

# La nuova disciplina procedurale della regolazione in materia di vigilanza bancaria

## PROVVEDIMENTO Banca d'Italia 24 marzo 2010

Disciplina dell'adozione degli atti di natura normativa o di contenuto generale della Banca d'Italia nell'esercizio delle funzioni di vigilanza bancaria e finanziaria, ai sensi dell'articolo 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262.

### **Art. 1** **Ambito di applicazione**

1. Il presente regolamento disciplina l'adozione degli atti di natura normativa o di contenuto generale di competenza della Banca d'Italia, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza bancaria e finanziaria (nel presente regolamento: "atti normativi").

2. Gli articoli 2, 4 e 8 si applicano anche alle ipotesi regolamentari contenute nelle proposte di deliberazione del Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio, formulate dalla Banca d'Italia ai sensi dell'articolo 4, comma 1, del Testo unico bancario. L'articolo 3 si applica se e in quanto le opzioni regolamentari individuate risultino sufficientemente dettagliate.

3. Salvo quanto previsto dall'articolo 9, il presente regolamento non si applica agli atti normativi adottati d'intesa, di concerto ovvero congiuntamente con altre Autorità.

4. Non rientrano nell'ambito di applicazione del presente regolamento, tra l'altro:

- gli atti normativi o di contenuto generale adottati dalla Banca d'Italia nell'esercizio di funzioni diverse da quelle di cui al comma 1;

- i pareri e le altre valutazioni formulati dalla Banca d'Italia in relazione ad atti normativi o di contenuto generale di competenza di altre Autorità;

- gli atti aventi finalità esclusivamente interpretativa o applicativa e non aventi quindi carattere innovativo dell'ordinamento, ivi incluse le lettere circolari; quando tali atti possano determinare impatti rilevanti sull'attività e sull'organizzazione dei soggetti vigilati ovvero sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori, si applicano a essi gli articoli 4 e 6;

- gli atti di organizzazione interna e quelli non aventi rilevanza esterna;

- i regolamenti adottati ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni.

5. La Banca d'Italia tiene conto dei principi del presente regolamento, al di fuori degli atti ricadenti nell'ambito di applicazione dell'articolo 23 della legge n. 262 del 2005, nell'attività istituzionale di collaborazione e cooperazione svolta, anche in ambito internazionale, in ragione delle funzioni di vigilanza bancaria e finanziaria.

6. L'applicazione del comma 5 e degli articoli 2 e 5, recanti criteri e modalità non previsti dall'articolo 23 della legge n. 262 del 2005, costituisce una facoltà per la Banca d'Italia che potrà avvalersene, secondo il criterio di proporzionalità, ai fini dell'efficace ed efficiente perseguimento delle finalità di vigilanza bancaria e finanziaria.

### **Art. 2** **Programmazione**

1. La Banca d'Italia, al fine di rafforzare la trasparenza dell'attività di vigilanza e sollecitare il confronto con i destinatari delle norme e gli altri soggetti interessati, definisce, entro il mese di dicembre di ciascun anno, un programma delle attività volte all'adozione di atti normativi che intende svolgere nei 12 mesi successivi. Nel programma sono individuati l'oggetto degli atti e il grado di priorità delle attività da svolgere.

2. Ai fini della programmazione di cui al comma 1 la Banca d'Italia tiene conto:

- delle fonti normative sovraordinate, anche di rango comunitario, da recepire o attuare con propri atti normativi;

- degli impegni assunti nelle sedi della cooperazione internazionale tra le Autorità di vigilanza bancaria e finanziaria;

- dei risultati delle analisi dei fallimenti di mercato e regolamentari rilevanti in relazione ai potenziali rischi per le finalità di vigilanza;

- delle risultanze acquisite nell'ambito di studi e ricerche ovvero a seguito della diffusione di documenti su tematiche di interesse per la regolamentazione di vigi-

lanza e per la cooperazione tra Autorità, a livello sia nazionale sia internazionale;

- delle proposte pervenute dall'industria bancaria e finanziaria nonché da organismi e associazioni rappresentativi dei consumatori;

- delle esigenze di revisione periodica della normativa, di cui all'articolo 7.

3. Il programma, sottoposto per pubblica consultazione nelle forme di cui all'articolo 4, è pubblicato sul sito internet della Banca d'Italia entro il termine indicato al comma 1. Esso è modificato o integrato qualora intervengano in corso d'anno nuove esigenze di programmazione.

### **Art. 3**

#### **Analisi d'impatto della regolamentazione**

1. In relazione a ciascun atto normativo, nonché alle proposte di deliberazione del Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio nei casi di cui al comma 2 dell'articolo 1, è condotta l'analisi dei fallimenti di mercato e regolamentari e sono individuate una o più opzioni regolamentari dirette a realizzare le finalità generali e gli obiettivi specifici della vigilanza. Ove appropriato, sono prese in considerazione l'opzione di non porre in essere nuovi interventi regolamentari e la possibilità di un'autonoma soluzione di mercato o per via di autoregolamentazione.

2. Per ciascuna delle opzioni regolamentari individuate sono valutati i probabili effetti in termini di costi e benefici per i soggetti vigilati e per gli utenti dei servizi bancari e finanziari; è quindi effettuata una valutazione comparativa delle diverse opzioni diretta a individuare quelle più efficienti in relazione alle finalità di vigilanza, avendo riguardo anche all'efficienza del sistema economico e all'economicità e all'efficacia dell'attività di supervisione.

3. Le analisi di cui al presente articolo possono essere omesse:

- nel caso di interventi regolamentari che consistano nel recepimento di normative sovraordinate con ristretti margini di discrezionalità;

- quando la Banca d'Italia, in esito alla programmazione di cui all'articolo 2, ritenga che l'intervento normativo non comporti apprezzabili costi addizionali per i destinatari delle norme.

4. La Banca d'Italia rende pubblici i criteri generali delle analisi di impatto da condurre ai sensi del presente articolo.

### **Art. 4**

#### **Consultazioni**

1. Le ipotesi di regolamentazione da adottare mediante atti normativi sono sottoposte per consultazione ai destinatari della normativa, ai consumatori e alle altre categorie eventualmente interessate.

2. La consultazione avviene di norma in forma pubblica, mediante la pubblicazione sul sito internet della Banca d'Italia di un documento nel quale sono illustrate una o più ipotesi di regolamentazione, così come individuate in esito alle analisi di cui all'articolo 3, unitamente

ai risultati delle valutazioni d'impatto fino a quel momento condotte. Il documento indica le modalità e i termini di trasmissione dei commenti. Tenuto conto dei destinatari degli atti normativi e degli altri soggetti interessati, della pubblicazione sul sito internet è data notizia alle associazioni di categoria degli intermediari e agli organismi e associazioni rappresentativi dei consumatori di cui agli articoli 136 e 137 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante il Codice del consumo.

3. La consultazione di cui al comma 2 può essere integrata, se ritenuto opportuno, da altre forme di confronto con gli intermediari vigilati e con le rispettive associazioni di categoria, nonché con le associazioni rappresentative dei consumatori e delle altre categorie eventualmente interessate.

4. La consultazione pubblica ha durata di norma non inferiore a 60 giorni. In relazione a motivate esigenze espresse nel documento di cui al comma 2, può essere stabilita una durata inferiore e possono essere adottate modalità di consultazione diverse da quelle indicate nei commi precedenti.

5. La procedura di consultazione può essere effettuata più d'una volta prima dell'adozione dell'atto finale.

### **Art. 5**

#### **Panel consultivi**

1. La Banca d'Italia, per la realizzazione degli obiettivi del presente regolamento, può avvalersi, in ogni fase del procedimento normativo e nelle altre attività di cui al comma 5 dell'articolo 1, di panel consultivi rappresentativi degli intermediari e dei consumatori dalla stessa istruiti e disciplinati.

### **Art. 6**

#### **Motivazione e pubblicazione**

1. Gli atti normativi sono accompagnati da una relazione in cui sono espresse le motivazioni delle scelte effettuate e le valutazioni sui commenti ricevuti durante la consultazione di cui all'articolo 4, nonché illustrati i risultati delle analisi condotte ai sensi dell'articolo 3.

2. Ferme restando le forme di pubblicazione previste dalla legge, gli atti normativi sono altresì pubblicati, unitamente alla relazione di cui al comma 1, sul sito internet della Banca d'Italia.

3. I commenti ricevuti durante la fase di consultazione sono pubblicati sul sito internet della Banca d'Italia. I partecipanti alla consultazione possono chiedere che, per esigenze di riservatezza, i propri commenti non siano pubblicati oppure siano pubblicati in forma anonima.

### **Art. 7**

#### **Revisione della normativa**

1. Gli atti normativi sono sottoposti a revisione almeno ogni tre anni. A tal fine ne viene valutata l'idoneità a conseguire le finalità di vigilanza.

2. Per le regolamentazioni di maggiore rilevanza, per le quali le analisi di cui all'articolo 3 abbiano prodotto esiti caratterizzati da elevato grado di incertezza, può es-

sere condotta la valutazione dei costi effettivamente sostenuti e dei benefici realizzati.

### **Art. 8 Casi di deroga**

1. L'applicazione degli articoli 2, 3, 4 e 6 del presente regolamento può essere esclusa, in tutto o in parte, in casi di necessità e urgenza o per ragioni di riservatezza, e in particolare allorché:

- eccezionali mutamenti delle condizioni di mercato impongano la tempestiva adozione di misure normative;

- la conoscenza del provvedimento prima della sua adozione possa compromettere il conseguimento delle sue finalità;

- il termine per l'attuazione stabilito da una fonte normativa superiore non ne consenta l'osservanza.

2. La sussistenza di uno dei casi di deroga di cui al comma 1 è indicata negli atti normativi e nelle deliberazioni del Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio.

### **Art. 9**

#### **Atti di concerto con altre Autorità**

1. Per l'adozione o la proposta di atti normativi per i quali sono previsti l'intesa, il concerto o l'adozione congiunta con una o più delle Autorità indicate nell'articolo 23, comma 1, della legge n. 262 del 2005, si applicano i protocolli d'intesa stipulati con dette Autorità al fine di disciplinare l'attuazione dei principi di cui al medesimo articolo.

### **Art. 10**

#### **Disposizioni finali**

1. Le previsioni del presente regolamento in materia di analisi d'impatto della regolamentazione hanno effetto dalla pubblicazione dei relativi criteri generali effettuata ai sensi dell'articolo 3, ultimo comma.

2. Il presente regolamento è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

## **Il commento di Samuel Cornella**

Il 24 marzo scorso è stato adottato il regolamento procedurale per l'approvazione degli atti normativi e a contenuto generale che la Banca d'Italia emana nell'esercizio della funzione di vigilanza bancaria (in G.U. n. 102 del 4 maggio 2010).

Il provvedimento - che trova il proprio fondamento nell'art. 23, l. n. 262/2005 (cd. "legge sul risparmio") - valorizza l'analisi di impatto regolamentare come strumento utile a valutare *ex ante* le conseguenze delle possibili opzioni regolatorie e si ispira al consolidato principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, adattandolo all'esercizio della funzione di vigilanza sui mercati finanziari. La nuova normativa regola inoltre: i) la fase di consultazione dei soggetti interessati dagli effetti del provvedimento; ii) la possibilità per questi ultimi di presentare le proprie osservazioni in corso di procedimento; iii) l'obbligo di motivazione delle scelte operate da parte dell'autorità procedente. Nel complesso, si tratta di una disciplina coerente con i principi della *better regulation* comunitaria ed internazionale, che presenta alcuni profili di convergenza con quelle previste dai corrispondenti regolamenti attuativi dell'art. 23 l. n. 262/2005 in via di approvazione da parte di Consob, Covip e Isvap.

### **Introduzione**

Il 24 marzo 2010, la Banca d'Italia ha approvato il regolamento che disciplina il procedimento di adozione degli atti normativi e a contenuto generale da emanare nell'esercizio della funzione di vigilanza bancaria e finanziaria. Il provvedimento trova la propria base giuridica nell'art. 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262 (c.d. "legge sul risparmio"<sup>1</sup>) che, nel tentativo di favorire un approccio di sistema alla tutela dei risparmiatori, stabilisce i principi e le regole procedurali cui Banca d'Italia, Consob,

Isvap e Covip devono attenersi nell'adottare provvedimenti generali suscettibili di avere un significativo impatto sull'operatività dei mercati di rispettiva competenza<sup>2</sup>.

Il nuovo regolamento prevede in sintesi che: i) gli atti normativi o a contenuto generale emanati dalla

<sup>1</sup> Con riferimento alla legge sul risparmio, si vedano le considerazioni di L. Torchia, *Verso una Banca d'Italia repubblicana ed europea?*, in *questa Rivista*, 2006, 273 e ss.

<sup>2</sup> La volontà del legislatore di perseguire un approccio "di sistema" alla tutela del risparmio è desumibile dall'articolo 21 della l. n. 262/2005, per cui «la Banca d'Italia, la Consob, l'Isvap, la Covip e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato collaborano tra loro, anche mediante scambio di informazioni, per agevolare l'esercizio delle rispettive funzioni». A tal fine «le Autorità non possono reciprocamente opporsi il segreto d'ufficio». Sulla necessità di un costante coordinamento fra le diverse autorità di vigilanza dei mercati finanziari, cfr. D. Siclari, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 45 e ss.

Banca d'Italia dovranno essere improntati a canoni di proporzionalità (preambolo); ii) l'autorità di vigilanza dovrà definire ogni anno un programma degli atti normativi per l'anno successivo (art 2)<sup>3</sup>; iii) tali atti saranno accompagnati da un'analisi d'impatto della regolamentazione (art. 3); iv) le scelte regolatorie operate dovranno essere anticipate da un'accurata consultazione di tutti i soggetti interessati e conseguentemente motivate (artt. 4 - 6); v) le stesse verranno assoggettate ad una revisione periodica volta ad adattarne le previsioni alla sempre più rapida evoluzione delle condizioni di mercato e agli interessi dei risparmiatori (art. 7).

Nel presente contributo si analizzeranno criticamente le più significative previsioni della nuova disciplina, che adatta il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa all'esercizio della funzione di vigilanza bancaria e si ispira al tipico schema procedimentale del *notice and comment* statunitense, promuovendo inoltre l'utilizzo dell'analisi di impatto regolamentare, strumento noto al nostro ordinamento giuridico ma sinora scarsamente utilizzato sia a livello governativo, che da parte delle amministrazioni indipendenti.

### **L'ambito di applicazione del nuovo regolamento**

Il primo e secondo comma dell'art. 1 circoscrivono l'ambito di applicazione della nuova normativa che - fatti salvi i casi di deroga giustificati da ragioni di necessità, urgenza e riservatezza di cui all'art. 8 - disciplina l'adozione dei provvedimenti di natura normativa o a contenuto generale approvati dalla Banca d'Italia nell'esercizio della (sola) funzione di vigilanza bancaria e finanziaria<sup>4</sup>, oltre che l'emanazione degli atti con i quali la stessa esercita il proprio potere di proposta rispetto alle deliberazioni del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio<sup>5</sup>. Tali previsioni riprendono e attuano

---

<sup>3</sup> L'art. 2 prevede che la programmazione circa l'attività normativa dell'autorità di vigilanza sia resa nota per favorire la trasparenza dell'attività di Banca d'Italia. In particolare, nel documento di programmazione si indicano l'oggetto degli atti normativi da adottare ed il grado di priorità ad essi assegnato. Da segnalare che anche la Consob prevede di adottare, entro il 31 dicembre di ogni anno, un documento di programmazione volto a definire il piano dell'attività regolatoria prevista (art. 2 bozza di regolamento per l'adozione degli atti di regolazione generale da parte della Consob del 25 gennaio 2010).

<sup>4</sup> Ai sensi del Testo Unico Bancario la funzione di vigilanza viene esercitata «avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e competitività del sistema finanziario, nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia».

<sup>5</sup> Art. 4, c. 1, decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 (Testo

fedelmente il disposto di cui all'art. 23 della legge sul risparmio, mentre il successivo quinto comma - invero al di là di quanto strettamente richiesto dal legislatore - dispone che la Banca d'Italia tiene conto dei principi di partecipazione, proporzionalità e consultazione anche nello svolgimento delle attività di collaborazione e cooperazione nazionale ed internazionale finalizzate all'esercizio della funzione di vigilanza.

In altri termini, si prevede che le relazioni prodromiche al concreto esercizio della funzione regolamentare siano in linea di principio improntate agli stessi canoni e principi della funzione medesima, così da creare una coerenza di impostazione metodologica fra l'approccio alle problematiche del sistema finanziario e le concrete elaborazioni delle relative soluzioni regolatorie. Trattandosi peraltro di una scelta non strettamente imposta dal legislatore, l'estensione dei principi partecipativi alle relazioni istituzionali della Banca d'Italia è rimessa alla discrezionalità amministrativa di quest'ultima, che dovrà a tal fine attenersi a canoni di proporzionalità e all'obiettivo di raggiungere un "*efficace ed efficiente perseguimento delle finalità di vigilanza*"<sup>6</sup>, bilanciando di volta in volta l'interesse alla trasparenza e alla partecipazione "pre-procedimentale" degli interessati con quello, inevitabilmente contrapposto, ad un rapido ed efficace svolgimento della propria attività.

Rimangono per contro esclusi dall'ambito di applicazione del nuovo regolamento: i) gli atti normativi adottati nell'esercizio di funzioni diverse da quelle di vigilanza; ii) i pareri e le valutazioni formulati in relazione agli atti normativi di altre autorità; iii) gli atti aventi natura interpretativa o applicativa privi di carattere innovativo; iv) gli atti di organizzazione interna; v) i regolamenti adottati ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Le esenzioni citate - presenti con i necessari adattamenti anche nell'omologa bozza di regolamento per l'adozione degli atti di regolazione della Consob<sup>7</sup> - trovano la propria giustificazione

---

unico bancario), a mente del quale «la Banca d'Italia, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, formula le proposte per le deliberazioni di competenza del Cicr previste nei titoli II e III e nell'art. 107».

<sup>6</sup> Documento per la consultazione sul Regolamento di attuazione dell'art. 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, in materia di "*Procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali*", punto 2, 3.

<sup>7</sup> Pubblicata in data 25 gennaio 2010. Più sfumata, invece, la serie di esenzioni di cui allo Schema di regolamento n. 28/2008 sull'applicazione dell'art. 23 l. n. 262/2005 in materia di procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali dell'ISVAP.

nell'esigenza di non condizionare, rispetto ad ambiti non strettamente connessi con la funzione di vigilanza, l'ampia indipendenza che, nonostante la non trascurabile erosione dell'ambito di autonomia della banca centrale operato con la riforma legislativa del 2005, continua a caratterizzare la Banca d'Italia<sup>8</sup>. Allo stesso tempo, non si sono giustamente voluti estendere i diritti di partecipazione dei singoli ed i connessi oneri di consultazione a carico dell'autorità di vigilanza ai rapporti che quest'ultima intrattiene con le altre autorità di controllo dei mercati finanziari<sup>9</sup>. La regolamentazione di tali relazioni - fortemente incentivate dall'art. 21 della legge sul risparmio e non scevre da una forte componente di politicità - non sembra infatti poter essere assoggettata a "procedure partecipate" di consultazione e viene quindi demandata alla stipula di appositi protocolli d'intesa<sup>10</sup> fra le diverse *authorities* coinvolte (un analogo rinvio ad appositi atti di concertazione fra le autorità di vigilanza dei mercati finanziari è stato peraltro previsto anche dalla Consob<sup>11</sup>).

### Analisi di impatto della regolamentazione

L'art. 3 ("analisi di impatto della regolamentazione") dispone che, in relazione a ciascun atto normativo, «è condotta l'analisi dei fallimenti di mercato e regolamentari e sono individuate una o più opzioni regolamentari dirette a realizzare le finalità generali e gli obiettivi specifici della vigilanza». In particolare, si prevede che l'analisi di impatto (di seguito "Air") si focalizzi sull'individuazione e misurazione dei possibili effetti dei provvedimenti adot-

tati in termini di costi-benefici, al fine di individuare, tra quelle possibili, le soluzioni più efficienti per i soggetti vigilati e per i risparmiatori in relazione alle finalità di vigilanza perseguite.

Viene inoltre contemplata la duplice ipotesi per cui, all'esito dell'analisi, si decida di non porre in essere interventi regolamentari in ragione della sufficienza delle misure già in vigore (*do nothing option*), oppure di lasciare che il mercato individui soluzioni autonome in via di autoregolazione senza alcun intervento esogeno (*market solution*)<sup>12</sup>. Infine, l'art. 3 prevede che l'Air potrà essere omessa nel caso in cui la normativa secondaria da emanarsi sia necessaria per recepire norme sovraordinate che non lasciano al regolatore di settore apprezzabili margini di discrezionalità o qualora, secondo un giudizio prognostico dell'autorità di vigilanza, si ritenga che l'intervento normativo o regolamentare programmato non comporti significativi costi aggiuntivi per i destinatari delle norme.

L'art. 3 promuove l'utilizzo di uno strumento che, nonostante sia stato introdotto nell'ordinamento italiano da oltre un decennio sulla scorta degli autorevoli studi e approfondimenti istituzionali susseguiti al noto rapporto Giannini<sup>13</sup>, non si è ancora mostrato effettivo, né di largo impiego<sup>14</sup>. Infatti, anche in ragione del notevole ritardo con cui il governo ha adottato il corrispondente regolamento attuativo, l'Air non è stata sino ad oggi utilizzata in maniera

<sup>8</sup> In materia, si vedano G. Della Cananea, Una riforma perversa: l'autonomia della Banca d'Italia e la l. 262/2005, in *Il diritto dell'economia*, 2007, 205 e ss. e, dello stesso autore, L'autonomia della Banca d'Italia dopo la 'riforma' del 2005, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 785 e ss., oltre che P. Ferro-Luzzi, Cosa è la Banca d'Italia, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2007, 264 e ss.

<sup>9</sup> Sul punto, L. Torchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992; in merito alla funzione di vigilanza pubblica sui mercati finanziari e sul sistema nazionale del credito, esercitata in via complementare da Banca d'Italia, Consob e Isvap, si veda S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Napoli, 2008, 167 e ss. (cap. VI).

<sup>10</sup> Lo strumento dell'accordo fra la Banca d'Italia ed altre autorità indipendenti non è nuovo, come dimostra, per esempio, il risalente «Accordo tra l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e la banca d'Italia, in merito alle procedure di applicazione dell'art. 20 legge 10 ottobre 1990 n. 287», in *Bollettino Agcm*, n. 10, 1996, 123, finalizzato a coordinare le competenze (trasversali) dell'Agcm e (settoriali) della Banca d'Italia con riferimento ai procedimenti di attuazione della legislazione antitrust in ambito bancario.

<sup>11</sup> Cfr. art. 9 bozza di regolamento per l'adozione degli atti di regolazione generale da parte della Consob del 25 gennaio 2010.

<sup>12</sup> In riferimento alla possibilità di ricorrere alla cd. *market solution*, si osserva che la recente crisi finanziaria globale ha messo in luce i limiti delle teorie sull'autoregolazione efficiente dei mercati. Per quanto possa sembrare pleonastico, appare quindi opportuno ribadire che il ricorso alla *market self regulation* appare oggi sostenibile solo con riferimento a specifici e secondari profili degli assetti di mercato, mentre le scelte di fondo e le condotte di maggior rilievo intraprese dagli operatori di settore sembrano ancora necessitare di un controllo pubblicistico (certo di intensità variabile e modulabile caso per caso) da parte di apposite autorità di vigilanza nazionali ed internazionali. Al riguardo, cfr. M. D'Alberti, *Poteri pubblici mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, 116 e ss., che già in tempi non sospetti osservava come alcune organizzazioni internazionali, pur nate sulla base di uno spirito keynesiano, abbiano successivamente favorito una progressiva e per molti versi inopinata *deregulation*, funzionale al riaffermarsi di una moderna *lex mercatoria* e al prodursi di effetti sfavorevoli per la stabilità dei mercati finanziari e per gli interessi dei risparmiatori.

<sup>13</sup> Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato, presentato al Parlamento in data 16 marzo 1979 dal Ministro della funzione pubblica Massimo Severo Giannini. In materia, si veda anche la relazione della sottocommissione di studio per la semplificazione delle procedure e la fattibilità delle leggi presieduta da Sabino Cassese e presentata al Parlamento nei giorni 18 giugno 1981 e 18 giugno 1982.

<sup>14</sup> E. Midena, *Analisi di impatto della regolamentazione e analisi tecnico normativa*, in *questa Rivista*, 2001, 85 e ss., che ricostruisce le origini e lo sviluppo dell'analisi di impatto regolatorio nel nostro Paese, proponendo anche diversi riferimenti in chiave comparatistica.

incisiva e frequente dalle amministrazioni nazionali, tanto che l'obbligo di elaborazione delle analisi, dapprima introdotto in via sperimentale<sup>15</sup> e poi in forma definitiva per gli atti normativi del governo e dei singoli ministeri<sup>16</sup>, è stato sinora assolto saltuariamente ed attraverso meri rinvii formali<sup>17</sup>.

Ed invero, nemmeno il disposto dell'art. 12 l. n. 229/2003<sup>18</sup>, che ha esteso alle amministrazioni indipendenti - ivi compresa, secondo una diffusa interpretazione, la Banca d'Italia - l'obbligo di elaborare una preventiva analisi di impatto regolamentare, sembra aver avuto un effettivo riscontro nella prassi, nonostante le singole autorità di settore potessero sembrare tecnicamente meglio attrezzate e culturalmente più inclini all'adozione dello strumento in parola<sup>19</sup>. La previsione di cui all'art. 3 appare quindi rafforzativa dell'obbligo giuridico fissato dall'art. 12 della l. n. 229/2003 e risulta conforme non solo a quanto ulteriormente richiesto dall'art. 23 della legge sul risparmio per le autorità di settore (anche la

bozza di regolamento per l'adozione degli atti regolatori della Consob<sup>20</sup> contiene analoghe, anche se non identiche, previsioni<sup>21</sup>), ma anche agli indirizzi assunti dalle autorità di vigilanza bancaria e finanziaria in sede internazionale<sup>22</sup> e comunitaria<sup>23</sup>.

Ed invero, il provvedimento in commento sembra rispettare pienamente i parametri della *better regulation* comunitaria contenuti nel "modello Lamfalussy" approvato dal Consiglio<sup>24</sup> e nel libro bianco della Commissione europea sulla politica dei servizi finanziari<sup>25</sup> (oltre che nelle linee guida del comitato di vigilanza bancaria - Cebs<sup>26</sup>) per quanto riguarda: i) gli obblighi in materia di analisi di impatto; ii) il coinvolgimento "bottom up" degli *stakeholders* sin dalla fase di programmazione dei nuovi interventi; iii) i tempi e i modi di consultazione dei soggetti interessati (cfr. *infra*)<sup>27</sup>.

E' peraltro interessante osservare come, sotto il pro-

<sup>15</sup> Art. 5, legge 8 marzo 1999, n. 50, recante Delegificazione e testi unici di norme concernenti procedimenti amministrativi - Legge di semplificazione 1998, in G.U. del 9 marzo 1999.

<sup>16</sup> Art. 14, legge 28 novembre 2005, n. 246, recante *Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005*, in G.U. del 1 dicembre 2005.

<sup>17</sup> Introdotto, ad oltre 4 anni dalla formalizzazione dell'obbligo di elaborazione dell'Air, con d.P.C.M., 11 settembre 2008, n. 170, recante *Disciplina attuativa dell'analisi dell'impatto della regolamentazione (Air), ai sensi dell'articolo 14, comma 5, della legge 28 novembre 2005, n. 246*, in G.U. del 3 novembre 2008, la cui recentissima entrata in vigore rende allo stato difficoltoso formulare giudizi attendibili sul grado di effettività del provvedimento medesimo rispetto all'operatività delle amministrazioni nazionali. Sul punto, cfr. A. Natalini, F. Sarpi, *L'insostenibile leggerezza dell'Air*, in *questa Rivista*, 2009, 229 e ss., che osservano come - nonostante il numero delle analisi operate dalle diverse amministrazioni sia aumentato a partire dalla XIV legislatura - l'obbligo di effettuare le stesse sia «stato assolto in modo meramente formale, svuotandolo di ogni contenuto sostanziale».

<sup>18</sup> Art. 12, legge 29 luglio 2003, n. 229, recante *Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione*. - Legge di semplificazione 2001, pubblicata in G.U. del 25 agosto 2003.

<sup>19</sup> Ad oggi, la sola *authority* che ha approvato un'apposita deliberazione volta a disciplinare in termini generali l'utilizzo dell'Air è stata quella per l'energia elettrica e il gas (Aeeg, delibera 3 ottobre 2003, *Introduzione della metodologia AIR*, n. 46), mentre le altre hanno fatto ricorso ad analisi di impatto solo saltuariamente e con riferimento a specifici provvedimenti. Sull'attività regolatoria dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, si veda E. Bruti Liberati, *La regolazione dei mercati energetici tra l'Autorità per l'energia elettrica e il gas e il governo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 435. La Banca d'Italia ha sinora prodotto una singola Air in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari a fronte di molteplici provvedimenti secondari emanati ed un documento di consultazione in materia di "Disposizioni di vigilanza sulle partecipazioni detenibili dalle banche e dai gruppi bancari", risalente al dicembre 2009, cui dovrebbe verosimilmente seguire un'apposita Air.

<sup>20</sup> Pubblicata il 25 gennaio 2010 (fonte Osservatorio sull'analisi di impatto della regolazione, [www.osservatorioair.it](http://www.osservatorioair.it)).

<sup>21</sup> In particolare, il documento di consultazione promosso dalla Consob richiama congiuntamente, all'art. 3, l'obbligo di realizzare le Air ed il principio di proporzionalità (il regolamento di Banca d'Italia prevede due distinti articoli), sottolineando implicitamente il legame tra lo strumento tecnico dell'analisi di impatto e il principio di proporzionalità. In dottrina, si vedano le osservazioni di M. Clarich, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2003, 91 e ss., per cui la proporzionalità ed adeguatezza degli interventi regolativi possono essere favorite dall'utilizzo dell'Air.

<sup>22</sup> Ove viene da tempo sottolineata l'importanza di una regolazione di qualità quale fattore primario di competitività e crescita economica.

<sup>23</sup> Anche in passato erano comunque in uso presso la Banca d'Italia prassi e modi operativi implicanti percorsi logici e metodologie simili all'Air e finalizzati a valutare l'impatto delle scelte regolatorie operate dalla Banca centrale sui mercati interessati. Quanto al metodo per la redazione dell'Air, si veda F. Cannata, M. Quagliarello, *Analisi di impatto della regolamentazione bancaria: metodologie e applicazioni*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2007, 161 e ss.. Il ruolo delle istituzioni finanziarie internazionali viene analizzato da M. Draghi, *Le istituzioni finanziarie internazionali nell'economia mondiale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 791 e ss..

<sup>24</sup> Approvato dal Consiglio di Stoccolma del 23 marzo 2001 e finalizzato ad estendere i principi della *better regulation* e della consultazione degli *stakeholders* agli interventi normativi riguardanti i mercati finanziari.

<sup>25</sup> *Libro bianco sulla politica dei servizi finanziari per il quinquennio 2005-2010*, ove la Commissione europea ha sottolineato che l'implementazione delle norme volte a realizzare il mercato unico dei servizi finanziari dovrebbe perseguire la razionalizzazione delle regole vigenti in un'ottica di minimizzazione dei costi a carico dei soggetti regolati.

<sup>26</sup> Cesr, Cebs e Ceiops, *Impact Assessment Guidelines for EU Level 3 Committees*, aprile 2008.

<sup>27</sup> S. Moretini, *L'Air nelle autorità indipendenti italiane: il triplice ruolo svolto dalla Comunità europea*, Osservatorio sull'analisi di impatto della regolazione, [www.osservatorioair.it](http://www.osservatorioair.it), gennaio 2010.

filo organizzativo, l'intento di utilizzare con maggiore frequenza e regolarità l'Air risulta confermato anche dalla recente istituzione, all'interno dell'area vigilanza bancaria e finanziaria della Banca d'Italia, di un'unità specialistica posta in posizione di terzietà ed indipendenza rispetto alle divisioni normative, specificamente delegata ad analizzare le conseguenze dei provvedimenti regolatori sugli utenti dei servizi bancari e sugli operatori di settore, il che sembrerebbe sintomatico dell'effettiva volontà di investire sul perseguimento di una regolazione qualitativamente migliore<sup>28</sup>.

Se appare acclarata la volontà dell'autorità di vigilanza di utilizzare più frequentemente e con maggior profitto l'analisi di impatto, risulta per contro meno chiaro come tali analisi debbano essere condotte, giacché l'art. 3 contiene soltanto uno stringato riferimento alla necessità di effettuare una valutazione in termini di costi e benefici delle opzioni regolatorie in relazione alle finalità perseguite, senza fornire ulteriori specificazioni, per le quali si rinvia all'emanazione dei "criteri generali delle analisi di impatto"<sup>29</sup>, alla cui futura pubblicazione l'art. 10 subordina l'efficacia delle previsioni in materia di analisi d'impatto della regolamentazione ex art. 3. E' comunque ragionevole attendersi che tali criteri riprenderanno, con alcuni adeguamenti, la metodologia seguita dall'autorità di vigilanza nell'elaborazione della prima ed unica analisi di impatto sinora prodotta in relazione alla disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari (luglio 2009)<sup>30</sup>.

## Principio di proporzionalità

<sup>28</sup> Banca d'Italia, Documento per la consultazione allo schema del regolamento di attuazione dell'art. 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, in materia di "procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali", reperibile attraverso il sito web della Banca d'Italia ([www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it)).

<sup>29</sup> Un'accurata analisi circa i possibili costi (non solo monetari) e benefici della regolazione in ambito bancario viene fornita da F. Cannata, M. Quagliarello, *Analisi di impatto della regolamentazione bancaria: metodologie e applicazioni*, op. cit., 167 e ss. In materia, cfr. anche A. Arcuri, R. Van Den Bergh, *Metodologie di valutazione dell'impatto della regolamentazione: il ruolo dell'analisi costi benefici*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2001, 223 e ss..

<sup>30</sup> Ove la Banca d'Italia ha cercato di valutare sotto il profilo qualitativo e, per quanto possibile, quantitativo: i) i costi diretti e indiretti determinati dalla nuova regolazione a carico dell'autorità di vigilanza; ii) i costi diretti e indiretti a carico dei soggetti vigilati (con particolare riferimento ai costi di *compliance*); iii) i generali costi di sistema; iv) i benefici diretti e indiretti per gli operatori di settore e per l'utente finale. In materia, si veda l'analisi di S. Salvi, *L'Air nella banca d'Italia, Osservatorio sull'analisi di impatto della regolazione*, [www.osservatorioair.it](http://www.osservatorioair.it), settembre 2009.

L'attività regolatoria della Banca d'Italia dovrà informarsi al principio di proporzionalità<sup>31</sup> che, rispetto all'esercizio della funzione di regolazione in ambito bancario, sembra poter assumere tre significati diversi e distinti, cui sono riconducibili altrettante utilità funzionali.

In primo luogo, ed in relazione alla fase che precede l'emanazione dei singoli provvedimenti, l'autorità di vigilanza dovrà conformare il proprio operato a canoni di proporzionalità nell'impiego del tempo e delle risorse necessari per l'elaborazione della analisi di impatto regolamentare richieste dal regolamento medesimo e, più in generale, per l'approvazione dei singoli provvedimenti regolatori. L'Air, infatti, deve essere utilizzata solo nei casi in cui ciò risulti effettivamente utile, mentre la stessa dovrà essere omessa qualora l'intervento "non comporti apprezzabili costi addizionali per i destinatari delle norme". In altri termini, le scelte relative a profili secondari della normativa bancaria o dotati di scarsa incidenza sull'assetto di mercato e sull'operatività dei soggetti interessati, potranno essere esentate dall'obbligo di ricorrere ad una preventiva Air, in ossequio a quella che il regolamento definisce in termini economici l'esigenza di "efficienza del sistema economico e dell'attività di supervisione"<sup>32</sup>.

In secondo luogo, e con riferimento allo specifico contenuto dei provvedimenti di regolazione, il principio di proporzionalità va inteso nel senso comunemente individuato dalla giurisprudenza comunitaria<sup>33</sup> e nazionale in riferimento all'attività dell'amministrazione, ovvero come canone di adeguatezza e corrispondenza logica fra il contenuto dei provvedimenti regolatori (il mezzo utilizzato) e

<sup>31</sup> Cui si richiamano l'art. 23 della legge sul risparmio e il preambolo del nuovo regolamento. In materia, si vedano tra gli altri J. Schwarze, *The Principle of Proportionality and the Principle of Impartiality in European Administrative Law*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 53 e ss.; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D. Urania Galetta, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento* (nota a Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087), in *questa Rivista*, 2006, 1106 e ss.; si segnala anche la specifica trattazione contenuta nel recente lavoro di A. Simonati, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Padova, 2009, 191-211.

<sup>32</sup> E che - a ben vedere e per esprimere i medesimi concetti facendo ricorso a principi codificati - finisce per rispondere ai tradizionali e ben noti canoni di buon andamento, economicità ed adeguatezza dell'attività amministrativa

<sup>33</sup> Si vedano *ex pluribus* Corte di Giustizia, sentenza del 23 ottobre 2007, C-112/05, *Commissione contro Germania*, in *Raccolta* 2007, I-08995 e Corte di Giustizia, sentenza dell'11 luglio 2002, C-210/00, *Käserei Champignon Hofmeister GmbH & Co. KG contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, in *Raccolta* 2002, I-06453.

le concrete finalità che tali provvedimenti perseguono (il risultato perseguito), con il minor sacrificio possibile per gli operatori di settore (l'interesse particolare inciso)<sup>34</sup>. Infine, il canone di proporzionalità dovrà informare anche la concreta attuazione dei singoli provvedimenti, così da garantire che la funzione di vigilanza, lungi dal risultare monolitica e avulsa dallo specifico contesto in cui viene esercitata, sia condotta attraverso controlli di intensità variabile e parametrati sull'effettiva rischiosità dei singoli soggetti vigilati<sup>35</sup>.

### Consultazione e partecipazione degli attori interessati

L'art. 4 disciplina tempi e modi della consultazione con cui l'autorità di vigilanza bancaria porta all'attenzione dei destinatari della normativa, dei risparmiatori e delle altre categorie eventualmente interessate le ipotesi di regolamentazione da adottare (al riguardo, sembra interessante segnalare che la disciplina della consultazione è ampiamente convergente rispetto a quelle di cui alle bozze di regolamento d'attuazione dell'art. 23 l. n. 262/2005 emanate dalla Consob, dall'Isvap e dalla Covip, su cui *infra*<sup>36</sup>).

In particolare, il comma secondo prevede che la consultazione pubblica<sup>37</sup> avvenga mediante pubblicazione sul sito internet della Banca d'Italia di un

documento di consultazione nel quale sono illustrate una o più ipotesi di provvedimento, “*così come individuate all'esito dell'analisi di cui all'articolo 3, unitamente ai risultati delle valutazioni di impatto fino a quel momento condotte*”. L'avvenuta pubblicazione via web del documento di consultazione e della relativa Air sarà comunicata alle associazioni rappresentative degli intermediari finanziari e dei consumatori<sup>38</sup>, potendosi quindi inferire che i soggetti direttamente interessati dalla funzione regolatoria della banca centrale godono di un interesse rafforzato alla partecipazione, che trova un concreto riscontro formale nella notifica individuale del progetto di provvedimento e del relativo documento di consultazione.

Il medesimo documento disciplina le modalità e i termini di trasmissione dei commenti alla versione preliminare di provvedimento da parte di tutti gli *stakeholders*, mentre la fase di consultazione potrà essere integrata, se ritenuto opportuno, anche da *panel* consultivi appositamente istituiti dalla Banca d'Italia congiuntamente alle associazioni di categoria, al fine di conseguire benefici dall'*expertise* dei soggetti coinvolti in termini di completezza dell'analisi sulle diverse questioni regolamentari da affrontare (art. 5).

Lo schema illustrato appare chiaramente ispirato al meccanismo del *notice and comment*, che informa i procedimenti di *rulemaking* condotti dalle *independent agencies* statunitensi<sup>39</sup> e riprende sostanzialmente le modalità di consultazione di tutti i soggetti interessati già adottate nel nostro ordinamento, seppur con accenti e sfumature variabili, da diverse autorità dotate di funzioni regolatorie<sup>40</sup>.

E' evidente che il ricorso alla consultazione pubblica implica l'utilizzo di un modello procedimentale più impegnativo e qualitativamente distinto rispetto a quello previsto dalla l. n. 241/1990, dacché - soprattutto con riferimento alla regolazione nel settore bancario, dove i soggetti interessati sono poten-

<sup>34</sup> Declinata in questa prospettiva, la proporzionalità dovrà guidare l'attività dell'autorità di vigilanza nella fase di selezione delle diverse opzioni regolatorie che precede l'emanazione dei relativi provvedimenti, in modo da favorire una regolazione di maggior qualità, che si adatti agli obiettivi di volta in volta perseguiti e che non sacrifichi indebitamente l'autonomia e libertà degli intermediari finanziari vigilati.

<sup>35</sup> Secondo una logica seguita da tempo dalla Banca d'Italia, che già nelle recenti *Disposizioni in materia di organizzazione e governo societario delle banche*, del 4 marzo 2008 (con commento di R. Costi, F. Vella, *Banche governo societario e funzioni di vigilanza*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, 62, 2008) ha sottolineato come l'applicazione della normativa di vigilanza riguardante il governo societario degli intermediari finanziari debba essere calibrata “*sulle caratteristiche organizzative e operative delle diverse tipologie di banche*”, in ossequio a canoni di proporzionalità ed adeguatezza della funzione di vigilanza (punto 2).

<sup>36</sup> L'art. 4 della bozza di regolamento del 25 gennaio 2010 disciplina in termini analoghi la pubblicazione, da parte della Consob, dello schema di atto regolatorio e della relativa AIR, oltre che le modalità ed i termini per presentare le osservazioni da parte dei soggetti interessati ed i modi di pubblicazione delle osservazioni medesime. Del tutto simili sono anche le previsioni di cui agli artt. 5 e ss. dello schema di regolamento n. 28/2008 in materia di procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali dell'Isvap e quelle di cui all'art. 3 dell'omologa bozza di regolamento Covip.

<sup>37</sup> Necessariamente di durata non inferiore a sessanta giorni, abbreviabile per esigenze motivate e reiterabile prima dell'emanazione dell'atto.

<sup>38</sup> Individuate secondo le previsioni degli artt. 136 e ss. del codice del consumo.

<sup>39</sup> Paragrafo 553 Apa.

<sup>40</sup> Meccanismi di consultazione analoghi sono utilizzati dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, oltre che dall'Agcom, come osserva M. Ramajoli, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, relazione presentata al convegno “*La regolazione dei servizi di interesse economico generale*”, organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri e tenutosi a Firenze il 6 novembre 2009, reperibile attraverso il sito web [www.giust-amm.it](http://www.giust-amm.it). Per E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2004, 679 e ss., invece, sarebbero molto meno sviluppate le procedure di consultazione rispetto ai provvedimenti dell'Isvap e del Garante per la protezione dei dati personali.



zialmente molti e gli interessi sostanziali di rilievo primario - il tradizionale diritto di accesso e la possibilità di presentare memorie e documenti risulterebbero del tutto inadeguati ed ineffettivi per il privato che voglia partecipare al procedimento, oltre che antieconomici per l'autorità amministrativa procedente.

Ciò conferma la crescente attenzione per gli aspetti procedurali della regolazione, che viene oggi in rilievo non solo come "prodotto" dell'intervento del regolatore sull'assetto di un determinato mercato, ma anche come "processo" dotato di una propria autonomia concettuale e di principi ordinanti peculiari ed autonomi, ancorché coerenti con quelli che informano generalmente il procedimento amministrativo<sup>41</sup>. E del resto, la tendenza a predisporre tutele particolari e sequenze procedimentali composite nell'ambito di procedimenti preordinati all'emanazione di provvedimenti generali ad alto contenuto tecnico e suscettibili di incidere su interessi economici di rilievo è nota da tempo alla scienza del diritto amministrativo<sup>42</sup> e trova diffuso riscontro anche in altri ordinamenti giuridici<sup>43</sup>.

Ciò premesso, è qui necessario richiamare le ragioni di fondo alla base della predisposizione di una sequenza procedimentale volta a valorizzare il più possibile la partecipazione alla funzione di *rule making* dei diversi soggetti interessati, che possono potenzialmente incidere sul processo decisionale di Banca d'Italia e, in ogni caso, gravare quest'ultima

di uno speciale onere motivazionale nel caso in cui le osservazioni formulate non vengano recepite. Al riguardo emerge innanzitutto che la particolare attenzione per gli aspetti procedurali continua a costituire una, seppur parziale ed indiretta, risposta al sempre attuale interrogativo circa la collocazione nel panorama costituzionale di autorità indipendenti dotate del potere di individuare - nell'ambito di un quadro generale predisposto dal legislatore - le concrete regole di comportamento, gli obblighi e i divieti che si impongono agli operatori economici attivi in un determinato mercato.

Infatti, se da un lato risulta un dato ormai acquisto che alcune amministrazioni indipendenti siano legittimamente dotate di poteri para-normativi per l'individuazione delle regole di dettaglio nei propri settori di operatività, dall'altro dottrina e giurisprudenza hanno individuato in questa tendenza una progressiva perdita di valore della "legalità sostanziale", che deve essere controbilanciata dal rafforzamento di una "legalità procedurale" particolarmente attenta al contraddittorio, quasi che i limiti dei regolatori sul terreno della democrazia rappresentativa possano essere compensati da un recupero di legittimazione in termini di democrazia partecipativa, attraverso la "forza legittimante del procedimento"<sup>44</sup>. Sotto altro e diverso profilo, la partecipazione è preordinata allo scopo collaborativo<sup>45</sup> di garantire uno scambio di conoscenza ed informazioni fra gli operatori economici - che possono rappresentare e tutelare i propri interessi all'interno del procedimento, legittimando ulteriormente il provvedimento finale<sup>46</sup> - e le autorità di settore in mercati caratterizzati da notevoli asimmetrie informative fra regolati e regolatori, nell'ambito di quello che è stato felicemente definito uno schema di "*giochi variabili che espone tutti, regolatori e regolati, ad un mercato degli argomenti e delle influenze*"<sup>47</sup>.

## L'obbligo di motivazione

L'art. 6 prevede che gli atti normativi o a contenuto

<sup>41</sup> Sul punto cfr. E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, op. cit., 679 e ss., che rileva come alla funzione regolativa siano applicabili con profitto i principi generali del diritto amministrativo europeo, primo fra tutti quello di proporzionalità.

<sup>42</sup> Al riguardo, è quindi individuabile un rapporto di proporzionalità diretta fra la rilevanza degli interessi in gioco (in questo caso quello alla stabilità del sistema nazionale del credito e alla tutela dei risparmiatori) e la complessità della disciplina procedurale regolatrice della funzione amministrativa che di tali interessi dispone, come rilevato a suo tempo da M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, 885.

<sup>43</sup> Si pensi agli Stati Uniti, un sistema giuridico paradigmatico rispetto alla regolazione dei mercati, dove l'universale schema del *notice and comment* previsto dall'*Administrative Procedure Act* del 1946 viene rafforzato dagli *statutes* istitutivi delle singole agenzie di settore, che predispongono garanzie procedurali e di partecipazione maggiori rispetto a quelle già considerevoli e particolarmente garantistiche individuate dalla legge sul procedimento amministrativo. Sul punto, cfr. B. Marchetti, *Pubblica amministrazione e corti negli Stati Uniti: il judicial review sulle administrative agencies*, Padova, 2005 e D. Ellis Jr., *Legislative Powers: FTC Rulemaking*, in K. W. CLARKSON, T. J. MURRIS (a cura di), *The Federal Trade Commission since 1970*, Cambridge University Press, 1981, 162 e ss., ove l'autore osserva come, per l'esercizio della funzione di *rulemaking*, il Congresso abbia imposto alla *Federal Trade Commission* una serie di adempimenti procedurali molto stringenti che si collocano ben oltre quanto richiesto dalla procedura di "*notice and comment*" prevista dall'Apa.

<sup>44</sup> *Ex pluribus*, si rinvia a M. Clarich, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, in *Quaderni del Consiglio di Stato*, Torino, 1999, 9 e ss.

<sup>45</sup> Sul quale si veda il saggio di S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Archivio giuridico*, 1970, 25 e ss.

<sup>46</sup> In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5105, ove il giudice amministrativo ha affermato che la partecipazione procedimentale garantita a tutti i soggetti interessati ha lo scopo di assicurare, in coerenza con le specifiche discipline di settore, la corretta ed imparziale acquisizione degli interessi privati interessati dall'esercizio del potere regolatorio.

<sup>47</sup> S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2002, 265 e ss.

generale emanati dalla Banca d'Italia dovranno essere accompagnati da una relazione nella quale sono espone le motivazioni circa le singole scelte operate, le valutazioni sui commenti ricevuti durante la fase di consultazione ed i risultati dell'analisi di impatto regolamentare effettuata. Tali commenti sono pubblicati sul sito internet della Banca d'Italia, fatta salva la possibilità che i partecipanti alla consultazione richiedano, per ragioni di riservatezza, di non renderne pubblico il contenuto o di procedere alla pubblicazione in forma anonima

E' evidente che l'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 si pone ben al di là di quanto disposto dagli artt. 3 e 13 della l. n. 241/1990, a mente dei quali gli atti a contenuto generale e normativo sono esentati dall'obbligo di motivazione sul presupposto che gli stessi non lederebbero direttamente gli interessi del singolo<sup>48</sup>. Ciò non integra una novità in senso assoluto, dato che la regola circa la non necessità della motivazione degli atti a contenuto generale conosce da tempo alcune rilevanti eccezioni, ma offre ugualmente l'opportunità di svolgere una serie di considerazioni al riguardo<sup>49</sup>.

Un primo dato di rilievo emerge dalla previsione per cui, secondo il tenore letterale della norma, la motivazione delle scelte regolatorie sembra essere strettamente vincolata alla valutazione delle osservazioni dei privati, il che porta ad escludere la sufficienza di una motivazione-preambolo (*rectius* di una motivazione in senso ampio<sup>50</sup>) basata su una serie di considerando preventivi riferiti ai presupposti

del provvedere<sup>51</sup>, richiedendosi piuttosto che le scelte regolatorie dell'autorità di vigilanza bancaria siano corredate da una puntuale relazione motivata specificamente orientata sulle risultanze del processo di consultazione dei soggetti interessati.

Sotto questo profilo, la motivazione del provvedimento è preordinata alla finalità "inclusiva" di permettere e garantire il controllo individuale e l'effettiva partecipazione del singolo al processo decisionale preordinato alla definitiva approvazione degli atti regolatori da parte della Banca d'Italia. L'obbligo motivazionale in parola sembra quindi porsi in relazione di piena complementarietà funzionale con le garanzie di partecipazione e consultazione di cui si è dato conto nel paragrafo precedente, nella misura in cui la motivazione rafforza le tutele procedimentali concesse al singolo, contribuendo a legittimare ulteriormente la decisione finale dal regolatore rispetto ai soggetti che da tale decisione saranno vincolati<sup>52</sup>. Se è infatti vero che le osservazioni proposte dal privato non possono in alcun modo vincolare la decisione finale dell'autorità di settore, è altrettanto vero che l'obbligo di motivarne specificamente il mancato accoglimento impegna l'autorità di vigilanza a considerare con particolare attenzione tutte le istanze private, rendendo con ciò stesso maggiormente incisiva la partecipazione del singolo.

Ed invero, sul punto, la giurisprudenza ha precisato che l'intervento degli interessati nel corso di procedimenti preordinati all'emanazione di atti regolatori non ha una funzione meramente collaborativa o simbolica, giacché, pur non essendo necessaria una puntuale replica ad ogni osservazione pervenuta, l'autorità procedente "è tenuta indicare la finalità dell'intervento regolatorio e a motivare la propria decisione finale anche con riguardo alle osservazioni presentate [...] soprattutto in quei casi in cui vengano contestati i presupposti dell'azione regolatoria"<sup>53</sup>.

---

<sup>48</sup> Sul punto, si veda G. Della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, 275, che osserva come l'ambito di operatività delle dispense sancite dagli artt. 3 e 13 sia il medesimo, il che dimostrerebbe la mancanza di autonomia della categoria degli atti di pianificazione e programmazione rispetto agli atti amministrativi generali o agli atti normativi. Al riguardo cfr. anche E. Cannada Bartoli, *In tema di motivazione di atti a contenuto generale*, in *Foro amm.*, 1995, 1090 e ss.

<sup>49</sup> In particolare, la giurisprudenza richiede da tempo che le varianti ai piani urbanistici generali siano adeguatamente motivate nel caso in cui incidano sfavorevolmente su situazioni soggettive assistite da legittimo affidamento. Sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali al di là di quanto generalmente previsto dagli artt. 3 e 13 della l. n. 241/1990, si veda il recente contributo di M. Cocconi, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 707 e ss. In materia, cfr. anche il disposto dall'art. 8, comma sesto, della convenzione di Aarhus, che prevede un'adeguata esposizione delle ragioni e dei presupposti che giustificano le decisioni in materia ambientale.

<sup>50</sup> La distinzione fra motivazione in senso ampio, altrimenti detta "giustificazione", e motivazione in senso stretto è stata sottolineata a più riprese da M. S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, 321 e ripresa di recente anche da G. Della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, op. cit., 275 e ss.

---

<sup>51</sup> Tipica, per esempio, degli atti normativi comunitari.

<sup>52</sup> Su come la motivazione sia l'elemento del provvedimento che consente di passare dal piano meramente formale, a quello sostanziale e concreto dell'agire amministrativo, si vedano le considerazioni di R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 245 e ss. Il ruolo legittimante della motivazione è stato sottolineato da A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi*, Milano, 1987, che analizza l'istituto riferendosi ai principi e ai concetti elaborati dalla nuova retorica di Chaim Perelmam, con particolare riferimento alla relazione fra argomentazione ed uditorio.

<sup>53</sup> Cons. Stato, sez. VI, 24 ottobre 2006, n. 7972, con nota di S. Screpanti, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle autorità indipendenti*, in questa *Rivista*, 2007, 377 e ss. In senso conforme, cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007; Cons. Stato, 20 aprile 2006, n. 2201 e, ancora, Cons.

Per altro verso, il disposto dell'art. 3 circa l'obbligo motivazionale in capo alla Banca d'Italia sembra assolvere anche alla tradizionale e classica "funzione difensiva" della motivazione, intesa come elemento del provvedimento necessario a permettere - posto che un controllo di tipo politico è o dovrebbe essere ontologicamente escluso dalla natura "indipendente" del regolatore - un effettivo sindacato giurisdizionale su provvedimenti a contenuto generale che incidono su specifici interessi dei privati dotati di rilievo costituzionale. Considerato che i provvedimenti regolamentari dell'autorità di vigilanza bancaria sono solitamente soggetti ad un controllo estrinseco e non sostitutivo<sup>54</sup>, è infatti evidente che il sindacato giurisdizionale sulla logicità e proporzionalità di tali provvedimenti, per essere consistente ed effettivo, dovrà essere condotto non solo sulla razionalità intrinseca delle scelte operate, ma soprattutto sulla congruità della motivazione rispetto alle risultanze della fase istruttoria e partecipativa che accerta i presupposti del provvedimento e in relazione agli obiettivi perseguiti dall'intervento regolatorio<sup>55</sup>.

### Revisione della normativa e analisi di impatto *ex post*

Occorre infine dar conto del disposto dell'art. 7, a mente del quale l'autorità di vigilanza sottopone a

---

Stato, sez. consultiva, 6 febbraio 2006, n. 355. Sul punto si veda anche la recente Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2009, n. 4558, che ha annullato per la mancata consultazione dei soggetti interessati la delibera con cui l'Agcom imponeva ad alcuni operatori telefonici il blocco automatico della chiamate effettuate dagli utenti verso numerazioni per i servizi a prezzi maggior rispetto a quelli normalmente applicati.

<sup>54</sup> Al riguardo si veda l'ampia indagine di E. Galanti, *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, in *Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia*, 2009, 77 e ss., che osserva come, rispetto alla vigilanza bancaria e finanziaria, il giudice amministrativo abbia fatto scarso ricorso alla ctu, tanto che i casi in cui tale mezzo istruttorio è stato utilizzato sembrano essere del tutto eccezionali e comunque giustificati dalla singolarità dei casi concreti o dalla novità della materie oggetto di analisi.

<sup>55</sup> L'impulso ad un sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'autorità di vigilanza bancaria maggiormente effettivo sembrerebbe derivare dall'art. 24, c. 5 della l. n. 262/2005, a mente del quale «non possono essere nominati consulenti tecnici d'ufficio i dipendenti dell'Autorità sul cui atto verte il ricorso, anche se cessati dal servizio». Secondo, E. Galanti, *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, op. cit., 57, la disposizione in parola risulta molto significativa in quanto, per un verso, riconoscerebbe implicitamente il particolare bisogno di disporre una ctu rispetto ai provvedimenti delle autorità di tutela dei mercati finanziari e, per altro verso, si proporrebbe di porre fine ad una prassi - quella di far ricorso, in qualità di consulenti del giudice, a dipendenti delle autorità stesse che abbiano cessato il servizio - originata proprio dalla difficoltà di reperire professionalità altamente specializzate nei settori di competenze delle *authorities* al di fuori delle autorità medesime.

revisione le proprie norme con cadenza almeno triennale per valutarne l'idoneità al conseguimento delle finalità di vigilanza perseguite mentre, in relazione alle regolamentazioni più rilevanti per le quali le analisi di impatto abbiano prodotto esiti molto incerti, si prevede la possibilità di valutare i costi effettivamente sostenuti in seguito all'entrata in vigore delle regole e gli eventuali benefici conseguiti. Si tratta all'evidenza di una norma complementare rispetto a quella di cui all'articolo 3 (obbligo preventivo di eseguire l'Air), che introduce quella che in gergo viene definita l'analisi di impatto *ex post*. Tale analisi è finalizzata alla valutazione in concreto di una specifica scelta regolatoria, al fine di accertarne la bontà e, al limite, l'estendibilità ad altri profili contigui dell'ordinamento del credito, attraverso un'attenta verifica circa l'eventuale sussistenza di errori compiuti nell'elaborazione dell'Air preventiva, permettendo così al regolatore di affinare progressivamente la qualità ed attendibilità delle proprie analisi sulla base degli effettivi riscontri della prassi<sup>56</sup>.

Lo strumento in parola potrebbe inoltre rivelarsi utile per aggiornare la normativa di settore alla sempre più rapida e quasi vorticosa evoluzione dei mercati finanziari, atualizzando periodicamente la normativa secondaria di settore<sup>57</sup> e favorendo al contempo una maggiore *accountability* da parte di Banca d'Italia, dal momento che la stessa darà concretamente conto, sulla base di un'autovalutazione pubblica, dei risultati conseguenti attraverso le scelte regolatorie operate<sup>58</sup>.

### Conclusioni

---

<sup>56</sup> F. Cannata, M. Quagliarello, *Analisi di impatto della regolamentazione bancaria: metodologie e applicazioni*, op. cit., 167 e ss.

<sup>57</sup> Sul punto, si rinvia a R. Chieppa, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle autorità antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1019 e ss. che osserva come, nell'attuale contesto di economia globalizzata, il c.d. "mismatch" tra "tempo giuridico" e "tempo reale" dell'intervento antitrust possa costituire un problema rilevante, dato che le possibili misure correttive dei *market failures* rischiano di giungere "fuori tempo massimo" a causa dei rapidi cambiamenti dell'economia e delle condizioni di mercato. Le stesse considerazioni sono riproposte con riferimento alle autorità di regolazione in R. Chieppa, *Tipologie procedurali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, relazione presentata al convegno "Imparzialità e indipendenza delle Authorities nelle recenti dinamiche istituzionali e amministrative", svoltosi in data 14 dicembre 2005 a Roma presso il Consiglio di Stato e reperibile attraverso il sito web [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>58</sup> Al riguardo, il principale strumento utilizzabile dall'autorità di vigilanza è quello, già sperimentato in passato, del questionario sui costi di *compliance* per gli operatori di settore allegato al documento di consultazione in materia di trasparenza bancaria e finanziaria.

Concludendo questa riflessione, è innanzitutto necessario rilevare che - fatta eccezione per i principi generali di cui all'art. 23 l. n. 262/2005 - la concreta disciplina procedurale delle regolazione in ambito bancario/finanziario viene affidata ad atti normativi secondari ed autonomi elaborati dalle stesse autorità chiamate ad applicarli<sup>59</sup>, con la conseguenza che si sacrifica qualcosa in termini di legalità sostanziale per ottenere una disciplina procedurale più facilmente adattabile ai cambiamenti dell'assetto di mercato corrispondenti all'evolvere del fenomeno economico<sup>60</sup>.

Il provvedimento della Banca d'Italia in commento costituisce il primo regolamento di attuazione dell'art. 23 della legge sul risparmio approvato in via definitiva, mentre Consob, Isvap<sup>61</sup> e Covip<sup>62</sup> hanno sino ad ora predisposto soltanto una bozza di disciplina procedurale offerta in consultazione agli *stakeholders*, senza tuttavia giungere all'approvazione di una versione finale. Rinviando, per una compiuta valutazione comparativa, alla stesura delle versioni definitive dei regolamenti in fase di approvazione, è per il momento possibile osservare che - nonostante alcuni fisiologici tratti di difformità - la disciplina della fase di consultazione prescelta da tutte e quattro le *authorities* sembra convergere in modo significativo sotto diversi aspetti (particolarmente marcate sono le analogie fra la disciplina Consob e quella adottata dalla Banca d'Italia)<sup>63</sup>. Ulteriori profili di analogia sono inoltre

individuabili in merito alla valorizzazione dell'Air, anche se la prassi evidenzia come Banca d'Italia e Consob<sup>64</sup> abbiano già utilizzato tale strumento nel concreto, mentre Isvap e Covip si sono limitate ad attuare procedure di consultazione su bozze di regolamento non corredate da un'apposita analisi di impatto, evidenziando così una minore effettività nel recepimento dell'istituto<sup>65</sup>.

Come detto, la nuova disciplina della regolazione bancaria istituisce un meccanismo di consultazione finalizzato a favorire la partecipazione di tutti i soggetti interessati al procedimento preordinato all'emanazione dei provvedimenti a contenuto normativo o generale, secondo uno schema ispirato al meccanismo statunitense del *notice and comment* e già noto a diverse *authorities* italiane. Tale schema procedimentale è qualitativamente distinto dalle garanzie di partecipazione di cui alla legge n. 241 del 1990, il che dimostra l'autonomia dei principi e degli istituti che informano la regolazione, rispetto ai tradizionali principi ordinanti del procedimento amministrativo<sup>66</sup>. In particolare, con riferimento ai diritti di partecipazione, emerge che le associazioni rappresentative degli operatori di settore e dei consumatori godono di un interesse qualificato alla partecipazione, che si sostanzia in una notifica individuale della bozza dell'atto regolatorio pubblicato sul sito web dell'autorità di vigilanza.

Al riguardo, ci si chiede qui se la notifica individuale non possa essere estesa anche ad altri e diversi soggetti dotati delle competenze tecniche per partecipare fattivamente al processo regolatorio in quanto, se è vero che i soggetti regolati contribuiscono con la propria partecipazione ed *expertise* a ridurre la asimmetrie informative che gravano inevitabilmente sull'autorità di vigilanza, è altrettanto vero che essi perseguono per definizione il proprio interesse utilitaristico di breve periodo, veicolando

---

<sup>59</sup> M. D'Alberty, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. Tesauro, M. D'alberty, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 171 e ss., che auspicava un intervento legislativo finalizzato ad assicurare una comunicazione preventiva degli schemi di atti regolativi da adottarsi ad opera delle diverse *authorities*, suggerendo di prendere a modello la disciplina della funzione di *rulemaking* dettata dall'*Administrative procedure act* americano del 1946.

<sup>60</sup> Sul punto, si veda M. Ramajoli, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, op cit., 16, che osserva come la regolazione sia una disciplina non solo in divenire, ma addirittura in costruire (e potenzialmente in grado di trasformare nel profondo l'idea stessa di funzione amministrativa) finalizzata ad incanalare un processo economico dinamico e tendenzialmente anarchico attraverso regole mirate a creare vincoli e opportunità per i regolati.

<sup>61</sup> Schema di regolamento sull'applicazione dei principi di cui all'art. 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, in materia di procedimenti per l'adozione di atti regolamentari e generali dell'Isvap. Documento di consultazione n. 28/2008, reperibile attraverso il sito web dell'Isvap ([www.isvap.it](http://www.isvap.it)).

<sup>62</sup> Schema di regolamento di attuazione dell'articolo 23 della legge n. 262 del 28 dicembre 2005 concernente i procedimenti per l'adozione di atti di regolazione della Covip, documento di consultazione reperibile attraverso il sito web della Covip ([www.covip.it](http://www.covip.it)).

<sup>63</sup> Tutte le discipline prevedono infatti la pubblicazione di una bozza del provvedimento e di una valutazione circa l'impatto della regolazione sul sito della relativa autorità. La pubblicazio-

---

ne è comunicata ai soggetti interessati, che hanno la possibilità di presentare le proprie osservazioni entro un termine breve, che può variare dai 30 ai 90 giorni.

<sup>64</sup> Delle Air realizzate dalla Banca d'Italia si è già detto, mentre con riferimento alla Consob si segnala l'analisi di impatto in tema di *Disciplina regolamentare di attuazione dell'articolo 2391 bis del codice civile in materia di operazione con parti correlate* (documento di consultazione del 9 aprile 2009). Sul punto, cfr. M. Benedetti, *L'Air nella Commissione Nazionale per le società e la borsa, Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione*, [www.osservatorioair.it](http://www.osservatorioair.it), settembre 2009.

<sup>65</sup> Come può desumersi dal prospetto comparato sull'Air nelle autorità amministrative italiane aggiornato al 31 gennaio 2010, pubblicato sul sito dell'osservatorio Air ([www.osservatorioair.it](http://www.osservatorioair.it)).

<sup>66</sup> L'autonomia in parola emerge nettamente, senza tuttavia sconfinare nell'antinomia con i canoni che informano la legge generale sul procedimento, rispetto ai quali i principi propri della regolazione rimangono in relazione di compatibilità e coerenza.

all'interno del procedimento soltanto informazioni e dati accuratamente selezionati *ex ante*<sup>67</sup>. Non sembrerebbe quindi irragionevole procedere alla notifica individuale della proposte di regolamento non solo a gruppi bancari, intermediari finanziari vigilati e associazioni di rappresentanza dei consumatori, ma anche a dipartimenti universitari di scienze giuridiche, economiche e finanziarie o a centri di ricerca specializzati, in modo da sollecitare concretamente non solo la partecipazione diretta dei rappresentanti di interessi particolari, ma anche quella dei portatori di un'*expertise* tecnico-scientifica maggiormente neutrale.

Il problema, semmai, diventerebbe quello di verificare se i portatori di un'*expertise* neutrale - ancorché sollecitati direttamente - siano effettivamente "incentivati" a portare il proprio contributo in seno al procedimento, giacché la prassi evidenzia che soltanto i (pochi<sup>68</sup>) soggetti direttamente interessati sotto il profilo economico tendono a presentare osservazioni e contributi nell'ambito di procedure di *rulemaking* riguardanti argomenti particolarmente tecnici e complessi, con conseguente riduzione della cosiddetta democrazia procedurale<sup>69</sup>. In ogni caso, se effettuato sulla base di un'attenta selezione dei soggetti notificati, tale coinvolgimento - che, realisticamente, seguirebbe ad essere difficoltoso - non dovrebbe comportare appesantimenti procedurali e costi di gestione sproporzionati rispetto ai potenziali benefici.

Sotto il profilo metodologico, è infine interessante osservare che l'utilizzo dell'analisi di impatto regolamentare su larga scala potrebbe costituire la sede più opportuna per utilizzare con profitto quegli ap-

procci in termini di analisi economica del diritto oggetto di recenti studi e protratto dibattito anche da parte della dottrina giuspubblicistica<sup>70</sup>. L'analisi di impatto può infatti essere vista sia come uno strumento utile a favorire la semplificazione dell'agire amministrativo<sup>71</sup>, che come uno mezzo per valutare le norme non solo sulla base di ciò che esse prescrivono, ma tenendo principalmente conto della loro applicazione concreta e delle conseguenze riconducibili a tale applicazione. L'analisi finalizzata ad esaminare le ricadute delle norme in termini di *cost benefit analysis*, così a lungo coltivata in altri ordinamenti giuridici, potrà quindi essere affinata e trovare progressivo accoglimento nel nostro sistema attraverso un maggiore ed effettivo utilizzo dell'Air richiesto dalla legge e da diverse norme secondarie come quella in commento.

Se risulta infatti difficile ed in diversi modi estraneo alla tradizione giuridica del nostro Paese pretendere, come avviene altrove, approcci in chiave di analisi economica da parte delle Corti - che, come è giusto, si limitano ad interpretare il dato positivo secondo i tradizionali e ben noti canoni dell'ermeneutica - sembra certo più utile e funzionale utilizzare tale strumento *ex ante*, prima che la norma regolamentare sia implementata, così da evitare che regole finalizzate ad una maggiore efficienza e stabilità dei mercati si rivelino, in fase di attuazione, portatrici di problematiche ed inefficienze anziché della auspiccate soluzioni<sup>72</sup>

---

<sup>67</sup> Sul punto, S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza e regole*, op. cit., 265 e ss., che ricorda come i regolati siano per natura opportunisti, ingannatori, reticenti e interessati soltanto alla massimizzazione del proprio profitto di breve periodo.

<sup>68</sup> A titolo d'esempio, le osservazioni alla bozza di regolamento Consob di attuazione dell'art. 23 l. n. 262/2005 per l'adozione degli atti regolatori sono pervenute all'autorità procedente da parte di soli 6 soggetti, tra cui 4 associazioni fra imprese, un ordine professionale ed uno studio legale (fonte sito web Consob [www.consob.it](http://www.consob.it)). Non si è invece individuata evidenza dei dati relativi alle osservazioni presentate in merito al provvedimento in commento.

<sup>69</sup> Interessanti, sul punto, le riflessioni di M. M. Golden, *Interest Group in the Rule Making Process: Who Participates? Whose Voices get Heard*, in *Journal of Public Administration Research and Theory*, 1998, 245 e ss., che osserva come i procedimenti di *rule making* dinanzi alle maggiori *agencies* americane - ma il dato sembra estendibile anche alla generalità dei sistemi giuridici occidentali - vedano partecipare principalmente gli attori economici (*corporations, trade associations, coalitions* - 86%) e in maniera nettamente minore gli apparati governativi (9,3%) e le associazioni di cittadini (2,3%).

---

<sup>70</sup> Tra gli altri, si segnalano il volume G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto*, Bologna, 2009 ed il lavoro con contributi di autori vari *Analisi economica e diritto amministrativo*, Atti del convegno annuale Aipda tenutosi a Venezia nei giorni 29 e 29 settembre 2006, Milano, 2006.

<sup>71</sup> Si pensi alla decisione, a seguito dell'espletamento dell'Air, di non intervenire su specifici profili del mercato creditizio già caratterizzati da ipertrofia normativa, con il rischio di emanare regole pleonastiche, scarsamente utili ed impegnative sotto il profilo dell'attuazione.

<sup>72</sup> Sul punto, cfr. S. Cassese, *Giuristi ed economisti: metodo e metodi nello studio del diritto*, in *questa Rivista*, 2002, 341 e ss.

