebbe a completare la sua autonomia politica dall'Assemblea. Ma a Costituzione invariata, rimane ferma l'equazione tra l'accessorietà del regolamento alla legge e la dipendenza dell'Esecutivo dalla sua maggioranza parlamentare.

legge, perché gli autori dei due atti potrebbero pensarla in modo diverso.

L'identità di vedute diventa un fatto meramente eventuale, che peraltro il sistema non intende garantire, perché le A.I. sono istituite proprio per operare in piena autonomia di giudizio dalle pressioni delle forze politiche egemoni, al punto da rendere aleatoria la conformità della loro decisione normativa alla volontà politica di maggioranza.

Se, poi, questo contrasto del regolamento rispetto alla legge non si è manifestato in modo pieno, ciò si deve unicamente al fatto che il legislatore ha evitato di porre una minuziosa disciplina della materia, limitandosi a fissare pochi e generici principi, che per la loro indeterminazione non funzionano bene da termine di raffronto del giudizio di conformità dell'atto subordinato a quello primario.

In presenza di leggi avare di indicazioni al potere secondario<sup>88</sup> delle Autorità, continuare a dire che i loro regolamenti attuano la legge significa giudicare la realtà per ciò che non è. Il ricorso a un parametro valutativo formale, corretto stante la corrispondenza tra forma dell'atto e natura del potere, non è applicabile a un regolamento che innova l'ordinamento giuridico a un livello sostanzialmente primario, regolamento che condivide con l'atto secondario il solo regime giuridico. Infine, questo divorzio tra la forma dell'atto e la natura del potere, oltre a porre una forte domanda di compatibilità costituzionale, ha un costo per i regolati in termini di abbassamento del livello delle garanzie, perché le regole delle Autorità si sottraggono al sindacato della Corte, in quanto contenute in atti formalmente secondari, e a quello del giudice politico, data l'estraneità dei loro autori al circuito rappresentativo.

<sup>88</sup> U. Romagnoli, *Autorità di garanzia e regolazione del pluralismo*, in Aa.Vv., op. cit., a 60, definisce "semi-lavorati" le leggi istitutive delle Autorità.

## CAPITOLO SECONDO

### LA PARTECIPAZIONE AI PROCESSI REGOLATIVI DELLE AUTORITÀ: UNA MODALITÀ INTERMEDIA TRA L'AUTONORMAZIONE E L'ETERONORMAZIONE

SOMMARIO: 1. L'argomento della prevalenza del diritto comunitario è sufficiente a legittimare la competenza normativa delle A.I.? - 2. L'argomento della partecipazione all'eteronormazione in luogo della legittimazione politico-rappresentativa delle A.I. (2.1. Le due entità: la rappresentanza politica e la rappresentanza di interessi. 2.2. La rappresentanza di interessi come partecipazione all'esercizio della funzione pubblica). - 3. L'opzione partecipativa del legislatore ordinario: l'art. 13 della legge 241/90 e il suo rinvio alle discipline di settore (3.1. La fonte disciplinante dei procedimenti normativi delle A.I.). - 4. Un modello ipotetico di partecipazione all'eteronormazione (4.1. Il criterio di legittimazione dei partecipanti. 4.2. Le garanzie di effettività della *par condicio* partecipativa). - 5. L'opportunità di una legge quadro sul potere regolativo delle A.I. - 6. Il modello partecipativo concretamente attuato dalle A.I. - 7. Eteronormazione e partecipazione: una sintesi.

#### 1. L'argomento della prevalenza del diritto comunitario è sufficiente a legittimare la competenza normativa delle A.I.?

Autorevole dottrina è ricorsa all'argomento della prevalenza del diritto comunitario per giustificare l'attribuzione di poteri normativi sostanzialmente primari alle autorità nazionali indipendenti<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Secondo F. Merusi, *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002, in part. pp. 96-97: "[...] il potere normativo delle autorità amministrative indipendenti, non è più un problema di diritto interno ai singoli ordinamenti dei Paesi che compongono la Comunità europea, ma è - o, comunque, è soprattutto - un problema di diritto comunitario. [...] Anche i loro poteri normativi sono legittimati da norme di produzione comunitaria o nascono negli interstizi di norme comunitarie", il che secondo l'Autore renderebbe superflua l'introduzione di una norma costituzionale *ad hoc*, perché legittimerebbe una situazione già coperta a livello sovranazionale.