



Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione

SIMONA MORETTINI

Il *soft law* nelle Autorità indipendenti:
procedure oscure e assenza di garanzie?

P 4/2011
luglio 2011

INDICE

| | |
|---|----|
| 1. Premessa | 5 |
| 2. L'attività di <i>moral suasion</i> delle Autorità indipendenti | 7 |
| 2.1. L'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private | 8 |
| 2.2. La Commissione di Vigilanza sui Fondi Pensione | 10 |
| 2.3. Il Garante per la <i>Privacy</i> | 12 |
| 2.4. La Banca d'Italia | 13 |
| 2.5. L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici | 15 |
| 2.6. La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa | 17 |
| 3. Il procedimento di adozione degli atti di <i>soft law</i> delle AI | 19 |
| 3.1. Il modello seguito dall'ISVAP e dalla COVIP | 19 |
| 3.2. Il modello seguito dal Garante <i>Privacy</i> | 19 |
| 3.3. Il modello seguito dalla Banca d'Italia, dalla CONSOB e dall'AVCP | 20 |
| 4. Gli atti di <i>soft law</i> sottoposti a consultazione pubblica | 24 |
| 5. Il <i>soft law</i> nelle AI: procedure oscure e assenza di garanzie? | 27 |

Questo documento è soggetto a licenza Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 2.5.

Citare questo documento come: S. Morettini, *Il soft law nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione, www.osservatorioair.it, luglio 2011, P 4/2011.

1. Premessa

Il fenomeno del *soft law*¹, molto diffuso nel contesto internazionale ed europeo, è presente da molti anni anche in quello interno. In particolare, a livello nazionale, tra gli atti di *soft regulation* adottati dalle pubbliche amministrazioni, spiccano i numerosi interventi di *moral suasion* o *dissuasion* elaborati dalle varie Autorità amministrative indipendenti (AI).

Basti pensare, a mero titolo esemplificativo, alle istruzioni della Banca d'Italia, alle comunicazioni della CONSOB, agli orientamenti interpretativi dell'ISVAP e della COVIP, alle risposte ai quesiti del Garante per la Protezione dei dati personali, alle determinazioni dell'AVCP.

Tali interventi sono caratterizzati da un elevato grado di informalità e si collocano al di fuori del sistema delle fonti normative tipizzate, dando origine a quelle che nel diritto anglosassone sono qualificate come *tertiary rules*².

In genere, le cause che spingono un'AI a ricorrere alla *soft regulation* possono essere molteplici. In alcuni casi, tale scelta rappresenta semplicemente una scorciatoia per colmare una lacuna o per anticipare un successivo atto vincolante; in altri, invece, l'Autorità preferisce adottare un atto persuasivo per non irrigidire eccessivamente le regole del mercato di riferimento.

Ovviamente, questo tipo di atti non crea regole vincolanti per gli operatori economici. Tuttavia, è altrettanto evidente come tali interventi non siano del tutto privi di efficacia giuridica, contenendo pur sempre sollecitazioni provenienti da soggetti istituzionali autorevoli e particolarmente qualificati.

Ciò nonostante, tutte le AI nazionali esercitano tale forte potere interpretativo e

1 Il termine *soft law* è comunemente utilizzato per contrassegnare una diversificata tipologia di atti e strumenti, il cui tratto comune è costituito dal carattere “non” vincolante delle regole che in essi vengono poste, benché ad essi vengano comunque riconosciuti effetti giuridici. Per una ricostruzione delle molteplici definizioni di *soft law*, si veda E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, 2008, pp. 20 ss.

2 Si veda R. Baldwin, *Rules and Government*, Oxford, 1995, pp. 80 ss. L'Autore utilizza tale espressione in contrapposizione con la *secondary legislation* che riunisce le fonti sublegislative che trovano nella legge un fondamento espresso. Le *tertiary rules* includono variamente regole procedurali, guide interpretative, istruzioni ai funzionari, ecc.

persuasivo in modo asistemático e spesso non procedimentalizzato.

Le Autorità non sono tenute, infatti, a sottoporre ad AIR gli strumenti di *soft law*, né ad indicare preventivamente ai possibili destinatari gli obiettivi ed i vantaggi che si propongono di conseguire attraverso tali interventi di *moral suasion*, né tantomeno sono previsti sistemi di valutazione *ex post* della scelta effettuata.

Tuttavia, in alcuni casi, la decisione di valutare *ex ante* il potenziale impatto di tali atti persuasivi sul mercato o quantomeno quella di consultare preventivamente i possibili destinatari potrebbe rivelarsi utile e vantaggiosa per la stessa Autorità agente.

Ad esempio, la previsione di una fase di consultazione pubblica potrebbe consentire alle AI di migliorare gli interventi di *moral suasion* e *dissuasion* dalle stesse predisposti, al fine di renderli più rispondenti alle reali esigenze del mercato e più vantaggiosi per i destinatari.

Occorre considerare, inoltre, che per quanto l'adozione di uno strumento *soft* abbia un impatto tendenzialmente minore rispetto ad un atto di *hard law*, almeno dal punto di vista dei complessi oneri che, per i destinatari, discendono dall'uno o dall'altro, è nondimeno indubitabile che tale impatto vi sia e che anche l'adozione di un nuovo atto di *soft law* determini sempre un ulteriore incremento della complessità della regolazione.

D'altronde, l'importanza della partecipazione degli *stakeholders* alla procedura di adozione degli interventi di *soft regulation* trova ampia conferma nell'ordinamento europeo, dove circa un terzo delle AIR realizzate dalla Commissione riguarda proprio iniziative non legislative (libri bianchi, piani d'azione, ecc.)³.

L'esigenza di subordinare anche l'attività di *moral suasion* a garanzie procedimentali, quantomeno sotto forma di consultazione preventiva dei soggetti interessati, è stata da tempo avvertita e segnalata nel dibattito istituzionale e scientifico italiano sulle autorità indipendenti⁴.

In assenza di forme di sindacato, in qualche modo raccordabili al circuito politico-parlamentare, assume, infatti, particolare rilevanza che anche l'elaborazione della *soft regulation* da parte delle AI abbia luogo nel rispetto del principio del contraddittorio, della trasparenza, della motivazione e della pubblicità degli atti.

3 Si veda *European Commission, Impact Assessment Board Report for 2010*, Brussels, 24.01.2011, SEC(2011) 126 final.

4 Si veda il Documento conclusivo dell'Indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti, svolta dalla I Commissione Affari costituzionali, Camera dei Deputati, 4 aprile 2000.

Obiettivo di questo studio è, pertanto, quello di analizzare l'attività di *moral suasion* esercitata da alcune Autorità italiane, al fine di verificare il rispetto dei suddetti principi generali nel procedimento di adozione degli atti di *soft law*.

2. L'attività di *moral suasion* delle Autorità indipendenti

Il panorama degli atti persuasivi e collaborativi prodotti dalle varie Autorità indipendenti italiane è vasto e molto disomogeneo, sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo. È necessario, pertanto, analizzare separatamente l'attività di *moral suasion* svolta da ciascuna AI, al fine di: individuare le diverse tipologie di atti di *soft regulation* dalla stessa elaborati (ad es. atti generali ed astratti o non); comprendere le cause che ne sono all'origine; valutare, laddove possibile, l'impatto che il ricorso a tali interventi di *moral suasion* ha prodotto nei vari settori regolatori.

I dati e le analisi di seguito riportati si basano sugli atti di *soft law* adottati da sei Autorità indipendenti (ISVAP, COVIP, Garante *Privacy*, BI, CONSOB e AVCP) e calcolati, sulla base delle informazioni disponibili nei rispettivi siti *internet*, dal 1 gennaio 2006 al 30 giugno 2011. La scelta di limitare l'ambito d'indagine all'ultimo quinquennio è dovuta al fatto che nei siti istituzionali di molte AI non sono riportati gli atti di *soft law* negli anni precedenti il 2006.

Tuttavia, è necessario precisare che, quantomeno per alcune Autorità, l'esercizio della funzione di *moral suasion* non rappresenta di certo un fenomeno recente.

La Banca d'Italia e la CONSOB, ad esempio, si sono storicamente avvalse di atti a carattere generale, quali le istruzioni e le raccomandazioni, per orientare i comportamenti dei soggetti regolati, ampliando "di fatto" in questo modo il loro potere normativo⁵.

⁵ Si veda B.G. Mattarella, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, in U. De Siervo (a cura di), *Osservatorio delle fonti*, Torino, 1996, pp. 235 ss.

TABELLA 1. ATTI DI *SOFT LAW*: DIMENSIONE QUANTITATIVA

| AI | Atti di Soft Law | 2011 | 2010 | 2009 | 2008 | 2007 | 2006 | Tot. |
|-----------------|-------------------------------------|------|------|------|------|------|------|------|
| ISVAP | <i>Comunicazioni interpretative</i> | 0 | 0 | 1 | 0 | 0 | 2 | 3 |
| | <i>Chiarimenti applicativi</i> | 1 | 2 | 0 | 1 | 0 | 0 | 4 |
| COVIP | <i>Orientamenti interpretativi</i> | 3 | 1 | 1 | 4 | 3 | 0 | 12 |
| | <i>Risposte a quesiti</i> | 7 | 10 | 14 | 8 | 4 | 1 | 44 |
| Garante Privacy | <i>Linee Guida</i> | 2 | 1 | 2 | 2 | 4 | 1 | 12 |
| | <i>Risposte a quesiti</i> | n.d. | 387 | 503 | 1058 | 485 | 679 | 3139 |
| AVCP | <i>Determinazioni</i> | 3 | 10 | 7 | 6 | 8 | 7 | 41 |
| | <i>Pareri sulla normativa</i> | 6 | 27 | 32 | 22 | 8 | n.d. | 95 |
| CONSOB | <i>Comunicazioni</i> | 25 | 45 | 42 | 34 | 32 | 36 | 214 |
| BI | <i>Comunicazioni</i> | 5 | 8 | 30 | 32 | 8 | 4 | 87 |

2.1. L'Istituto per la Vigilanza sulle Assicurazioni Private

I principali strumenti di *soft law* adottati dall'ISVAP sono le *comunicazioni interpretative* ed i *chiarimenti applicativi*.

Quest'ultimi sono atti, a contenuto generale, con cui l'Autorità fornisce chiarimenti in merito alle principali problematiche, segnalate dagli operatori del settore attraverso i quesiti posti all'Autorità, circa l'esatta applicazione della normativa regolatrice. Attraverso tale forma di intervento "collaborativo", l'Istituto risponde alle problematiche interpretative o dubbi applicativi che gli sono stati posti dal mercato, indicando a tutti gli operatori del settore la *ratio* e la corretta interpretazione/applicazione delle regole adottate dalla stessa Autorità.

Ne sono un esempio: i *chiarimenti applicativi in tema di riserva integrata per le assicurazioni dei danni causati dalla grandine e da altre calamità naturali*⁶, forniti a

6 Pubblicati sul sito istituzionale dell'ISVAP il 21 febbraio 2011 e consultabili al seguente indirizzo *web* http://www.isvap.it/isvap_cms/docs/F18331/FAQ%20su%20riserva%20integrativa_2.pdf.

seguito delle problematiche interpretative sorte in merito all'art. 15 del Regolamento n. 16/2008. Oppure i *chiarimenti applicativi in tema di vendita a distanza*, pubblicati il 13 aprile 2010, per agevolare l'interpretazione delle norme sull'attività di vendita a distanza, di cui al regolamento ISVAP n. 34 del 19 marzo 2010. A volte, poi, sono riportate sul sito *internet* dell'Autorità anche i quesiti più frequenti provenienti dal mercato e le relative risposte pervenute su uno stesso tema. Ad esempio, quelle pubblicate per agevolare l'interpretazione delle norme sugli obblighi di informazione dei prodotti assicurativi, di cui al Regolamento n. 35 del 26 maggio 2010⁷.

In altri casi, invece, l'Autorità ha ritenuto opportuno fornire *chiarimenti applicativi* per orientare gli operatori in sede di applicazione concreta di disposizioni normative dettate dal legislatore.

Ne sono un esempio: i *chiarimenti applicativi in merito all'art. 1899, primo comma, del codice civile*⁸, con particolare riferimento al termine per l'esercizio del recesso dalla polizza poliennale ed alle riduzioni di premio previste per l'offerta delle coperture con durata ultrannuale. Oppure, i *chiarimenti applicativi in merito all'art. 103, comma 2, del Codice delle assicurazioni private*⁹, come modificato dal decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39, in tema di incarichi di attuario revisore.

Le *comunicazioni interpretative* sono atti, generali ed astratti, che, invece, sono adottati quando l'ISVAP ritiene necessario intervenire "d'ufficio" per assicurare una corretta interpretazione della norma da parte dei destinatari. Queste sono pubblicate, oltre che nel sito *web*, anche nel Bollettino ufficiale dell'Autorità.

Rientrano, in questa tipologia, le due *Comunicazioni interpretative sui limiti di applicabilità del Codice delle Assicurazioni*, pubblicate nel Bollettino dell'Istituto del 2 febbraio e 30 marzo 2006, con le quali, per un migliore orientamento delle imprese,

7 Si veda la pagina http://www.isvap.it/isvap_cms/docs/F29552/Domande_frequenti_Reg_35.pdf.

8 Pubblicati sul sito istituzionale dell'ISVAP il 15 giugno 2010 e consultabili al seguente indirizzo *web* http://www.isvap.it/isvap_cms/docs/F28618/Chiarimenti_applicativi_polizze_poliennali.pdf.

9 Pubblicati sul sito istituzionale dell'ISVAP il 23 giugno 2010 e consultabili al seguente indirizzo *web* http://www.isvap.it/isvap_cms/docs/F4777/Chiarimenti_applicativi_attuario_revisore.pdf.

degli operatori e degli utenti, l'Autorità ha ritenuto utile rendere pubblico, mediante inserzione nel proprio sito *web*, un elenco delle norme che, a giudizio dell'Istituto, sono di immediata applicazione; e la *Comunicazione n. 3 del 2 luglio 2009*, con cui, nelle more del recepimento della direttiva 2007/44/CE da parte del legislatore italiano, l'ISVAP ha indicato agli operatori le disposizioni della direttiva medesima ritenute direttamente applicabili, anche se in contrasto o non previste dalla normativa nazionale, unitamente ad alcune precisazioni di carattere procedurale¹⁰.

Entrambi tali interventi di *soft regulation*, presentano un contenuto assolutamente dettagliato e preciso, nel quale spesso sono inseriti precetti ed indicazioni, la cui efficacia determinante ed obbligatoria nella pratica corrente in materia assicurativa non può essere assolutamente disconosciuta.

2.2. La Commissione di Vigilanza sui Fondi Pensione

Anche la COVIP si avvale di strumenti di *soft law* per fornire chiarimenti in ordine alla normativa di settore. Ciò avviene sia mediante *orientamenti interpretativi* di carattere generale sia mediante *risposte a quesiti* specifici, entrambi pubblicati sul Bollettino ufficiale trimestrale e sul sito istituzionale dell'Autorità.

Tale attività "collaborativa" della Commissione ha contribuito nel tempo ad assicurare omogeneità e correttezza dei comportamenti dei fondi pensione nell'interesse degli iscritti e il buon funzionamento del sistema di previdenza complementare.

La deliberazione COVIP del 16 settembre 1997 costituisce l'esempio più eclatante di atto di *moral suasion*, in quanto stabilisce gli orientamenti interpretativi in materia di regolamenti dei fondi pensione in regime di contribuzione definita¹¹, dichiaratamente allo scopo di dare all'attività di valutazione dei regolamenti celerità e uniformità.

Di recente, la Commissione ha adottato i seguenti interventi di *soft law*.

Gli *orientamenti interpretativi in merito all'articolo 14, comma 6, del d.lgs. n. 252/2005*,

10 Tutte le comunicazioni interpretative pubblicate dall'ISVAP sono consultabili alla pagina http://www.isvap.it/isvap/imprese_jsp/PageGenerica.jsp?nomeSezione=NORMATIVA&ObjId=729112.

11 Documento consultabile alla pagina <http://www.covip.it/?p=4129>

con i quali, nell'ottobre 2010, la COVIP ha trattato la tematica della destinazione dei flussi futuri di contributi del lavoratore e di TFR ad altre forme pensionistiche complementari prima del decorso del termine biennale. La questione aveva già formato oggetto, nell'anno precedente, di un primo intervento chiarificatore della COVIP in risposta ad un singolo quesito, al quale hanno fatto seguito altre numerose richieste da parte degli operatori tali da spingere l'Autorità ad adottare un atto generale¹².

A seguito, poi, dei numerosi chiarimenti forniti, nel corso del tempo, sulla tematica delle *anticipazioni, per spese sanitarie e prima casa, agli iscritti ex art. 11, commi 7, 8, 9, del d.lgs. n. 252/2005*, la COVIP ha ritenuto utile provvedere alla loro unificazione in un unico documento interpretativo, pubblicato il 10 febbraio 2011. Tale atto costituisce un utile punto di riferimento per i fondi pensione nella definizione dei criteri e delle modalità per la concessione delle anticipazioni¹³.

Con altri orientamenti del 9 marzo 2011, sono stati, inoltre, forniti *chiarimenti in merito alla decorrenza delle prestazioni di previdenza complementare di cui all'art. 11, comma 2, del d.lgs. n. 252/2005*. In particolare, è stato chiesto alla Commissione di precisare se le nuove previsioni in tema di decorrenza dei trattamenti pensionistici obbligatori (le c.d. finestre di 12 e 18 mesi), di cui all'art. 12, commi 1 e 2, del decreto legge n. 78 del 2010 (convertito con modificazioni in legge n. 122 del 2010), riguardino anche le prestazioni pensionistiche complementari¹⁴.

Rientrano, poi, sempre nell'attività di *moral suasion* svolta dalla Commissione, anche le numerose iniziative promosse per sollecitare le associazioni delle forme pensionistiche ad adottare forme di autodisciplina nei settori ritenuti di particolare rilievo¹⁵.

In particolare, nel corso del 2010¹⁶, la COVIP ha organizzato vari tavoli tecnici con le associazioni rappresentative degli operatori del settore, finalizzati allo sviluppo di iniziative di autoregolamentazione da parte di quest'ultime, idonee a definire *standard* condivisi di efficienza e buone prassi.

Secondo la COVIP, l'autodisciplina può, infatti, costituire un valido complemento della regolamentazione. Attraverso l'autodisciplina, si possono innalzare gli *standard* richiesti

12 Si veda <http://www.covip.it/wp-content/uploads/Orientamenti-flussi-futuri1.pdf>

13 Si veda http://www.covip.it/wp-content/uploads/Orientamenti_Anticipazioni6.pdf

14 Si veda http://www.covip.it/wp-content/files_mf/1299830584Orientamento_decorrenzaprestazioni.pdf

15 Un esempio è dato dalla revisione delle Linee guida sulla gestione dei trasferimenti avvenuta nel 2010.

16 Si veda la Relazione annuale per il 2010, p. 97.

dalla normativa o meglio definire i comportamenti e i processi dei soggetti interessati. L'autodisciplina ha, inoltre, il merito della flessibilità, potendo essere adottata e cambiata con facilità e rapidità. Essa può, pertanto, esercitare un utile ruolo di traino sugli operatori del settore e portare a successive modifiche della disciplina regolatoria.

2.3. Il Garante per la Privacy

L'attività di *moral suasion*, esercitata dal Garante per la protezione dei dati personali, consiste sia nella *risposta a quesiti* formulati dal pubblico che nella definizione di *linee-guida* sull'applicazione della normativa. Quest'ultime, oltre ad essere disponibili *on line*, sono pubblicate anche nel Bollettino istituzionale.

Le *risposte ai quesiti*, esprimendo la posizione ufficiale del Garante sugli aspetti trattati, possono talvolta rappresentare addirittura il primo passo verso l'adozione di una regolamentazione di natura vincolante. La riprova è data dal D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 "Codice in materia di protezione dei dati personali", che ha sistematizzato e recepito a livello di fonte primaria talune regole in passato suggerite dall'Autorità. Tali atti di *soft law* assumono grande rilievo anche per la loro notevole dimensione quantitativa. Basti considerare che in media il Garante risponde annualmente a più di 600 quesiti (v. tab. 1).

Le *linee guida* mirano, invece, a fornire indicazioni di carattere generale in relazione al trattamento di dati personali in vari ambiti, al fine di garantire la corretta applicazione dei principi stabiliti dal Codice sulla *privacy* e definire un primo quadro unitario di misure e accorgimenti per il trattamento dei dati.

Dal 2006 ad oggi, il Garante ha pubblicato 12 Linee-guida in ambito sanitario, bancario, giuridico, ecc. Particolare rilevanza hanno avuto le Linee-guida dettate a luglio 2009 dal Garante in tema di *Fascicolo sanitario elettronico e di dossier sanitario*, che hanno cercato di omogeneizzare questa innovazione nella sanità, che si stava sviluppando a macchia di leopardo con sistemi diversi da regione a regione. Occorre ricordare, inoltre, le recenti *Linee guida in materia di trattamento di dati per lo svolgimento di indagini di customer satisfaction in ambito sanitario*, del 5 maggio 2011, e quelle *in materia*

*di trattamento di dati personali contenuti anche in atti e documenti amministrativi, effettuato da soggetti pubblici per finalità di pubblicazione e diffusione sul web, del 2 marzo 2011*¹⁷.

2.4. La Banca d'Italia

Il settore bancario¹⁸ ha rappresentato un campo privilegiato per l'analisi del fenomeno della *soft law*. Per comprendere l'intensa azione di *moral suasion* esercitata in via informale dalla Banca d'Italia¹⁹ è necessario fare riferimento ai contenuti del Bollettino di Vigilanza pubblicato da tale Autorità e consultabile *on line*. I fascicoli mensili riportano, in aggiunta agli atti che devono essere necessariamente pubblicati in base al T.U., due tipologie di *soft regulation*: le *comunicazioni* e le *istruzioni di vigilanza*²⁰.

Entrambi tali interventi hanno carattere generale e sono funzionali ad interpretare ed individuare la normazione vigente. Tuttavia, al loro interno, sono spesso presenti anche indicazioni applicative e orientamenti sostanzialmente regolamentari.

Nella categoria delle *comunicazioni* della BI rientrano una varietà di documenti tra i quali: risposte ai quesiti posti da parte dei soggetti vigilati; indirizzi e chiarimenti operativi su disposizioni di vigilanza; segnalazione dell'entrata in vigore di nuove normative europee, sentenze del giudice amministrativo; ecc. In definitiva, la Banca d'Italia sembra non tralasciare nessuno degli strumenti atti a orientare i comportamenti delle imprese assoggettate a

17 I testi di tutte le Linee-guida pubblicate dal Garante sono consultabili alla pagina <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1772725>

18 Si veda P. Vitale, *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, Milano, 1977, p. 127. L'esperienza paradigmatica di ordinamento del credito basato sulla *moral suasion* è stata per molti anni quella inglese, sulla quale si veda M. Clarich, *Le grandi banche nei paesi maggiormente sviluppati*, Bologna, 1985, pp. 44 ss.

19 Sul tema, si veda S. Nicodemo, *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti*, Padova, 2000, p. 141 e M. Clarich, *Per uno studio sui poteri normativi della Banca d'Italia*, in Riv. Impr. Soc. 2003, p. 47.

20 Tale intervento di *soft law* è previsto dall'art. 4 del T.U. Bancario, secondo il quale: "...La Banca d'Italia emana regolamenti nei casi previsti dalla legge, impartisce istruzioni e adotta i provvedimenti di carattere particolare di sua competenza". Sono atti di questa specie: le Istruzioni di Vigilanza per le banche, le Istruzioni di Vigilanza per gli Intermediari del Mercato Mobiliare, le Istruzioni di Vigilanza per gli Intermediari Finanziari iscritti nell'"Elenco Speciale", le Istruzioni per la compilazione delle segnalazioni di vigilanza su base consolidata degli enti creditizi, le Istruzioni per la compilazione delle segnalazioni sul patrimonio di vigilanza e sui coefficienti prudenziali e le Istruzioni per la Centrale dei rischi.

vigilanza.

Ne sono un esempio: la *Comunicazione del 20 aprile 2010*, con cui la BI indica alcune cautele e indirizzi operativi agli operatori attivi nel comparto del credito *revolving* concesso attraverso l'emissione di carte di credito²¹. Oppure la *Comunicazione del 23 giugno 2010*, con cui la Banca fornisce alcune precisazioni in materia di segnalazioni alla Centrale dei Rischi, a seguito di richieste di chiarimenti pervenute dagli intermediari²². Ed ancora, la *Comunicazione del 16 marzo 2011* con cui, a seguito dell'entrata in vigore di una Decisione della Banca Centrale Europea e in attesa della definizione del quadro normativo nazionale alla luce della citata decisione, la Banca d'Italia richiama l'attenzione delle banche sulla estrema delicatezza dell'attività di trattamento del contante ed indica a tal fine una serie di cautele da adottare²³.

Le *istruzioni*, oltre ad essere presenti nel Bollettino di Vigilanza, sono pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale quando hanno carattere generale e contengono disposizioni destinate anche a soggetti diversi da quelli sottoposti a vigilanza.

All'interno di tale categoria, particolare rilievo hanno avuto le *Istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura*²⁴, emanate nell'agosto 2009, che hanno assunto un valore fondamentale nella normativa di contrasto all'usura. In tale ambito, nel 2010, la Banca d'Italia ha svolto un'intensa attività di supporto agli intermediari segnalanti e agli operatori del settore per risolvere quesiti interpretativi e segnaletici, sorti sulla base delle suddette istruzioni. La necessità di rimodulare la normativa in vigore in materia di usura, evidenziata in più occasioni dalla Banca d'Italia, ha ricevuto un primo riscontro con il recente D.l. n. 70 del 2011 (il c.d. decreto sviluppo, convertito con Legge 12 luglio 2011 n. 106), che ha modificato il meccanismo di calcolo dei tassi soglia.

21 La Comunicazione, pubblicata il 20 aprile 2010, è consultabile alla pagina web http://www.bancaditalia.it/vigilanza/pubblicazioni/bollvig/2010/04_10/provv_cg/bi_cg/20100420_II1.pdf

22 La Comunicazione, pubblicata il 23 giugno 2010, è consultabile alla pagina web http://www.bancaditalia.it/vigilanza/pubblicazioni/bollvig/2010/06_10/provv_cg/bi_cg/20100623_II6.pdf

23 La Comunicazione, pubblicata il 16 marzo 2011, è consultabile alla pagina web http://www.bancaditalia.it/vigilanza/pubblicazioni/bollvig/2011/03_11/provv_cg/bi_cg/20110316_II4.pdf

24 Si veda http://www.bancaditalia.it/vigilanza/contrasto_usura/Normativa/Istr_usura_ago_09-istruzioni.pdf

Spesso poi la Banca d'Italia apporta modifiche ed integrazioni alle istruzioni, già emanate, al fine di aggiornarne il contenuto ai chiarimenti resi noti agli operatori del settore con lettere di carattere generale. Si veda, ad esempio, il caso del 17° aggiornamento delle "Istruzioni per la compilazione delle segnalazioni di vigilanza su base consolidata", avvenuto il 9 febbraio 2011.

Tale attività di *soft regulation* della BI rappresenta per le banche una sorta di "scudo" in quanto la loro osservanza, o – viceversa – inosservanza, nei singoli casi, costituisce un parametro essenziale della liceità, o illiceità, civile e penale, del comportamento tenuto.

2.5. L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici

L'AVCP esercita la propria *moral suasion* principalmente attraverso le *determinazioni*.

Si pensi, solo per fare alcuni esempi recenti, alla Determinazione n. 3 del 2011, contenente *Chiarimenti in ordine all'applicazione delle sanzioni alle imprese previste dall'articolo 74 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207*²⁵, oppure alla Determinazione n. 2 del 2011 con le *Indicazioni operative inerenti la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria*²⁶.

Tali interventi non presentano le caratteristiche di veri e propri provvedimenti regolativi. Si tratta, piuttosto, di atti a carattere generale, attraverso i quali si forniscono indicazioni operative oppure si risolvono dubbi e questioni interpretativi sollevati principalmente dalle stazioni appaltanti, in modo da offrire alle medesime un sussidio ermeneutico volto ad orientarne la futura attività, e che solo indirettamente producono un impatto sui singoli operatori economici, interessati a partecipare alle procedure di appalto.

In particolare, la giurisprudenza amministrativa ha sottolineato, in più occasioni, che le determinazioni assunte dall'Autorità in risposta ai quesiti rivolti dagli operatori del settore circa l'interpretazione della normativa vigente nella materia dei contratti pubblici costituiscono manifestazione di opinioni dotate di indiscutibile autorevolezza, in ragione

25 Si veda www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=4614

26 Si veda http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=4617

della particolare competenza dell'organo, cui può anche conseguire un apprezzabile effetto di uniformità e di chiarezza nell'applicazione della legge.

Ciò nonostante, tali atti si risolvono in pronunciamenti non riconducibili ad una funzione di interpretazione autentica o di integrazione della normativa, stante la mancata attribuzione all'Autorità del relativo potere, non potendo rappresentare, di conseguenza, neppure un vincolo per le amministrazioni nello svolgimento delle procedure di selezione di loro competenza.

Si tratta, pertanto, di un potere di regolazione di tipo orientativo-persuasivo cui consegue l'adozione di atti non vincolanti c.d. di *moral suasion*, la cui capacità di orientare i comportamenti degli operatori si basa esclusivamente sull'autorevolezza dell'organo emanante. Ne deriva che siffatte determinazioni dell'Autorità sono prive del valore di manifestazione della volontà, che è propria degli atti aventi natura provvedimentoale, rimanendo, pertanto, insuscettibili di essere contestate in sede giurisdizionale ed impugnate autonomamente di fronte al giudice amministrativo²⁷.

Un altro interessante strumento di *soft law* a disposizione dell'Autorità è rappresentato dal *parere di "precontenzioso"*, reso, su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara²⁸. Nel parere l'AVCP può formulare una ipotesi di soluzione della controversia, che non è vincolante, per espressa previsione normativa²⁹. Tuttavia, per la posizione di terzietà dell'Autorità, il parere agisce sul piano dell'autorevolezza (*moral suasion*). Infatti, un'alta percentuale di stazioni appaltanti si adeguano ad esso ed in sede di eventuale ricorso al giudice amministrativo quasi sempre viene confermata la posizione assunta dall'Avcp.

Un meccanismo analogo è previsto, poi, per i *pareri sulla normativa*, consulenze non vincolanti rese dall'Autorità in risposta a quesiti giuridici su casi pratici³⁰.

Sia le determinazioni che i pareri sono pubblicati sul sito *web* dell'Autorità, dove è possibile consultare anche le risposte ai quesiti più frequenti posti dagli operatori del settore.

27 Si veda, in tal senso, Tar Lazio, Roma, sez. III, 1 aprile 2011, n. 2895 e id. 12 dicembre 2009, n. 12839.

28 L'AVCP emana in un anno mediamente più di 200 pareri di precontenzioso.

29 Si veda art. 6, comma 7, lett. n), d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, Codice dei contratti pubblici.

30 In media, in un anno, l'Autorità rilascia circa 22 pareri sulla normativa. Si veda, di recente, l'esempio del parere reso a febbraio 2011 in risposta al quesito posto da Italferr relativamente alla sospensione dei pagamenti all'appaltatore nel caso di mancata dimostrazione dei pagamenti ai subappaltatori.

2.6. La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa

La CONSOB, quale autorità di regolazione, agisce attraverso una pluralità di atti, alcuni normativi, altri definiti atti amministrativi generali, altri ancora di semplice *moral suasion* che, pur non corrispondendo ad una specifica potestà attribuita dalla legge, sono tuttavia espressione della stessa posizione che l'Autorità riveste nell'ambito dell'ordinamento di settore³¹.

L'attività di *soft regulation* svolta dalla Commissione si esplica principalmente mediante la pubblicazioni di *comunicazioni*, sia nel Bollettino che nel sito *web*.

Tali atti sono utilizzati sia per indicare gli orientamenti ufficiali della CONSOB sulla corretta interpretazione ed applicazione della normativa di settore, sia per rispondere ai singoli quesiti posti dagli operatori del mercato.

In quest'ultimo caso, le comunicazioni riportano le risposte a domande poste direttamente – o in loro nome e per loro conto – dagli operatori del mercato, in merito a fattispecie non del tutto ipotetiche, mediante le quali gli uffici della Commissione espongono i propri orientamenti. Esse pur essendo inerenti a questioni specifiche, assumono con la pubblicazione, che avviene in forma autonoma, una capacità persuasiva che esplica i propri effetti ben al di là del caso singolo.

Pur non rientrando tra le attività dovute, la Commissione è consapevole che la risposta fornita ai quesiti posti da soggetti del mercato rappresenta uno strumento che concorre allo svolgimento delle attribuzioni istituzionali, in quanto consente di fornire indirizzi interpretativi e applicativi di norme e di rendere omogenei i comportamenti degli operatori, contribuendo così alla tutela degli investitori³².

La Commissione si riserva di esaminare anche quesiti relativi a fattispecie ipotetiche o astratte nei casi in cui, a suo giudizio, la risposta a tali quesiti possa consentire di definire indirizzi interpretativi di particolare rilevanza e d'interesse generale.

Si pensi, ad esempio, ai numerosi quesiti esaminati dalla CONSOB nel 2009 e relativi all'applicabilità delle esenzioni dall'obbligo di Opa previste dall'art. 106, comma 5, del Tuf.

Tuttavia, i principali atti di *moral suasion* e *dissuasion* elaborati dalla CONSOB sono le

31 Si veda TAR Roma, sentenza 9 maggio 2006, n. 3367.

32 Comunicazione n. DIS/97012083 del 28.11.1997.

comunicazioni, contenenti gli “orientamenti interpretativi” dell’Autorità.

Quest’ultime sono moniti a contenuto complessivo, che, essendo generali ed astratte, si caratterizzano per una quasi-normatività. Tali atti non vincolano gli operatori, anche se di fatto riescono ad orientarne efficacemente i comportamenti. Inoltre, questi costituiscono un precedente persuasivo per la stessa Commissione. Infatti, nella sostanza le comunicazioni finiscono per assumere un’importante funzione nomofilattica, richiedendo eventuali successivi mutamenti di orientamento un’apposita motivazione da parte dell’Autorità.

Si pensi, ad esempio, alla *Comunicazione di settembre 2010*, contenente le indicazioni e gli orientamenti della Commissione per l’applicazione del Regolamento sulle operazioni con parti correlate³³. Oppure, alla *Comunicazione di marzo 2011*, con la quale la Commissione ha ritenuto opportuno fornire raccomandazioni agli operatori in merito alle disposizioni applicabili alla diffusione di messaggi pubblicitari finalizzati a promuovere l’acquisto o la sottoscrizione di prodotti finanziari³⁴.

In alcuni casi, poi, i contenuti di una precedente comunicazione interpretativa possono anche essere incorporati in un regolamento, come modifiche ed integrazioni al testo originario. Ad esempio, nel corso del 2010, la CONSOB ha ritenuto opportuno trasporre nel Regolamento Emittenti i contenuti di una precedente comunicazione con la quale la Commissione aveva fornito indicazioni sui criteri generali da seguire per stabilire se un’operazione di fusione/scissione o di acquisizione/dismissione dovesse considerarsi significativa. In particolare, rispetto al testo della comunicazione e tenuto conto della prassi applicativa e dei quesiti sottoposti alla Commissione sul tema, si è proceduto ad allineare i criteri quantitativi, per l’individuazione delle predette operazioni straordinarie significative, ai criteri indicati nel Regolamento in materia di operazioni con le parti correlate per l’individuazione delle operazioni di maggiore rilevanza.

33 Si tratta della Comunicazione n. DEM/10078683 del 24 settembre 2010, disponibile alla pagina www.consob.it/documenti/bollettino2010/c10078683.pdf. Il Regolamento è stato adottato con delibera n. 17221 del 12 marzo 2010.

34 Si tratta della Comunicazione n. 11021864 del 24 marzo 2011, disponibile alla pagina www.consob.it/main/documenti/bollettino2011/c11021864.pdf

3. Il procedimento di adozione degli atti di *soft law* delle AI

La forte eterogeneità degli atti di *soft law* prodotti dalle AI si riflette anche nei differenti meccanismi procedurali impiegati per la loro adozione. Tuttavia, dall'analisi sopra svolta, è possibile riscontrare nella prassi seguita dalle sei Autorità esaminate tre differenti modelli comportamentali.

3.1. Il modello seguito dall'ISVAP e dalla COVIP

Il primo, e meno evoluto, lo si ritrova nella procedura di adozione degli atti di *soft law* seguita dall'ISVAP e dalla COVIP.

Sia l'Istituto che la Commissione si limitano, infatti, a pubblicare i testi dei rispettivi interventi di *moral suasion* sul proprio sito *internet* e sul bollettino ufficiale dell'Autorità, non prevedendo alcuna fase di consultazione preventiva dei possibili destinatari.

Ovviamente, il fatto di non ricorrere a consultazioni pubbliche *on line* non significa che tali AI non possano poi decidere di sentire, in via del tutto informale, alcuni operatori e associazioni prima dell'adozione di alcuni interventi, ritenuti particolarmente significativi per il settore. Ad esempio, spesso la COVIP promuove e facilita la partecipazione delle formazioni sociali e delle associazioni maggiormente rappresentative alla sua attività di persuasione morale, coinvolgendole nelle proprie valutazioni attinenti al sistema della previdenza complementare e promuovendo incontri periodici ed informali di consultazione.

Tuttavia, le informazioni circa la tipologia dei soggetti uditi, il contenuto delle osservazioni svolte e l'esito di tali incontri non sono rese pubbliche, né di esse vi è traccia nelle premesse dell'atto di *soft law* emanato dall'Autorità, con grave pregiudizio del principio generale di trasparenza del procedimento.

3.2. Il modello seguito dal Garante *Privacy*

Il secondo modello si riscontra, invece, nella procedura di adozione delle *linee-guida* da parte del Garante per la *Privacy*.

In questa Autorità, seppur non procedimentalizzata in alcun regolamento interno, l'emanazione degli interventi di *soft law*, a carattere generale, ritenuti più rilevanti è

preceduta dalla pubblicazione nel sito *internet* di un documento ufficiale da sottoporre a consultazione pubblica.

Tale documento riporta i contenuti dell'atto di *moral suasion* proposto dal Garante ed invita tutti i soggetti interessati ad inviare per *e-mail* commenti e proposte di modifica al testo entro un determinato termine.

Terminata la fase di consultazione, l'AI pubblica *on line* la versione definitiva delle linee-guida adottate, senza tuttavia prendere alcuna posizione sulle osservazioni pervenute.

In questo modo, solamente il documento di consultazione è reso pubblico, mentre tutti gli altri atti, ovvero sia l'identità ed i commenti dei partecipanti che le eventuali risposte dell'Autorità, restano riservate e non conoscibili dall'esterno.

Si vedano, ad esempio, le consultazioni pubbliche svolte nel 2009 sulle *Linee guida in tema di Fascicolo sanitario elettronico e di dossier sanitario*³⁵ e sulle *Linee guida in tema di referti on line*, di cui è riportato sul sito web esclusivamente l'avviso di avvio della procedura consultiva e la bozza del documento sottoposto a consultazione³⁶. Ed, ancora, la consultazione svolta nel 2010 per l'adozione delle *Linee-guida in materia di trattamento di dati personali nella riproduzione di provvedimenti giurisdizionali per finalità di informazione giuridica*³⁷.

3.3. Il modello seguito dalla Banca d'Italia, dalla CONSOB e dall'AVCP

Da ultimo, si ha il caso più evoluto dal punto di vista procedurale, ossia quello in cui in cui l'Autorità ricorre anche per gli atti generali di *soft law* a una procedura formale di *notice and comment*.

Si pensi, ad esempio, alla procedura di consultazione pubblica svolta nel 2009 dalla Banca d'Italia sulle "Nuove istruzioni in materia di rilevazione trimestrale dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura".

In tal caso, è stato pubblicato *on line* il documento contenente le modifiche proposte dalla

35 L'avviso è consultabile all'indirizzo <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1598313>

36 L'avviso è consultabile all'indirizzo <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1632483>

37 L'avviso è consultabile all'indirizzo <http://www.garanteprivacy.it/garante/doc.jsp?ID=1774813>

Banca d'Italia per la revisione delle precedenti istruzioni in materia di usura, con l'obiettivo di adeguare le disposizioni al mutato quadro normativo e di superare taluni problemi applicativi riscontrati nel corso di oltre un decennio di applicazione.

Terminata la fase di consultazione, la BI ha pubblicato sul proprio sito istituzionale un resoconto³⁸ contenente, tutte le osservazioni, le proposte ed i commenti ricevuti dai soggetti partecipanti (senza, tuttavia, indicare l'identità degli autori) suddivisi per argomento, riportando accanto le considerazioni, i chiarimenti e le risposte dell'Autorità.

Una procedura di *notice and comment* è riscontrabile anche nei principali atti di *moral suasion* dell'AVCP, ovvero le determinazioni.

In tale Autorità, infatti, la procedura di consultazione preventiva si struttura nelle seguenti fasi. Prima di adottare un intervento di *soft law*, l'Autorità redige un documento di consultazione, con l'indicazione di una serie di questioni problematiche, che viene immediatamente pubblicato on line. Tutti gli operatori economici del settore e le amministrazioni interessate sono invitati a presentarsi all'audizione preventiva, che si tiene avanti al Consiglio dell'Autorità. Nel corso dell'audizione, gli interessati possono presentare sia osservazioni orali che memorie scritte, contenenti le risposte ai quesiti problematici indicati dall'Autorità stessa nel documento di base. Tutta la documentazione depositata dagli operatori economici e dalle amministrazioni, partecipanti all'audizione, è consultabile on line sul sito istituzionale dell'AVCP. Nella determinazione finale, l'Autorità dà atto della procedura di consultazione e dell'audizione svolta nelle premesse dell'atto, ma non è tenuta a motivare il mancato recepimento delle osservazioni presentate. Di conseguenza, non è facilmente verificabile il tasso di accoglimento delle osservazioni ricevute né comprendere le ragioni dell'Autorità.

Così, ad esempio, relativamente alla consultazione pubblica, svolta dall'AVCP nel 2010, sulle *Questioni interpretative concernenti le procedure di gara per l'affidamento del servizio di realizzazione, erogazione, monitoraggio e rendicontazione di voucher sociali* è possibile sapere facilmente quali osservazioni sono state poste al documento dai singoli soggetti che hanno preso parte alla procedura³⁹. Tuttavia, non è altrettanto evidente

38 Il resoconto è disponibile alla pagina web http://www.bancaditalia.it/vigilanza/cons-pubblica/proc-concluse/raccolta/2009/istruzioni_teg/Istr_usura_ago_09-resoconto.pdf

39 Tutti i documenti depositati dagli operatori economici e dalle amministrazioni, che hanno partecipato all'audizione svoltasi presso l'Autorità il 7 luglio 2010, sono consultabili sul sito dell'AVCP.

verificare quante e quali di esse sono state recepite nella successiva determinazione adottata dall’Autorità.

Una vera e propria procedura di *notice and comment* è riscontrabile, poi, nei principali atti di *moral suasion* e *dissuasion* adottati dalla CONSOB, ovvero le “comunicazioni interpretative”.

Prima di adottare l’atto di *soft law*, la Commissione pubblica sul proprio sito *internet* la bozza di una proposta di comunicazione e la sottopone alle osservazioni dei soggetti interessati, concedendo a quest’ultimi un determinato termine per far pervenire commenti e proposte di modifiche da apportare al testo.

I partecipanti inviano per *e-mail* le proprie osservazioni alla bozza, che vengono a loro volta pubblicate *on line*.

Al termine della consultazione, la CONSOB replica all’insieme delle indicazioni e commenti pervenuti e trae le proprie conclusioni in merito all’opportunità o meno di apportare modificazioni al testo della comunicazione o addirittura scegliere di rinviarne l’adozione, in quanto non rispondente alle effettive esigenze degli operatori del mercato di riferimento.

TAB. II ATTI DI *SOFT LAW*: ASPETTI PROCEDURALI

| AI | Atti di Soft Law | Tipologia | Pubblicazione | Consult. Pubblica |
|-----------------|--|-----------|-------------------------|-------------------|
| ISVAP | Comunicazioni interpretative | Generali | Bollettino e <i>web</i> | No |
| | Chiarimenti applicativi | Generali | Sito <i>web</i> | No |
| | Risposte a quesiti | Specifici | Sito <i>web</i> | No |
| COVIP | Orientamenti interpretativi | Generali | Bollettino e <i>web</i> | No |
| | Risposte a quesiti | Specifici | Bollettino e <i>web</i> | No |
| Garante Privacy | Linee Guida | Generali | Bollettino e <i>web</i> | In alcuni casi. |
| | Risposte a quesiti | Specifici | Sito <i>web</i> | No |
| AVCP | Determinazioni | Generali | Sito <i>web</i> | In alcuni casi. |
| | Pareri sulla normativa | Specifici | Sito <i>web</i> | No |
| CONSOB | Orientamenti interpretativi | Generali | Bollettino e <i>web</i> | In alcuni casi. |
| | Risposte a quesiti | Specifici | Bollettino e <i>web</i> | No |
| Banca d'Italia | Comunicazioni con chiarimenti, cautele e indirizzi per gli operatori | Generali | Bollettino e <i>web</i> | No |
| | Istruzioni di vigilanza | Generali | Bollettino e <i>web</i> | In alcuni casi |

4. Gli atti di *soft law* sottoposti a consultazione pubblica

L'analisi svolta ha evidenziato che gli atti di *soft law*, preceduti da una procedura di consultazione pubblica più o meno paragonabile al modello statunitense di *notice and comment*, sono le *determinazioni* dell'AVCP e le *comunicazioni*, contenenti gli orientamenti interpretativi, della CONSOB.

Questi atti saranno oggetto di un'indagine empirica, volta ad analizzare il tasso di partecipazione alla procedura consultiva, il tipo di contributi forniti dai destinatari, nonché gli effetti prodotti da tali interventi sulla scelta finale adottata dall'Autorità.

Relativamente ai contratti pubblici, le quattro consultazioni⁴⁰ *on line* che dal 2009 ad oggi hanno preceduto l'emanazione di alcune determinazioni da parte dell'Autorità hanno riscontrato un elevato tasso di partecipazione, con una media di 10 soggetti partecipanti. In particolare, si tratta di operatori del settore, associazioni rappresentative delle imprese, dei costruttori (es. AGI, AISCAT), Anas SpA, Ministeri delle Infrastrutture, del Lavoro e dell'Interno, amministrazioni locali.

Dall'analisi empirica emerge che spesso l'Autorità avvia la procedura consultiva proprio per decidere quale tipologia di intervento adottare per far fronte ad una determinata problematica, che le è stata evidenziata dagli operatori del settore.

Ad esempio, nel dicembre 2010, l'AVCP ha predisposto un documento di consultazione sulle problematiche relative all'affidamento dei contratti pubblici, di importo inferiore alla soglia comunitaria, mediante procedura negoziata, al fine di decidere se adottare un atto a carattere generale o una segnalazione al Governo ed al Parlamento. Dall'esame delle osservazioni, presentate nel corso della consultazione, sono emerse numerose difficoltà operative e richieste di chiarimenti da parte delle stazioni appaltanti. Di conseguenza, l'Autorità ha ritenuto opportuno adottare una determinazione (la n. 2 del 6 aprile 2011), a

40 Si tratta della: Determinazione n. 1 del 12.01.2010, *Requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 nonché per gli affidamenti di subappalti. Profili interpretativi ed applicativi*; Determinazione n. 2 del 11.03.2010, *Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici*; Determinazione n. 9 del 22.12.2010, *Questioni interpretative concernenti le procedure di gara per l'affidamento del servizio di realizzazione, erogazione, monitoraggio e rendicontazione di voucher sociali*; Determinazione n. 2 del 06.04.2011, *Indicazioni operative inerenti la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria*.

carattere generale, contenente alcune linee guida per la gestione di tale procedura.

In un altro caso, con un quesito specifico, era stato chiesto all'Autorità di esprimersi circa la problematica concernente la disciplina applicabile all'esecuzione delle opere previste nel contratto di concessione di lavori pubblici. L'AVCP, considerata la complessità e novità della questione prospettata, ha ritenuto opportuno predisporre un documento riassuntivo delle principali problematiche emerse, con la finalità di svolgere una consultazione degli operatori del settore e delle amministrazioni interessate, per valutare la necessità di adottare o meno un atto a carattere generale. Nel corso della procedura consultiva, i soggetti partecipanti hanno segnalato possibili soluzioni interpretative e ulteriori difficoltà applicative, di cui l'Autorità ha tenuto conto nella determinazione finale (la n. 2 dell'11 marzo 2010), contenente le indicazioni operative in materia di esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici.

In tutti questi casi, lo svolgimento di una preventiva consultazione pubblica ha permesso all'AVCP di adottare atti generali di *soft regulation*, nel rispetto del principio di collaborazione e di ascolto delle istanze degli operatori del mercato, e, pertanto, con una consapevole valutazione dell'impatto positivo di tale misure.

Anche le consultazioni pubbliche che hanno preceduto l'adozione delle quattro comunicazioni⁴¹ della CONSOB, oggetto di analisi, hanno registrato un discreto tasso di partecipazione, con una media di 7 soggetti partecipanti. In particolare, si tratta di operatori del settore, studi legali, per conto di società private, associazioni rappresentative di banche e società per azioni (es. ABI, ASSONIME, ASSOSIM). Tutte le osservazioni ricevute sono state pubblicate integralmente sul sito *internet* della Commissione.

Si è già detto che il modello procedimentale seguito dalla CONSOB rappresenta la forma più evoluta di *notice and comment*.

Prima dell'adozione della comunicazione definitiva, infatti, la Commissione pubblica sul proprio sito *web* un utilissimo documento in cui sono riassunti gli esiti della consultazione

41 Le quattro comunicazioni sono: *Comunicazione relativa alle informazioni da pubblicarsi in occasione di talune operazioni di aumento di capitale riservate ad un unico investitore deliberate da emittenti con azioni ammesse alle negoziazioni in mercati regolamentati*, del 10.07.2008; *Comunicazione relativa alle situazioni di incompatibilità dei componenti degli organi di controllo degli emittenti ai sensi dell'art. 148, comma 3, lett. c), del TUF*, del 17.07.2008; *Comunicazione relativa alla nomina dei componenti gli organi di amministrazione e controllo. Raccomandazioni*, del 26.02.2009; *Indicazioni e orientamenti per l'applicazione del regolamento sulle operazioni con parti correlate*, del 24.09. 2010.

pubblica svolta.

In particolare, nel resoconto sono raccolte, per area tematica, sia le osservazioni presentate dai soggetti consultati sulla bozza di testo della comunicazione che le considerazioni formulate dalla Consob in merito alle specifiche richieste dei partecipanti. Inoltre, è allegato al documento il testo della comunicazione definitiva con indicate le parti modificate, rispetto alla proposta originale, ad esito del processo di consultazione.

In tal modo, risulta facilmente verificabile quante e quali osservazioni sono state recepite dalla Commissione. Dalla lettura delle considerazioni della CONSOB, inoltre, i singoli partecipanti possono anche comprendere per quali ragioni una loro richiesta non ha trovato accoglimento.

In tutti e quattro i casi analizzati, i contributi forniti dai destinatari hanno influenzato notevolmente la scelta finale dell'Autorità. Sono state, infatti, sempre numerose le modifiche e le integrazioni apportate, a seguito della consultazione pubblica, alla bozza di comunicazione inizialmente proposta.

Da segnalare, da ultimo, la consultazione pubblica svolta nel 2009 dalla CONSOB sulla bozza di comunicazione contenente raccomandazioni in merito alla valutazione dell'organo amministrativo di società quotate sulla sussistenza dei requisiti previsti per i propri componenti dichiaratesi indipendenti. In questo caso, la procedura consultiva ha permesso alla Commissione di prendere atto dell'intenzione di Borsa Italiana di avviare una revisione del Codice di autodisciplina anche per tener conto delle migliori prassi rilevate e delle esigenze di trasparenza emerse nella specifica materia. Al termine della consultazione, la CONSOB ha deciso, pertanto, di rinviare l'adozione della comunicazione per poter valutare gli sviluppi dell'autoregolamentazione.

5. Il *soft law* nelle AI: procedure oscure e assenza di garanzie?

Gli atti persuasivi e collaborativi prodotti dalle varie Autorità indipendenti italiane sono molto eterogenei. Tuttavia, dall'analisi svolta è possibile individuare le seguenti tipologie, utilizzando come criteri di distinzione: il soggetto proponente, l'oggetto ed i destinatari dell'intervento.

Per quanto riguarda la fase dell'iniziativa, è possibile distinguere tra le *risposte ai quesiti* o i *pareri*, tipici atti di *soft law* ad istanza di parte, e gli interventi cd. "d'ufficio", ovvero i casi in cui l'AI di propria iniziativa decide di esercitare la funzione di *moral suasion*, pubblicando una *comunicazione*, *determinazione*, ecc.

Relativamente all'oggetto, è possibile distinguere tra i casi in cui l'Autorità interviene per fornire *chiarimenti* e *orientamenti* agli operatori circa l'esatta interpretazione di norme endogene (ad es. regolamenti precedentemente emanati) dai casi in cui l'Autorità si spinge ad interpretare norme esogene (ad es. articoli del codice civile, leggi nazionali, direttive europee).

Da ultimo, relativamente ai destinatari, è possibile distinguere tra atti di *soft law* specifici, ovvero indirizzati ad un singolo operatore del settore e finalizzati a risolvere problemi concreti e puntuali (ad es. le *risposte ai quesiti*), ed atti generali ed astratti, rivolti a tutti gli *stakeholders* (ad es. le *determinazioni*, le *istruzioni*) ed aventi una natura paranormativa.

Quest'ultimi tipi di interventi sono quelli più problematici, in quanto le AI, utilizzando gli strumenti di *soft law* al di là del caso specifico, forniscono l'interpretazione delle disposizioni della legge stessa e si spingono fino a dettare principi e direttive di carattere generale, estendendo di fatto il proprio potere normativo.

Prevedere l'estensione dei principi del giusto procedimento⁴² (cd. *due process*) per tutte le suddette tipologie di *soft laws* sarebbe, oltre che difficilmente realizzabile, controproducente. A quel punto, infatti, molto probabilmente, le stesse AI rinuncerebbero ad avvalersi di questi strumenti, spesso utilizzati proprio per la maggiore flessibilità rispetto agli atti di *hard law*.

Sarebbe opportuno e necessario, invece, graduare le garanzie procedurali connesse all'esercizio da parte delle AI della funzione di *moral suasion* da caso a caso.

⁴² Sul principio del giusto procedimento nelle autorità di regolazione si veda S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2002, pp. 267 ss.

In particolare, il *due process* dovrebbe essere garantito solo per gli atti di *soft law* paranormativi, generali ed astratti. Viceversa, per gli interventi specifici, in risposta a casi concreti, sarebbe sufficiente assicurare idonei meccanismi di pubblicità delle informazioni rilasciate ai singoli operatori del mercato.

Ebbene, dall'indagine svolta emerge che per gli atti specifici il principio di pubblicità sembra già essere rispettato da tutte le Autorità esaminate. Le risposte ai singoli quesiti sono sempre pubblicate in tempo reale sul sito *internet* istituzionale. Per gli atti a carattere generale, poi, è spesso prevista la pubblicazione anche nel Bollettino ufficiale dell'Autorità (v. tab. 2).

Relativamente, invece, al livello di trasparenza e partecipazione, garantito ai soggetti interessati nel procedimento di adozione degli atti di *soft law* generali ed astratti, non vi è omogeneità di disciplina tra le diverse AI.

Tranne l'ISVAP e la COVIP, tutte le altre Autorità considerate (Garante *Privacy*, Banca d'Italia, CONSOB, AVCP) preferiscono consultare, in maniera pubblica, gli eventuali operatori economici interessati prima di adottare il testo di un intervento di *soft law* a carattere generale, ritenuto particolarmente rilevante per il mercato di riferimento (v. tab. 2).

Tuttavia, non essendoci alcun obbligo procedurale, ciò avviene a totale discrezione della singola AI e solamente per una minima parte della *soft regulation* dalla stessa prodotta.

Basti pensare che, delle dodici linee-guida pubblicate dal Garante dal 2007 ad oggi, solamente tre sono state sottoposte a consultazione pubblica. Relativamente al settore dei contratti pubblici, poi, dal 2009 ad oggi, sono solo quattro su venti le determinazioni assunte dall'Autorità previo svolgimento di una formale procedura consultiva *on line*.

Spesso, poi, il procedimento seguito garantisce solamente un generico rispetto del principio del contraddittorio. In alcuni casi, infatti, l'Autorità si limita ad avviare la consultazione pubblica senza assicurare la trasparenza in merito ai contenuti (es. Garante *Privacy*) e/o al seguito delle osservazioni pervenute dai partecipanti (es. AVCP). In altri, invece, si procede alla pubblicazione dei commenti ricevuti, ma in forma anonima (es. Banca d'Italia).

Al momento, dunque, l'unica AI che sembra seguire una vera e propria procedura di *notice and comment*, anche per gli interventi di *moral suasion* generali ed astratti, è la CONSOB.

L'esperienza della Commissione, seppur limitata finora a soli quattro casi, ha dimostrato

i molteplici benefici che possono conseguire da un preliminare confronto e dialogo con il mercato, a vantaggio sia dell’Autorità che degli operatori del settore.

Lo svolgimento di una preliminare consultazione pubblica ha consentito, infatti, alla CONSOB di migliorare e perfezionare gli interventi di *moral suasion* e *dissuasion* dalla stessa predisposti, al fine di renderli più rispondenti alle reali esigenze del mercato e più utili per i destinatari.

In certi casi, le modifiche e le integrazioni alla bozza di comunicazione, apportate dalla Commissione per accogliere le osservazioni dei soggetti consultati, sono state così rilevanti da poter intravedere, nell’adozione di questi atti di *soft law*, quasi un meccanismo procedurale di co-decisione tra regolatore e regolati.

Sarebbe auspicabile, pertanto, estrapolare dalla *best practice* seguita dalla CONSOB alcuni *standards* procedurali e richiederne obbligatoriamente il rispetto per tutti gli atti generali ed astratti di *moral suasion* adottati dalle varie Autorità indipendenti, al fine di rendere più trasparenti ed aperti ai soggetti interessati i relativi procedimenti di adozione. Da ultimo, sarebbe altresì opportuno prevedere sistemi di valutazione *ex post*, al fine di avere elementi ed informazioni utili, per poter correggere ed affinare il contenuto dell’intervento di *soft law* precedentemente intrapreso oppure decidere di passare all’*hard law*.

