

Consistenza, articolazione ed ambiguità della “regolazione”

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Un largo campo per un termine ambiguo - 3. Origini concettuali e svolgimenti formali della “regolazione” - 4. L’originale esperienza statunitense di “regolazione” tra competenza tecnica ed intervento arbitrare: specificità del modello - 5. Elementi classificatori e descrittivi intorno alla “regolazione” - 5.1. *Intorno alle tecniche di “regolazione”* – 5.2. *Intorno al soft law* - 5.3. *Intorno alla soft regulation e alla tough regulation* – 6. Ancora intorno alle tecniche di regolazione. Regole tecniche e norme tecniche: produzione, effettività, istituzionalizzazione – 7. Pluralità degli interessi, complessità, rapido cambiamento, “regolazione”. Crisi del diritto, democrazia e governance. Impresa e “coregolazione” - 8. Stato dell’arte sulla “regolazione” nella dimensione europea - 8.1. *Il “buon ambiente regolativo”* 8.2. *Il Piano d’azione “Semplificare e migliorare l’ambiente regolativo” e la ricerca di indicatori e strumenti quantitativi comuni* – 8.3. *Le agenzie di regolazione* – 8.4. *Orientamenti e stimoli per gli Stati membri* - 9. Stato dell’arte sulla regolazione nella dimensione italiana – 9.1. *Rievocazioni e connessioni: regolazione del territorio e dei beni pubblici* - 9.2. *Primi approcci d’insieme* - 9.2.1. *Apporti definitivi e funzionali della direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 27 marzo 2000 “Analisi tecnico-normativa e analisi dell’impatto della regolamentazione”* - 9.2.2. *Apporti definitivi e funzionali della direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 21 settembre 2001 “Direttiva sulla sperimentazione dell’analisi di impatto della regolamentazione sui cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni”* - 9.3. *Evoluzione della correlazione tra regolazione, riassetto normativo e normazione tecnica* - 9.3.1. *La legge 23 dicembre 2000, n. 388 “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge finanziaria 2001)”* – 9.3.2. *La legge 29 luglio 2003, n. 229 “Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione – Legge di semplificazione 2001”* - 9.3.3. *La legge 15 dicembre 2004, n. 308, “Delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l’integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione”* – 9.3.4. *La legge 4 febbraio 2005, n. 11 “Norme generali sulla partecipazione dell’Italia al processo normativo dell’Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari”* - 9.3.5. *La legge 18 aprile 2005, n. 62 “Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti*

dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004"- 9.3.6. La legge 28 novembre 2005, n. 246 "Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005" - **10. Ambiguità rivelate e accenni di sistemazione** – 10.1. Sulle ambiguità storiche – 10.2. Sulle ambiguità dell'Ue: regolazione e regolamentazione – 10.3. Sull'ambiguità italiana – 10.4. Sulla correlazione tra regolazione, competitività e crescita – 10.5. Sugli obiettivi Ocse – 10.6. Sui termini e sulle definizioni – **11. Considerazioni finali sulla “regolazione” come categoria attuale ed autonoma – Bibliografia**

1. Introduzione

Il Consiglio di Stato, nel parere reso in adunanza generale il 25 ottobre 2004, si è occupato dei codici di settore, considerandoli come “nuova regolazione”, alla quale “andranno pertanto applicati, quando saranno portati a regime, gli strumenti tipici di qualità della normazione: l’analisi d’impatto della regolazione (Air), la consultazione, la valutazione ex post dell’impatto regolamentare (Vir)”.

In queste poche parole sono ricompresi concetti e comparti in forte movimento nella cultura giuridica (e non) nonché nelle elaborazioni ordinamentali sia interne sia sovranazionali; concetti e comparti fortemente correlati, ma limitati e frenati da una certa dose di ambiguità.

Sta di fatto che in Italia le istituzioni pubbliche sono da tempo coinvolte in un processo di revisione delle forme tradizionali di gestione degli interessi e di intervento nell’economia, forme precedentemente caratterizzate da modalità di espressione autoritative ed orientate alla segretezza del processo di definizione della decisione formale. Conseguentemente anche in Italia si registrano rappresentazioni nuove dei rapporti tra politica e istituzioni, talché, ad esempio, si ragiona di “democrazia degli interessi” e sono apparsi necessari allo studioso e poi al legislatore una ricollocazione dell’interesse pubblico nel quadro procedimentale, un diverso significato della discrezionalità amministrativa e la ricerca del “consenso” (attraverso l’informazione, la consultazione e la trasparenza) nell’esercizio delle pubbliche funzioni.

Più in generale lo Stato contemporaneo legge la sovranità popolare attraverso una diversa percezione dell’interesse del cittadino, visto ora anche come utente e come consumatore, mentre hanno sempre più concreto rilievo le formazioni intermedie, specialmente quelle imprenditoriali ed associative, nonché le singole imprese, meglio il loro ruolo. Prendono inoltre forma, consistenza e potere corpi ed uffici deputati o specializzati nella formazione (e nell’applicazione) di norme (o regole) a prevalente contenuto tecnico, di cui è spesso difficile la distinzione e la collocazione nel quadro delle fonti del diritto, ma per le quali si pone comunque il problema del controllo di attendibilità democratica del processo formativo oltre che quello della loro ordinata e semplice lettura, derivante inevitabilmente dalla necessità, dal numero e infine dalla qualità delle regole in questione.

I mutamenti a cui si è sommariamente accennato, avvenuti con scansioni e tempi diversi nelle diverse realtà statuali e culturali occidentali ed ormai accentuati anche in Italia, incidono dunque sia sulle relazioni tra istituzioni, sia sulla produzione e sistemazione (non per nulla in crisi) delle fonti del diritto. D’altra parte occorre sottolineare che è il potere regolatorio pubblico

– non identico al potere legislativo e regolamentare – a marcare i contorni delle attività private nonché a stabilire criteri e modalità per contrastare rischi emersi o emergenti (tipicamente in campo ambientale, sanitario ed alimentare).

Dunque il profilo problematico della “regolazione” si colloca nell’accennato contesto vasto, indefinito ed incompiuto, segnato comunque dalla complessità e dai legami fittissimi tra economia, scienza e tecnica. Del resto quel profilo costituisce aspetto non irrilevante della politica costituzionale, del diritto pubblico positivo e di una possibile politica o policy della “qualità della normazione”.

2. Un largo campo per un termine ambiguo

Un approccio teorico largamente seguito anche in Italia utilizza in senso lato il termine *regolazione*, ricomprendendovi gran parte delle norme del diritto dell’economia, del diritto del lavoro, del diritto dei consumatori, del diritto dell’ambiente, del diritto sanitario, del diritto della previdenza e dell’assistenza sociale.

Nella medesima direzione si muove l’Ocse, che considera la regolazione come “*the diverse set of instruments by which governments set requirements in enterprises and citizens*”, ricomprendendovi peraltro leggi, provvedimenti formali ed informali e norme delegate emesse da tutti i livelli governativi e da organismi non governativi o di autoregolazione ai quali il Governo (meglio l’ordinamento) abbia delegato poteri di regolazione. In questo ampio campo, sempre secondo gli studi dell’Ocse, che dal 1987 svolge un programma di analisi degli strumenti nazionali di riforma della regolazione e del loro impatto, è possibile distinguere:

- la “*regolazione economica*” che interviene direttamente nelle decisioni di mercato, attraverso la regolazione dell’entrata e dell’uscita e dei prezzi;
- la “*regolazione sociale*” che evoca gli interventi tesi alla cura di interessi pubblici prevalenti, come la salute e la sicurezza dei lavoratori, la protezione ambientale, la tutela dei consumatori;
- la “*regolazione amministrativa*” con la quale i pubblici poteri impongono una serie di adempimenti, i c.d. *red tape*, attraverso i quali raccolgono informazioni ed intervengono nelle decisioni economiche degli operatori.

Estensivamente, si tende poi ad includere nella regolazione anche la disciplina della concorrenza che, peraltro, invece di conformare determinate attività rispetto a contenuti specifici (come sarebbe per la regolazione in senso stretto) si limita a segnare un confine

generale per le libere scelte degli operatori economici.

Sul piano critico è stato osservato che una definizione troppo ampia, comprendente in definitiva tutti gli interventi pubblici, potrebbe rendere inutile la stessa nozione di “*regolazione*”. Ma è stato anche osservato che a fronte di un uso inflazionato della “*regolazione*”, tende ad espandersi la “*de-regolazione*”, intesa come soppressione di regole di diritto pubblico che condizionino o limitino l’attività economica privata, con ciò perseguendosi l’estensione del diritto comune.

È dunque su questo corpo problematico che si innestano le soluzioni (ma assai più le incertezze) ordinamentali e letterali italiane. Ad esempio, incerto sulla distinzione tra regolamentazione e regolazione, il legislatore della legge 8 marzo 1999, n. 50 “Delegificazione e testi unici di norme concernenti procedimenti amministrativi – legge di semplificazione 1998” utilizza il termine “*regolamentazione*” per indicare il campo di applicazione della “analisi di impatto della regolazione” (Air). Quest’ultima è invece evocata correttamente nelle direttive di Governo del 27 marzo 2000, e del 21 settembre 2001 per la sperimentazione della stessa analisi di impatto che peraltro, si afferma, deve riguardare anche le circolari e le regole tecniche contenute in atti “*non normativi*”, con ciò evocando l’accennata intenzione dell’Ocse.

Comunque l’ordinamento italiano appare orientato, pur senza una conclusione sistematica, a considerare la “*regolazione*” non già identica alla “*regolamentazione*”, ma da intendere come quel vasto campo di produzioni normative che ora costituisce “*regolazione*” per alcune non secondarie istituzioni internazionali, mentre una diversa accezione si ricava da alcuni antichi e forti ordinamenti stranieri.

3. Origini concettuali e svolgimenti formali della “*regolazione*”

Il termine “*regolazione*” è traduzione dell’inglese “*regulation*”, reso peraltro e sovente nella traduzione italiana con “*regolamentazione*”, termine quest’ultimo che, a sua volta, non ha corrispondenza in inglese, ma solo in francese.

Sta di fatto che:

- nello *standing rule* inglese del 1715 per *regulation* si intende una “*regola stabilita per la gestione di una determinata materia ovvero per regolare un comportamento*”;
- la cultura giuridico-politica statunitense considera la “*regulation*” come “*regola*” o “*ordine*” per “*la gestione o per il governo*” (in *Carless v. Watson*, 180 Ind. 86, 102, N.E. 497, 499) ovvero come “*ordine*” stabilito da un’autorità superiore o competente e

riguardante comunque una azione rientrante nel suo potere di controllo (State v. Miller, 33 N. M. 116, 263 P. 510, 513).

Nel Regno Unito, il termine “*regulation*” è di recente rientrato nell’attualità istituzionale attraverso le Autorità regolatrici che sono state incaricate negli anni ‘90 di gestire la transizione da una serie di monopoli pubblici alle cosiddette privatizzazioni ed alle regole della concorrenza. In definitiva le *Regulatory Agencies* inglesi hanno avuto il compito di utilizzare “poteri regolatori” essenzialmente per proteggere i consumatori, sicché si è inteso talvolta che l’azione del soggetto regolatore costituisce una sorta di surrogato della concorrenza.

Ma a parte questa recente revitalizzazione, l’ordinamento inglese fu certamente il primo ad utilizzare i modelli e gli obiettivi della *regulation* quando nei primi decenni dell’Ottocento l’avvento del trasporto ferroviario pose problemi tecnico-giuridici ed economici nuovi ed imponenti, sia in ordine all’uso del territorio e della proprietà, sia in ordine all’applicazione ed al controllo di nuove tecnologie.

Queste esperienze e terminologie hanno fatto sporadiche e talora significative comparse anche in altri ordinamenti, ma la realtà più articolata, matura e persistente, rilevante anche sul piano costituzionale, è stata ed è quella degli Stati Uniti d’America che, come subito si dirà, annoverano tra l’altro numerose *independent regulatory commissions*, costituenti un vero e proprio modello ordinamentale e costituzionale.

4. L’originale esperienza statunitense di “regolazione” tra competenza tecnica ed intervento arbitrale: specificità del modello

L’esperienza statunitense può essere per alcuni versi chiarificatrice del tema della “regolazione”, anche se in quel paese si è dato vita ad un modello di grande rilievo storico ed istituzionale, di difficile ripetibilità integrale.

I germi di quel modello si rinvennero in effetti in “*The Federalist*”, laddove Madison sottolineava come sia bene che accanto al “modello maggioritario di democrazia” esista un correttivo non maggioritario (la rappresentanza democratica degli interessi), particolarmente attento a proteggere tanto le minoranze dalla “tirannia della maggioranza”, quanto le funzioni giudiziarie, esecutive e amministrative dalle assemblee rappresentative e dall’opinione incostante della massa.

Su quella intuizione furono poi alcuni Stati membri gli inventori delle “Commissioni regolatrici indipendenti”, ma fu l’istituzione della Interstate Commerce Commission nel 1887 a

definire un'autorità federale con poteri regolatori estesi a tutto il territorio.

Il problema centrale affrontato fu proprio quello della legittimazione democratica della Interstate Commerce Commission e di quelle che la seguirono. In definitiva i poteri delle Commissioni indipendenti – quasi legislativi, amministrativi e quasi giudiziari – furono giustificati e si reggono tuttora sulla specificità tecnica della materia che trattano e di coloro che le compongono, con ciò evidenziandosi per tempo il profilo attualissimo della legittimazione del potere dei tecnici e degli esperti.

Sul piano sostanziale l'istituzione delle Independent Regulatory Commissions costituì allora una sorta di compromesso per la soluzione di conflitti sostanziali tra diversi settori economici di interesse pubblico. All'origine fu quello tra grandi compagnie ferroviarie e agricoltori, a cui corrispondeva la polemica tra liberisti e interventisti in campo economico.

È poi da rilevare che il modello delle Commissioni indipendenti e della loro funzione “regolatrice” fu scelto e comunque mantenuto a fronte di altri: quello di una legge generale sulla disciplina del mercato (quale fu nei decenni successivi la legislazione antitrust), quello di un allargamento della potestà regolamentare del Governo in materia economica, quello della statizzazione o nazionalizzazione di determinati settori della produzione e dell'economia. Come detto, la scelta del modello delle Commissioni regolatrici indipendenti fu adottata soprattutto perché consentiva di demandare ad un collegio di esperti, costantemente presenti sul campo ma sottratti alla diretta influenza del Presidente e del Congresso, un intero ciclo regolativo, rivolto infine a misurare ed a controllare gli interventi necessari per dare e mantenere l'equilibrio in determinati settori dell'economia. Si puntava insomma sulla probabile obiettività, sulla flessibilità e sul realismo di un comitato di esperti di settore, chiamati continuamente a costruire regole e misure, a vigilare sulla loro applicazione, a giudicare in prima istanza controversie concrete. Si arrivò anzi a sostenere che le autonome decisioni di un collegio specializzato offrivano anche una prospettiva di congruità e di esattezza scientifica degli orientamenti e delle decisioni delle Commissioni regolatrici indipendenti.

Emerge dunque nell'originale esperienza statunitense l'intento principale di costituire organi imparziali e sottratti all'immediata direttiva politica, volti invece a ricercare l'equilibrio tra interessi diffusi e collettivi da un lato e libera iniziativa economica dall'altro.

Dunque quelle commissioni hanno contatti solo discontinui con le tre *branches of Government* e ciò ha rilievo già nella loro formazione e composizione: occorre infatti una specifica collaborazione tra Presidente e Congresso per la nomina dei membri, i *commissioners*

durano in carica un tempo più lungo rispetto al mandato di chi li ha nominati, il loro rinnovo non è mai contemporaneo.

L'indipendenza delle Commissioni regolatrici rileva anche sul piano funzionale, dato che ciascuna di esse ha appunto la funzione di "regolare" il settore socio-economico che ad essa fa capo; esercita funzioni semi-giurisdizionali sia nella irrogazione di sanzioni per la violazione delle proprie "regole" sia nella decisione in prima istanza dei ricorsi presentati contro provvedimenti emanati dalla stessa Commissione, salva la possibilità di appello alle Corti; svolge funzioni tipicamente amministrative attraverso l'attribuzione di licenze, autorizzazioni e permessi, riguardanti naturalmente lo specifico settore a ciascuna attribuito.

Il punto nodale della tratteggiata costruzione istituzionale e funzionale resta comunque quello della regolazione in senso stretto, ossia della produzione e dell'aggiornamento di norme e regole specifiche per il settore economico o socio-economico a cui la singola Commissione indipendente è preposta, il che avviene formalmente in base ad una delega del Congresso. Questa soluzione, come detto, fu a suo tempo prescelta perché consentiva di dare a norme e regole di settore ed alla conseguente attività amministrativa, flessibilità ed adattabilità alla dinamica naturale dell'economia. Quest'ultima, più che utile, era ritenuta necessaria e però difficilmente compatibile con la rigidità e la durabilità della legislazione generale.

Si colgono così, pur nella sommarietà dei tratti, da un lato elementi propri ed esclusivi dell'esperienza statunitense nella sua fondazione e nella sua evoluzione; dall'altro alcuni concetti, paradigmi e schemi che attengono al tema generale della "regolazione" e che dunque possono essere considerati ed applicati, pur con prudenza, alle attuali discussioni e soluzioni.

5. Elementi classificatori e descrittivi intorno alla "regolazione"

L'esperienza statunitense così come quella inglese, ricche di suggestioni, non consentono però di formulare una definizione univoca e tanto meno dogmatica di "regulation", sicché resta l'impressione di ambiguità del termine e di ciò che esso esprime non solo sul piano giuridico e amministrativo.

Conviene precisare che l'esigenza della regolazione e la logica che ne hanno guidato l'evoluzione storica e l'attuale rilancio stanno essenzialmente nella necessità soprattutto contemporanea di dare voce istituzionale a interessi specifici coesistenti ed eventualmente confliggenti in uno stesso ambito socio-economico ed ambientale; di dare evidenza al ruolo

delle imprese, da intendere come soggetti istituzionali, e conseguentemente al mercato ed alla concorrenza come istituti non separabili dall'ordinamento generale; di dare dunque risposta al correlato bisogno di "regolare" dinamicamente i rapporti ed i comportamenti che ne derivano sulla base del progresso scientifico e tecnico, che ormai riguarda tutte le attività ed i relativi interessi; infine, nella necessità di individuare e praticare tecniche diverse da quelle della legislazione, della regolamentazione e della provvidimentazione per fornire e aggiornare continuamente quelle regole nel rispetto delle garanzie tipiche di un ordinamento generale e democratico. In questo contesto le soluzioni ossia i modelli sono stati e sono molteplici e anche questo è valso a mantenere alla "regolazione" una certa ambiguità.

Come detto, il tema della regolazione, esploso con la crisi dello Stato interventore nell'economia, a cui si vorrebbe sostituire uno "Stato regolatore", ha origine nei primi decenni dell'Ottocento in Inghilterra e negli Stati Uniti d'America, dove assunse un rilievo quasi costituzionale attraverso la istituzione ad opera del Congresso di numerose Independent Regulatory Commissions, tuttora largamente e proficuamente operanti. La nuova fase di espansione della "regolazione", registrata in Europa negli ultimi tre decenni con sviluppi paralleli negli stessi U.S.A., propone modellistiche organizzative e funzionali diverse.

Una di esse prevede la immissione nei tradizionali modelli amministrativi pubblici basati sulla separazione dei poteri e delle funzioni, di una "funzione regolatrice" rivolta a soddisfare i bisogni di rappresentazione degli interessi e di relativa regolazione senza tuttavia costruire organi ed azioni separate.

Un altro modello, perseguito laddove i vincoli costituzionali ed ordinamentali non sono considerati rigidi ed immutabili, tende a trasformare gran parte dell'amministrazione pubblica in un vero e proprio sistema regolativo generale, assumendo che pluralità e conflittualità degli interessi richiedono adattamento continuo delle scelte con la garanzia di un sapere scientifico tuttavia controllabile e con il riconoscimento di un ruolo istituzionale per scienziati ed esperti.

Un terzo modello (a cui altri se ne potrebbero aggiungere come commistione dei primi) privilegia invece la costituzione di "autorità" e "agenzie" indipendenti, aventi soprattutto ma non esclusivamente il compito della regolazione e attratte ora nella sfera del Parlamento, ora in quella del Governo.

È infine da osservare che, come si vedrà in dettaglio, l'Unione europea sta sempre più puntando sul ruolo di proprie agenzie di regolazione, anche in correlazione con corrispondenti linee di regolazione prevalenti nell'ambito degli Stati membri.

5.1. Intorno ai soggetti ed alle tecniche di “regolazione”

In termini generali, ed interpolando diritto positivo e letture dottrinali anche di scienza politica sono da considerare potenziali soggetti regolatori: il legislatore, le corti, gli organi della politica economica, finanziaria, creditizia, monetaria e gli apparati di gestione dei servizi sociali, ma anche le imprese e le loro organizzazioni.

Ancora in termini generali conviene richiamare un passo del rapporto del Gruppo di lavoro “Better regulation” che ha operato nel 2001 per la redazione del Libro bianco sulla governance europea. Ha stabilito quel collegio che “l’arte della regolazione sta nel mix, ossia nell’applicazione del giusto strumento ai diversi profili di ogni questione da regolare. L’antitesi di una buona regolazione è proprio la compartimentalizzazione dell’approccio, ciò che in definitiva priva il regolatore della possibilità di utilizzare diversi strumenti o tecniche”.

A parte i soggetti, esperienze concrete e tentativi di loro concettualizzazione consentono di indicare le seguenti tecniche nell’attività di regolazione:

- legislazione primaria in campo penale, civile ed amministrativo specialmente quando sia volta ad attribuire e delimitare specifiche responsabilità;
- legislazione secondaria o regolamentare, rammentando che non esiste certa identità tra regolamentazione e regolazione;
- giudizi delle Corti in ambiti specializzati (ad es. locazioni ed affitti) e con riguardo particolare alla qualificazione e alla quantificazione della responsabilità penale, civile ed amministrativa;
- direttive amministrative;
- ordinanze di necessità ed urgenza;
- fissazione di standards di prodotti e di processi;
- definizione di obblighi di trasparenza;
- screening di prodotti, processi e produttori a fini autorizzativi;
- negoziazione di regole con i soggetti interessati;
- regolamentazione ed attribuzione di diritti trasferibili, ad esempio l’autorizzazione ad inquinare che può essere oggetto di autonoma compravendita sul mercato imprenditoriale;
- fissazione di tariffe d’accesso ad un servizio;
- allocazione di beni e benefici a favore di soggetti determinati, ritenuti i più meritevoli rispetto ad un interesse pubblico;
- proibizione di pratiche, tipicamente quelle anticoncorrenziali;

- tassazioni;
- strumenti di co-regolazione ed auto-regolazione;
- gestione diretta di entità produttive;
- attribuzione di sussidi e/o incentivi;
- pianificazioni e programmazioni, che riassuntivamente e per definizione utilizzano diverse tecniche di regolazione.

5.2. *Intorno al soft law*

Alcune delle tecniche di regolazione enumerate valgono a formare il c.d. *soft law*, ossia una fonte terziaria del diritto. Si tratta in genere di dichiarazioni con intento normativo, volte cioè ad influenzare la condotta dei destinatari, adottate di regola da organizzazioni internazionali o da pubbliche amministrazioni e tuttavia carenti di piena forza vincolante. In effetti si tratta di mere raccomandazioni o indicazioni di un corso d'azione auspicato, senza peraltro che l'eventuale mancata adesione dei destinatari generi il dovere di un'autorità di irrogare una sanzione. Esse, peraltro, se anche non determinano diritti giustiziabili, producono effetti giuridici indiretti o eventuali.

Sono forme di *soft law*:

- le indicazioni procedurali;
- le guide interpretative;
- le istruzioni per i funzionari;
- le regole di intento espresse in forma di raccomandazione;
- le norme o regole la cui violazione può costituire prova di comportamenti giuridicamente vincolati;
- le regole esortative o ammonitorie, in sostanza consigli volti ad agevolare, nell'interesse del consigliato, il raggiungimento del risultato da lui presumibilmente voluto;
- i codici di autoregolamentazione;
- le codificazioni di prassi consolidate.

5.3. *Intorno alla soft regulation e alla tough regulation*

Accanto alla *soft law* si pone per alcuni la *soft regulation*, a sua volta distinta dalla *tough regulation*.

Si produce quest'ultima quando l'intento sia quello di espandere la copertura regolativa

accentuandone la severità, l'intrusività, il dettaglio e al contempo l'inclusività e la generalità. Siffatta esperienza è esemplificata nell'approccio iperprotezionistico seguito negli Usa negli anni '60 e che finì col rendere sovente la *regulation* insensibile alle esigenze dei regolati, irragionevole ed infine inefficace: ciò perché di fronte a costi di ottemperanza eccessivi i destinatari non obbedivano, ovvero perché anche quando essi si conformavano non si registrava una correlazione tra la diversa condotta che veniva imposta e il prodursi del risultato auspicato.

Diversamente la *soft regulation* consiste in una "regolazione flessibile", in cui le norme sono meno dettagliate, più aperte e ricche di clausole solo generali. La loro applicazione è affidata a funzionari di appositi organismi regolativi specializzati, mentalmente e ideologicamente inclini e professionalmente addestrati a tenere in conto le caratteristiche dei destinatari della regolazione, allo scopo di evitare l'imposizione di comportamenti e costi irragionevoli, dimostrando invece capacità di ascolto e di considerazione delle peculiarità.

Si parla poi, specificamente, di *soft regulation* indiretta, fondata sull'informazione, sulla trasparenza, sull'impiego di strumenti volontaristici come quelli contrattuali o come l'auto-regolazione, sull'impiego di tecniche di quasi-mercato.

6. Ancora intorno alle tecniche di regolazione. Regole tecniche e norme tecniche: produzione, effettività, istituzionalizzazione

Si è detto a suo tempo che le caratterizzazioni originarie ed essenziali della "regulation" negli Usa fu, da un lato la rappresentazione degli interessi in forme specifiche e tecniche, dall'altro, la istituzionalizzazione del ruolo degli esperti – scienziati, tecnici e specialisti di settore – nella regolazione di quegli interessi. Questi elementi sono diventati via via rilevanti e spesso preponderanti nella maggior parte degli ordinamenti contemporanei, dando luogo, tra l'altro, alla specificazione delle tecniche di regolazione. In questo contesto si è più volte accennato a regole e norme tecniche, che costituiscono infatti una modalità importante di regolazione.

Dunque la distinzione tra "regole tecniche" e "norme tecniche" in senso stretto percorre largamente il campo della "regolazione" e costituisce ormai un vero e proprio tema di studio e di sperimentazione. Del resto quella distinzione è stata assunta nell'ordinamento comunitario europeo e poi in quello italiano con l'attuazione della direttiva del Consiglio 83/189 del 28 marzo 1983, che concerne formalmente la "procedura d'informazione nel settore delle norme e delle regolamentazioni tecniche" con riguardo specifico all'apposizione di limiti alla

circolazione delle merci e dei prodotti nell'area comunitaria. Ma in effetti quella direttiva contiene alcuni elementi istituzionali, successivamente rafforzati da altre norme comunitarie. Tra l'altro nella direttiva del 1983 figurano le seguenti definizioni:

- quella di “norma”, intesa come “specifica tecnica” approvata da un organismo riconosciuto ed abilitato ad emanare atti di “normalizzazione” e la cui osservanza non sia obbligatoria. Su questo presupposto si distinguono norme tecniche internazionali, europee, nazionali;
- quella di “regola tecnica” intesa come una delle “specifiche tecniche” o uno degli “altri requisiti”, comprese le disposizioni amministrative che ad essi si applicano e comunque ogni specifica o altro requisito, la cui osservanza sia obbligatoria.

Senza voler percorrere in questa occasione l'intero campo di studio di “norme e regole tecniche” si può tuttavia affermare che la linea tracciata per tempo dall'ordinamento europeo ha segnato quello italiano, che pure vantava sue proprie elaborazioni sulla materia. La direttiva giunse peraltro a collegare funzionalmente istituzioni statali, organismi esperti ed organismi europei indipendenti preposti alla “regolazione” tecnica.

Sta di fatto che ora la legge 6 febbraio 1996 n. 52 (Legge comunitaria 1994) all'art. 46 dispone che “ogni modifica degli organismi italiani di normalizzazione ... è comunicata alla Commissione delle Comunità europee dal Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato ... Le modifiche entrano in vigore alla data di pubblicazione del provvedimento nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee”. Apparentemente si tratta di una procedura di mera informazione, ma, nella sostanza, da un lato il campo oggettivo di applicazione trascende in forza di quella legge il ciclo di realizzazione dei “prodotti” per estendersi alla regolazione dei loro effetti sulla salute e sull'ambiente; dall'altro, il mero circuito informativo tra Stato e Comunità europea finisce con il delineare un vero e proprio sistema di produzione integrata di “norme” e “regole” tecniche.

Si nota d'inciso che anche l'attenzione ordinamentale su norme e regole tecniche è stata fortemente influenzata dai bisogni di integrazione delle politiche ambientali nelle politiche della produzione e dello sviluppo. Anzi proprio per quel tramite si è riproposto il grande ed attuale tema del ruolo degli scienziati e degli esperti nello svolgimento delle attività economico-produttive e nella loro “regolazione”. Basti rammentare che l'art. 130 R del Trattato europeo dispone che “nel predisporre la sua politica in materia ambientale la Comunità tiene conto dei dati scientifici e tecnici disponibili”.

È dunque vero che l'esigenza di integrare l'ambiente nelle altre politiche e negli altri settori

di interesse avviene largamente nell'ordinamento comunitario come in quelli statali attraverso la definizione di "regole tecniche" imposte autoritativamente ai produttori ed agli attori economici in generale. Ma a ciò si aggiungono largamente mezzi giuridici che si volgono all'integrazione su basi negoziali.

Proprio quest'ultima strada è stata indicata dall'ordinamento europeo tanto che a partire dal 1985 la Comunità, con il cosiddetto "nuovo approccio" piuttosto che perseguire l'armonizzazione degli ordinamenti e dei mercati attraverso la produzione in forme legislative, autoritative e cogenti di sempre più dettagliate "regole tecniche" e piuttosto che continuare ad espandere e complicare la produzione di proprie direttive e propri regolamenti a contenuto prevalentemente tecnico e che tuttavia mantengono intrinseche rigidità rispetto alla dinamica economica e tecnico-scientifica, ha impostato e sostenuto la costruzione di un sistema parallelo – negoziale e volontario – proprio per la produzione di "norme tecniche", tendendo per questa via alla armonizzazione o normalizzazione di processi produttivi e prodotti nei diversi ambiti statali.

In effetti la produzione di norme tecniche è affidata "per mandato comunitario" ad alcune istituzioni private di rango europeo – Cen, Cenelec, Etsi – che però sono tenute ad utilizzare per la diffusione delle "norme tecniche" da essi prodotte apposite linee collaborative costituite con i corrispondenti organismi privati di normalizzazione operanti nei singoli Stati membri.

Rinunciando ad una ulteriore specificazione del tema e volendosi invece limitare a ciò che appare più significativo nel quadro delle "tecniche di regolazione" conviene ribadire che mentre le "regole tecniche" in senso proprio derivano direttamente da una linea autoritativa e cogente, le "norme tecniche", prodotte da organismi privati (comunitari e/o nazionali) abbisognano soltanto di una pubblicizzazione, che si limita di regola all'annuncio ufficiale dell'avvenuta produzione e si volge a rendere di ciò avvertiti i destinatari. Ma i soggetti interessati per poter effettivamente e legalmente affermare di essersi attenuti nel processo di produzione o in altre attività di rilievo socio-economico alle "norme tecniche" prodotte dal sistema e raccolte in appositi compendi, devono anzitutto acquistare dagli enti di normalizzazione i relativi compendi e specifiche e devono, successivamente, richiedere le certificazioni di effettiva osservanza delle norme tecniche e dei loro frequenti aggiornamenti. Per tal via, accanto al mercato dei prodotti e dei servizi normalizzati, si ha un vero e proprio mercato organizzato delle norme tecniche e delle conseguenti certificazioni. Oltretutto tale mercato è alimentato dalla forte obsolescenza di quelle norme, determinata dalla evoluzione scientifica e tecnica e dalle

conseguenti applicazioni alle produzioni, alla diffusione ed alla fruizione di beni e servizi.

7. Pluralità degli interessi, complessità, rapido cambiamento, “regolazione”. Crisi del diritto, democrazia e *governance*. Impresa e “coregolazione”

Nuove categorie generali sono oggi richieste dalla pratica e vengono elaborate nella scienza giuridica ed in quella politica a fronte del crescente pluralismo conflittuale degli interessi nella società, che in ragione della tecnica e sulla spinta dell'economia continuamente cambia comportamenti, relazioni e abitudini. In questo contesto è tornato di attualità il tema della certezza del diritto e ciò per marcate motivazioni di disagio culturale e politico.

In verità la dottrina più attenta considera che la certezza del diritto può essere ormai trattata sia come valore, sia come tecnica sia infine come potere che sorregge la tecnica. Insomma se l'elaborazione filosofica ha evidenziato e la dottrina giuridica ripetuto, il valore della certezza come "volontà uguale e costante" della legge, questo enunciato ha dovuto confrontarsi con la realtà e con le esigenze del cambiamento, alimentato dalla tecnica, dall'economia, dal progresso sociale e dai correlati conflitti d'interessi.

La certezza del diritto assume ora dimensioni e caratteri diversi da quelli filosofici tradizionali, deve cioè adattarsi al "sistema di attuazione della vita di tutti i giorni" e si presenta soprattutto nella casistica di alcuni "settori a rischio" (ad esempio l'ambiente). Insomma la certezza, più che costanza della legge, "diventa la prevedibilità dell'intervento e dell'esito della decisione, la sicurezza dei rapporti giuridici". Sottolineava Predieri che sono "contro la certezza: l'errore, la cattiva applicazione, le violazioni, le incoerenze ed è chiaro che la certezza è formante dell'ordinamento, ma è chiaro anche che il cambiamento è formante in una società in cui il pluralismo e la poliarchia sono spinti fino al politeismo ... in una società che non è né lineare, né piramidale, in una società che ha abbandonato la metafora della piramide, per passare alla metafora dell'arcipelago, e arcipelago vuol dire uno Stato che è continuo governo, continua cibernetica, continuo aggiustamento, continua navigazione, continuo riportarsi all'etimo di navigazione, all'etimo greco del governo, che è continuo rimaneggiamento, continuo aggiustamento".

In un ordinamento democratico tutto questo significa "conflittualità e tolleranza continua, un mutamento assunto come processo formale e legittimante, il diritto, ma anche il metadiritto, come cultura epocale che va al di là delle scorie, delle contraddizioni, del cattivo uso, degli orrori dei condoni, delle fibrillazioni legislative o decretative e di tutte quelle altre forme di

terapismo normativo che ogni operatore conosce molto bene". Oltre a ciò "lo Stato conosce il diritto come risorsa scarsa, ma conosce anche ... il suo ruolo fondamentale di riduttore delle diseconomie esterne. Il singolo manda avanti la sua impresa, inquina ... per incrementare il profitto ... Deve intervenire lo Stato perché l'utilità del singolo non vada con gioco di diseconomie esterne, quello tipico dell'inquinamento, a creare degli svantaggi per gli altri. Deve quindi intervenire ... nel mercato, in continuazione, perennemente, modificando rapporti, introducendo controlli nuovi, introducendo norme di protezione, cambiando in continuazione una serie di norme".

Si può naturalmente sconfinare nel paradosso, ma quanto sintetizzato alimenta proprio la problematica della regolazione di cui la tecnicità della normazione è espressione e parte. Infatti proprio a fronte di difficoltà, disarmonie, incostanze ed incoerenze, si è tentato e si sta tentando di scoprire forme regolative, in parte spiccatamente normative, capaci di conciliare certezza e cambiamento, alimentato dalla compresenza e dalla conflittualità di numerosi interessi. Questi, spesso "non pervengono direttamente alla formazione degli organi costituzionali, ma tuttavia hanno un peso, un riconoscimento, una rilevanza straordinaria".

Su questo sfondo problematico, largo e complesso devono dunque essere valutate sia la regolazione in senso lato, sia la produzione e l'applicazione di regole e norme tecniche (in fondo un capitolo della regolazione), nonché le stesse tecniche regolative, tra cui principalmente le negoziazioni e gli accordi, in cui hanno un ruolo fondamentale i soggetti imprenditoriali ed altri attori sociali. Fenomeni e tecniche complessi e sicuramente con radici storiche, ma che l'attuale realtà economica, sociale e statale ripropone con connotati nuovi e ulteriormente complessi.

E' comunque questo il contesto in cui si colloca il tema generale della regolazione e quello specifico della regolazione a contenuto normativo o tecnico-normativo. In ogni caso in queste ultime forme di regolazione ha grande rilievo il ruolo degli esperti. E la dottrina statunitense ha spesso osservato al riguardo che i regolatori "possono godere di un grande potere, pur non essendo eletti e non essendo responsabili verso i detentori di cariche elettive" ponendosi l'interrogativo sul come si possa allora controllare l'esercizio di tale potere.

Su questi presupposti, larghi, complessi e forse non del tutto coerenti, si sviluppano alcune delle tendenze, non più solo teoriche, sul funzionamento della democrazia, sul governo in democrazia, infine, sulla "governance", categoria diversa dal governo, anzi nata dall'esigenza di riconsiderare il problema del governo (e del diritto) in una società complessa, densa di interessi ed in continuo cambiamento, quale è specificamente quella comunitaria europea.

In una nota del Libro bianco sulla governance europea pubblicato nel 2000, si rinviene un tentativo di definizione autentica della governance medesima come “le norme, i processi e i comportamenti che influiscono sul modo in cui le competenze sono esercitate a livello europeo, soprattutto con riferimento ai principi di apertura, partecipazione, responsabilità, efficacia e coerenza”. In una sede di riflessione e di proposta specifica in quanto costituita dai rappresentanti dei principali gruppi di interesse socioeconomico degli Stati membri dello Spazio economico europeo, riuniti nel 2002 nel Comitato consultivo del See, si sono poi registrati alcuni punti concettuali che sembra utile riportare. Si legge infatti in una risoluzione del 26 giugno 2002 che “negli ultimi decenni la globalizzazione dei mercati ha comportato dei cambiamenti nel modo di gestire la società. In sintesi, il sistema di governo di stampo parlamentare è stato in parte soppiantato da una governance basata sugli accordi”. In effetti mentre “il governo è la forma classica della gestione statale, basata su una gerarchia istituzionale e su un sistema di norme e regolamenti, la governance è una forma di gestione in cui gruppi o singoli individui provenienti da varie istituzioni, organizzazioni, organi e imprese a vari livelli collaborano in rete, nel quadro di un partenariato pubblico e privato. Sulla base di un dialogo, di trattative e della contrattazione collettiva vengono conclusi accordi e stipulati contratti che costituiscono il quadro di riferimento essenziale del futuro processo decisionale”. In sostanza “nell’ultimo decennio si è assistito alla transizione da un sistema costituzionale in cui dominavano i parlamenti nazionali ad un sistema di governance regolamentare internazionale di stampo collaborativo e associativo”.

In questo contesto, accanto alla storica “regolazione indipendente” di matrice anglosassone ed ai modelli di “regolazione amministrativa” gestita cioè da Agenzie più o meno indipendenti, che ne sono in qualche modo la filiazione e per i quali rileva massimamente il profilo della “consultazione” degli interessi e degli esperti, si delineano modelli nuovi e diversi, quelli della coregolazione e della autoregolazione coinvolgenti cioè direttamente gli attori economico-sociali, tipicamente l’impresa. In effetti il Piano d’azione “Semplificare e migliorare la regolazione” (Comunicazione della Commissione europea Com (2002) 278 def.) consente un approccio definitorio anche sulla “autoregolazione” (self-regulation) e sulla “coregolazione”. L’autoregolazione riguarda le prassi, le regole comuni, i codici di comportamento o gli accordi volontari che attori economici, sociali, Ong o gruppi organizzati definiscono di propria iniziativa, su base volontaria, per disciplinare e organizzare le loro azioni, ciò che non implica necessariamente la pre-esistenza di una legge ad hoc. Quanto alla “coregolazione”, essa

permette invece agli operatori socio-economici debitamente rappresentati od organizzati ed alle istituzioni pubbliche, nel quadro disegnato da un atto formalmente legislativo, di rimettere l'effettività delle norme alla definizione di "misure" concordate tra le parti interessate e riconosciute dalla legge come tali. Tutto ciò può valere, anche secondo la Commissione europea, ad "assicurare l'adattamento della legislazione ai problemi e ai settori in questione, alleggerire il lavoro legislativo concentrandolo su aspetti essenziali ed infine beneficiare dell'esperienza delle parti interessate, in particolare gli operatori e le parti sociali".

Anche la dottrina italiana, si è riaffacciata a considerare autoregolazione e coregolazione nel quadro ordinamentale interno. Così Cafaggi ha rilevato che "nei sistemi nazionali, l'autoregolazione ha una tradizione consolidata in alcune aree mentre costituisce una novità per altre. Alcuni settori, come quello professionale e quello sportivo, conoscono da sempre una combinazione tra regolazione ed autoregolazione; altri settori, invece, hanno attraversato cambiamenti importanti, passando da sistemi di regolazione prevalentemente o esclusivamente pubblica, a sistemi misti o essenzialmente autoregolati, generalmente con una responsabilità pubblica per il controllo e la supplenza in caso di fallimenti regolativi (mercati finanziari, tutela dei consumatori, tutela dell'ambiente, sicurezza dei prodotti, public utilities, privacy, internet, etc.). Anche queste rinnovate attenzioni sorreggono le riassunzioni seguenti.

8. Stato dell'arte sulla "regolazione" nella dimensione europea

In ambito comunitario europeo, a partire dal 1985, dapprima sporadicamente e poi con intensità crescente, si sono registrate numerose iniziative sulla qualità della regolazione ed insieme sulla semplificazione delle normative, dunque due temi diversi oggettivamente connessi. Peraltro quelle iniziative venivano considerate condizione importante per la costituzione e il buon funzionamento del mercato unico.

Sta comunque di fatto che nel 1997 uno dei protocolli allegati al *Trattato di Amsterdam* ha definito i principi della buona regolazione a livello comunitario.

8.1. Il "buon ambiente regolativo"

Il Consiglio europeo di Lisbona del marzo 2000, atteso che migliorare la qualità della "catena della regolazione", dal disegno regolatorio alla sua applicazione, richiede un'azione coordinata tra istituzioni comunitarie e Stati membri, ha concluso sulla necessità che

Commissione, Consiglio e Stati Membri definiscano una strategia comune per migliorare e semplificare il quadro regolatorio, prestando particolare attenzione all'“impatto” della “regolazione”.

Al Consiglio di Santa Maria de Feira del giugno 2000 è stato poi chiaramente precisato che una migliore regolazione costituisce uno dei requisiti fondamentali per raggiungere l'obiettivo di un equilibrato sviluppo, dato che un ambiente regolativo migliore promuove gli investimenti, l'imprenditorialità e l'innovazione favorendo la competitività, la crescita e l'occupazione. Tutti i Consigli europei che sono seguiti hanno sottolineato l'importanza di migliorare l'ambiente regolativo e di sostenere iniziative in tal senso.

Comunque alla fine del 2000 fu costituito un gruppo intergovernativo presieduto da Mandelkern con il compito di studiare il tema della “migliore regolazione” e di elaborare conseguenti proposte. Il rapporto del gruppo ha identificato sei principali aspetti del miglioramento della qualità della regolazione, tra cui sono l'“analisi di impatto” e la tecnica delle “consultazioni”. Inoltre il rapporto sottolinea la necessità di impegnare personale qualificato nell'attività di miglioramento della regolazione e dunque l'importanza di definire programmi di formazione mirati ad un cambiamento culturale ed allo sviluppo di competenze adeguate. Il rapporto richiama anche la necessità di una maggiore collaborazione e di un migliore coordinamento, sia tra le istituzioni europee sia tra queste e i singoli Stati membri.

In questo contesto il Gruppo Mandelkern ha formulato proposte per la definizione di un metodo comune di valutazione della qualità della regolazione ed in particolare ha sottolineato la necessità di realizzare l'applicazione uniforme ed integrata del diritto comunitario da parte delle amministrazioni nazionali, regionali e locali, puntando allo scopo su programmi di formazione degli addetti di tipo uniforme o integrato.

8.2. Il Piano d'azione “Semplificare e migliorare l'ambiente regolativo” e la ricerca di indicatori e strumenti quantitativi comuni

Nel giugno 2002, la Commissione europea, sorretta dalle positive reazioni al Libro bianco sulla governance europea e tenuto conto delle raccomandazioni del Gruppo Mandelkern, ha approvato la Comunicazione “Legiferare meglio” (Com(2002) 275 del 5 giugno 2002) ed il piano di azione “Semplificare e migliorare l'ambiente regolativo” (Com(2002) 278 del 5 giugno 2002), nelle quali ancora una volta le due linee tematiche vengono distinte, ma non separate.

Il piano d'azione della Commissione si volge tra l'altro a creare un collegamento tra

istituzioni europee e Stati membri; a facilitare l'implementazione e l'applicazione della normativa europea nei singoli Stati; a consentire il monitoraggio e la valutazione dell'applicazione delle norme comunitarie; a confrontare le diverse metodologie di analisi di impatto e di consultazione.

Nel corso del 2002 ed all'inizio del 2003, la Commissione ha dato seguito al richiamato piano di azione con otto Comunicazioni su altrettanti temi già considerati nel citato Libro bianco. Ancora la Commissione, insieme al Parlamento europeo ed al Consiglio, ha definito una strategia globale di miglioramento della "legislazione". Infine la Commissione, a partire dalla seconda metà del 2003, si è volta ad attuare proprie procedure e prassi.

Le iniziative della Commissione sono raggruppabili lungo due linee: quella del miglioramento del processo di formazione della legislazione comunitaria e dunque più strettamente collegate all'adozione degli atti normativi dell'Unione europea (*better legislation*); quella del miglioramento delle modalità di attuazione delle politiche comunitarie (*better application*).

Rientrano nella prima linea le iniziative della Commissione in materia di consultazione pubblica, reperimento ed utilizzo di pareri di esperti, utilizzo di agenzie di regolazione ed in materia di valutazione d'impatto. La seconda linea di attenzione comprende invece iniziative in materia di aggiornamento e semplificazione della legislazione in vigore, miglioramento della sua attuazione, monitoraggio sull'applicazione del diritto comunitario e miglioramento delle cosiddette "procedure di comitato".

Per quanto specificamente concerne la "valutazione d'impatto" (della legislazione), nel giugno del 2002 la Commissione europea ha approvato una ulteriore Comunicazione (Com(2002) 276 del 5 giugno 2002). Essa disegna un nuovo metodo di analisi dell'impatto della maggior parte delle proposte della stessa Commissione da applicare gradualmente e che prende in considerazione i profili economici, sociali ed ambientali. Tale metodo prevede: una valutazione preliminare d'impatto e, solo per talune proposte di rilievo, un'analisi più approfondita denominata valutazione d'impatto estesa (Vie). La Commissione si aspetta che gli Stati membri adottino metodi simili ed alleghino ai disegni di legge notificati alla Commissione stessa l'analisi d'impatto ora proposta insieme all'analisi d'impatto così effettuata. La Commissione chiede altresì che gli Stati membri adottino specifici standards procedurali sia per la "consultazione" sia per l'analisi di impatto per il recepimento delle Direttive comunitarie: ciò allo scopo di costituire un insieme comune dei risultati delle analisi compiute.

Infine la Commissione europea ha elaborato al suo interno linee guida per lo svolgimento di una nuova procedura di valutazione di impatto da parte dei propri uffici ed ha affidato a consulenti esterni la predisposizione di appositi indicatori anche di tipo quantitativo.

8.3. Le agenzie di regolazione

Anche in ambito europeo il tema della regolazione ha una specificazione nelle c.d. agenzie di regolazione e proprio in tale contesto si è da ultimo tentata una operazione definitoria della regolazione in quanto tale, di cui si dirà specificamente nel paragrafo finale. Intanto conviene rammentare che tra le ormai numerose agenzie istituite dalla Unione europea, la Commissione considera distintamente le agenzie meramente esecutive “incaricate di svolgere compiti di mera gestione” e le agenzie di regolazione “incaricate [secondo la versione italiana della Comunicazione della Commissione “Inquadramento delle agenzie europee di regolazione”, Com(2002) 718 def.] di partecipare attivamente all’esercizio della funzione esecutiva mediante atti che contribuiscono alla regolamentazione di un dato settore”. Più corrette appaiono la versione inglese e quella francese dello stesso documento, in cui rispettivamente si legge “The concept of European Regulatory Agency designates agencies required to be actively involved in exercising the executive function by enacting instruments which contribute to regulating a specific sector” e “La notion d’agence européenne de régulation désigne les agences chargées de participer de manière active à l’exercice de la fonction exécutive, en posant des actes qui contribuent à la régulation d’un secteur déterminé».

Sono dunque agenzie di regolazione:

- l'Ufficio per l'armonizzazione nel mercato interno (reg. Ce n. 40/94 del Consiglio del 20 dicembre 1993);
- l'Ufficio comunitario delle varietà vegetali (reg. Ce n. 2100/94 del Consiglio del 27 luglio 1994);
- l'Agenzia europea di valutazione dei medicinali (reg. Cee n. 2309/93 del Consiglio del 22 luglio 1993);
- l'Autorità europea per la sicurezza alimentare (reg. Ce n. 178/2002 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002);
- l'Agenzia europea per la sicurezza marittima (reg. Ce n. 1406/2002 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27 giugno 2002);
- l'Agenzia europea per la sicurezza aerea (reg. Ce) n. 1592/2002 del Parlamento Europeo e

del Consiglio del);

- l'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione (reg. Ce n. 460/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 marzo 2004),
a cui è da aggiungere l'Agenzia ferroviaria europea (reg. Ce n. 881/2004 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004) ancora in fase di organizzazione.

In realtà anche all'interno della ricostruita categoria non mancano differenze importanti concernenti sia l'organizzazione, sia i rapporti con le altre istituzioni, sia e soprattutto i compiti ed i poteri. Per quest'ultimo profilo la Commissione europea distingue:

- le agenzie incaricate principalmente di fornire assistenza sotto forma di pareri e raccomandazioni, su cui si fondano da un punto di vista tecnico e scientifico proposte legislative o decisioni specifiche della Commissione (es. Agenzia europea di valutazione dei medicinali e Autorità europea per la sicurezza alimentare);
- le agenzie incaricate principalmente di fornire assistenza sotto forma di relazioni ispettive, il cui fine è quello di consentire alla Commissione di assolvere la sua missione di "custode" del rispetto del diritto comunitario (es. Agenzia europea per la sicurezza marittima);
- le agenzie titolari del potere di adottare decisioni individuali, che producono però effetti giuridici vincolanti nei confronti di terzi (es. Ufficio di armonizzazione nel mercato interno, Ufficio comunitario delle varietà vegetali e Agenzia europea per la sicurezza aerea).

La Commissione europea sottolinea poi che neppure le agenzie di regolazione dotate di poteri decisionali propri possono adottare misure normative di applicazione generale e che "il ricorso alle agenzie titolari di poteri decisionali è limitato a quei settori in cui prevale un unico interesse pubblico o nei quali esse non siano chiamate a fungere da arbitri tra interessi pubblici in conflitto, né ad esercitare un potere di valutazione politica né a procedere a valutazioni economiche complesse".

Si tratta dunque di una materia tutt'altro che sistemata e che neppure sfugge ad una intrinseca ambiguità: ne è riprova il fatto che la Commissione sta ancora ricercando un accordo sulla materia in base ad un "progetto di accordo interistituzionale relativo all'inquadramento delle agenzie europee di regolazione" adottato nel febbraio 2005. Peraltro nello stesso progetto appaiono ancora elementi di incertezza classificatoria.

8.4. Orientamenti e stimoli per gli Stati membri

Il Consiglio europeo di Lisbona del marzo 2000 ha sottolineato ancora una volta

l'importanza del contributo degli Stati membri ad una migliore legislazione e regolazione europea, dato che essi hanno poi la responsabilità dell'applicazione o del recepimento della legislazione comunitaria.

Di conseguenza gli Stati membri hanno tentato un approccio collaborativo, talché, nel maggio del 2002 a La Rioja, i Ministri della funzione pubblica hanno adottato uno specifico programma a medio termine riguardante la "migliore regolazione".

La Commissione ha operato, ancora una volta, una sorta di coniugazione tematica, invitando gli Stati membri a semplificare e migliorare, per quanto di loro competenza, la "regolazione europea". Ciò che riguarda ovviamente il recepimento delle direttive, è stato specificato nei punti seguenti:

- le valutazioni d'impatto e le consultazioni pubbliche. Facendo seguito alle raccomandazioni del "gruppo Mandelkern", la Commissione ha intanto sollecitato gli Stati membri a effettuare la valutazione d'impatto dei progetti di norme nazionali da notificare alla Commissione. Gli Stati membri dovrebbero poi adoperarsi per recepire fedelmente ed entro il termine previsto gli atti comunitari ed a tal fine dovrebbero effettuare specifiche consultazioni per la scelta dell'approccio più adeguato al raggiungimento degli obiettivi di ogni direttiva. Pertanto la Commissione ha rilevato la necessità di norme chiare in materia di consultazione e di valutazione di impatto;
- la partecipazione degli Stati membri all'azione di miglioramento della regolazione prodotta dalla Commissione, anche in termini di semplificazione e recepimento della legislazione comunitaria;
- lo sviluppo di un efficace coordinamento tra la Commissione e gli Stati membri.

Nel giugno del 2003 la Presidenza greca ha tentato per la prima volta di svolgere un'analisi coerente e confrontabile dell'operato degli Stati membri. Il quadro che è emerso è il seguente:

- la maggioranza degli Stati membri ha introdotto e attuato politiche orizzontali in materia di migliore regolazione;
- i metodi e l'attribuzione delle responsabilità restano molto diverse per quanto attiene al recepimento della legislazione europea;
- la maggior parte degli Stati membri ha sviluppato procedure standard di valutazione d'impatto. In alcuni Stati la valutazione d'impatto è obbligatoria per le nuove iniziative legislative. Permangono però differenze in termini di qualità e di ricorso sistematico alla valutazione d'impatto;

- gli Stati membri stanno adottando procedure più sistematiche di consultazione pubblica. Tuttavia le pratiche differiscono ancora molto sotto vari profili: la consultazione non è sempre obbligatoria, il tempo concesso ai partecipanti alle consultazioni oscilla tra tre e dodici settimane ed infine variano la pubblicazione e l'impiego dei risultati. Non tutti gli Stati membri utilizzano Internet per le consultazioni pubbliche, anche se sembra che l'impiego di questo strumento si stia diffondendo;
- nel corso degli ultimi anni molti Stati membri si sono notevolmente impegnati per semplificare la propria regolazione. La maggior parte dei programmi statali di semplificazione ha come intento quello di favorire le piccole e medie imprese. Gli Stati membri hanno poi riconosciuto che i diversi approcci seguiti devono essere considerati oggetto specifico di scambio di conoscenze ed esperienze;
- sono state infatti proposte varie misure per migliorare lo scambio di informazioni e il coordinamento. In questo contesto il gruppo informale dei direttori e degli esperti nel settore di una migliore regolazione (Debr – Directors and Experts on Better Regulation), che riferisce ai Ministri della funzione pubblica, costituisce il principale forum di discussione e di promozione di iniziative in materia di migliore regolazione. È stato anche avviato un programma a medio termine per sviluppare e scambiare le migliori pratiche in tema di valutazione dell'impatto della regolazione. Non si è ancora giunti a costituire un forum generale di collaborazione tra Comunità e autorità nazionali sul tema "legiferare meglio", ma è stato proposto di istituire un gruppo di lavoro ad hoc del Consiglio.

Nel complesso, esperienze e pratiche degli Stati membri rimangono molto differenziate e, in assenza di una metodologia comune, risulta tuttora difficile presentare dati univoci e comparabili.

Nell'incontro di Rodi del giugno 2003, i Ministri della funzione pubblica hanno rinnovato il sostegno alla riforma, accogliendo con favore le nuove iniziative comunitarie. Insomma la cooperazione tra la Commissione e gli Stati membri e quella tra gli Stati membri sembra trasferirsi dal terreno di uno scambio di idee e di esperienze a quello dello sviluppo di azioni e strumenti comuni.

9. Stato dell'arte sulla regolazione nella dimensione italiana

9.1. Rievocazioni e connessioni: regolazione del territorio e dei beni pubblici

Non mancano nell'ordinamento giuridico italiano riferimenti anche antichi e spesso importanti al tema ed anche alle diverse tecniche di "regolazione". Ne fanno fede ed esempio:

- l'art. 4 della legge 17 agosto 1942, n. 1150 "Legge urbanistica", che disciplina "piani regolatori e norme sull'attività costruttiva", stabilendo, tra l'altro, che "La *disciplina urbanistica* si attua a mezzo dei *piani regolatori territoriali*, dei *piani regolatori comunali* e delle *norme sull'attività costruttiva edilizia*, sancite dalla presente legge o prescritte a mezzo di regolamenti";
- l'art. 5 della legge 28 gennaio 1994, n. 84 "Riordino della legislazione in materia portuale" che, riassumendo e razionalizzando prassi amministrativa e indirizzi tecnici maturati a partire dagli anni '20, stabilisce che nei porti principali "l'*ambito e l'assetto complessivo* del porto, ivi comprese le aree destinate alla produzione industriale, all'attività cantieristica e alle infrastrutture stradali e ferroviarie, sono rispettivamente *delimitati e disegnati* dal piano regolatore portuale che *individua* altresì le caratteristiche e la destinazione funzionale delle aree interessate. *Le previsioni del piano regolatore portuale non possono contrastare con gli strumenti urbanistici vigenti*";
- l'art. 2 della legge 4 febbraio 1963, n. 129 "Piano regolatore generale degli acquedotti" secondo cui "Il piano, deve:
 - a) *considerare le esigenze idriche* di tutti gli agglomerati urbani e rurali, sulla base di adeguate dotazioni individuali, ragguagliate all'incremento demografico prevedibile tra un cinquantennio, tenendo conto del corrispondente sviluppo economico;
 - b) determinare gli schemi sommari delle opere occorrenti per la costruzione di nuovi acquedotti o la integrazione e sistemazione di quelli esistenti, in relazione ai precedenti punti e *redigere un preventivo generale di spesa* tenendo anche conto dei progetti delle opere già elaborati dai Comuni, dai Consorzi di comuni o da Enti pubblici che gestiscono acquedotti già esistenti o in via di costituzione per la costruzione e la gestione di acquedotti;
 - c) *accertare la consistenza delle varie risorse idriche* esistenti o, correlativamente, *indicare quali gruppi di risorse idriche siano, in linea di massima, da attribuire a determinati gruppi di abitati* in base al criterio della migliore rispondenza dei primi a soddisfare il rifornimento idrico dei secondi;
 - d) *determinare gli schemi sommari* delle opere occorrenti per il corretto e razionale smaltimento dei *rifiuti liquidi*;

- e) *armonizzare l'utilizzazione delle acque per il rifornimento idrico degli abitati con il programma per il coordinamento degli usi congiunti delle acque ai fini agricoli, industriali e per la navigazione.*

Non mancano poi, e sono anzi prevalenti nella produzione normativa interna, soprattutto dopo il forte impatto che su di essa ha avuto la produzione normativa europeo-comunitaria le sovrapposizioni, le identificazioni e le confusioni tra “regolamentazione” e “regolazione” ma soprattutto la sovrapposizione a norme giuridiche primarie di “regole” dettate da organi amministrativi o da soggetti tecnici, nelle forme della “direttiva”, dell’indirizzo, della disciplina e del controllo di interi comparti e settori, e spesso con l’affermazione e il consolidamento di vere e proprie “fattispecie devianti”.

Il campo principale in cui sovrapposizioni e formazione di “fattispecie devianti” si sono manifestati è quello, invero vastissimo, dei beni pubblici dato che l’ordinamento, tuttora rigidamente legato ai principi dell’appartenenza demaniale o patrimoniale indisponibile allo Stato, è stato per lungo tempo formalmente insensibile al mutare degli interessi socio-economici e conseguentemente alla necessità di “regolare” continuativamente e non astrattamente quei mutamenti, che in effetti hanno riguardato sia l’uso economico e sociale dei beni pubblici, sia il loro uso amministrativo.

La recente spinta verso le cosiddette “privatizzazioni” ha messo in luce sostanzialmente e variamente l’accennato fenomeno. Ma ciò che meglio rappresenta un punto di evidenza verso la considerazione come categoria autonoma della “regolazione” è il vasto e articolato fiorire delle autorità o commissioni indipendenti, attraverso le quali l’ordinamento politico ha in sostanza ammessa e stabilita la necessità di produrre, utilizzando tecniche diverse dalla legislazione primaria e secondaria, regole quasi sempre a forte contenuto tecnico. In questo contesto si è provveduto o si sta provvedendo a distinguere la cosiddetta “regolazione amministrativa” – dislocata cioè all’interno delle pubbliche amministrazioni – dalla “regolazione indipendente” dislocata appunto in apposite autorità e commissioni. Di tutto ciò fa fede sintetica ma esplicita e concludente l’art. 1 comma 4 della legge 15 marzo 1997, n. 59 “Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa”. La norma infatti esclude dai predetti, cospicui conferimenti “i compiti di regolazione e controllo già attribuiti con legge statale ad apposite autorità indipendenti”.

Venendo ora alla ricostruzione delle manifestazioni più recenti di crescente considerazione

della regolazione nel quadro dell'ordinamento giuridico e tenendo a mente che le cosiddette tecniche di regolazione incidono anche sulla qualità della stessa, ma riguardano spesso campi esterni a quello strettamente giuridico, possono riuscire utili le osservazioni che seguono.

9.2. *Primi approcci d'insieme*

Conviene rammentare che il tema della regolazione e quello specifico dell'analisi di impatto della regolazione sono stati considerati nell'ordinamento italiano in connessione con altri profili generali della normazione dalla legge 8 marzo 1999, n. 50 (“Delegificazione e testi unici di norme concernenti procedimenti amministrativi – legge di semplificazione 1998”) e poi, specificamente, da due direttive del Presidente del Consiglio dei ministri.

La legge n. 50/99 dispone all'art. 5:

“1. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri sono definiti, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge e a titolo sperimentale, tempi e modalità di effettuazione *dell'analisi dell'impatto della regolamentazione (Air)* sull'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e sull'attività dei cittadini e delle imprese in relazione agli schemi di *atti normativi adottati dal Governo e di regolamenti ministeriali o interministeriali*.

2. Le Commissioni parlamentari competenti possono richiedere una relazione contenente l'Air per *schemi di atti normativi e progetti di legge al loro esame*, ai fini dello svolgimento dell'istruttoria legislativa”.

Dunque, la norma di legge stabiliva la necessità di un periodo sperimentale, disciplinato da un apposito strumento normativo: questo, peraltro, non è stato formalizzato ed è stato surrogato dalla direttiva del Presidente del Consiglio del 27 marzo 2000, integrata dalla direttiva del 21 settembre 2001.

In pratica, una parte della disciplina attesa dal Dpcm preannunciato dalla norma di legge si trova ora materialmente nelle menzionate direttive, che peraltro riguardano formalmente e principalmente la sperimentazione dell'Air in area governativa.

È da notare che la norma di legge rinvia ad una nozione sostanziale di Air esterna all'ordinamento italiano, senza cioè ridefinirla o almeno ripeterla. La definizione di Air viene almeno in parte rievocata nella prima direttiva citata, alla quale occorre dunque attribuire una forza normativa diversa da quella sua propria.

E' ancora da rammentare che la definizione di Air come “strumento per stabilire la

necessità di un intervento di regolamentazione e per scegliere quello più efficace”, tratteggiata dalla prima direttiva, diviene pienamente leggibile ed applicabile - almeno per la fase sperimentale - solo con l'aiuto della "Guida alla sperimentazione dell'analisi di impatto della regolamentazione" redatta nel dicembre 2000 per la Presidenza del Consiglio dei ministri. La Guida assumeva dunque un certo valore prescrittivo formalmente significato dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale (circolare del 18 gennaio 2001 n. 1, GU n. 55 del 7 marzo 2001).

Posta questa rievocazione d'insieme, conviene riassumere e completare i tratti essenziali delle due direttive di Governo che, come detto, assumono, al di là della forma, valore e forza integrativi della norma di legge.

9.2.1. Apporti definitivi e funzionali della direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 27 marzo 2000 "Analisi tecnico-normativa e analisi dell'impatto della regolamentazione"

Con la direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 27 marzo 2000 "Analisi tecnico-normativa e analisi dell'impatto della regolamentazione" (pubblicata sulla GU n. 118 del 23 maggio 2000) si era inteso dare attuazione a quella parte dell'articolo 5 della legge n. 50/1999 che prevedeva un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri per l'introduzione sperimentale dell'Air. Inoltre, come si evince dalle sue premesse, la direttiva è stata in effetti formata dal Ministro della funzione pubblica in quanto delegato dal Presidente del Consiglio dei ministri (in forza del decreto 4 agosto 2000) "per la semplificazione del sistema di regolazione e per l'attuazione della legge 8 marzo 1999 n. 50".

Precisamente, la direttiva di Governo concerne due linee di analisi: oltre l'analisi dell'impatto della regolamentazione, viene considerata l'analisi tecnico-normativa e per entrambe - si ricava dalle premesse - l'obiettivo è quello di dare riscontro "alla necessità di definire principi comuni ai fini del miglioramento della qualità e della trasparenza del sistema normativo". Dall'analisi del testo si ricava poi che la direttiva:

- a) inserisce l'Air nella linea della progettazione normativa tanto che essa deve essere riassunta in apposita relazione che, insieme ad altre, accompagna il progetto normativo. Tali relazioni costituiscono il corredo conoscitivo e valutativo del progetto "ai fini dell'iscrizione alla riunione preparatoria del Consiglio dei ministri";
- b) considera l'Air "uno strumento per stabilire la necessità di un intervento di regolamentazione e per scegliere quello più efficace" e la sostanza "a) nella valutazione

- dell'impatto della regolamentazione sull'organizzazione delle amministrazioni pubbliche; b) nella valutazione dell'impatto della regolamentazione sui cittadini e sulle imprese";
- c) individua il contenuto dell'analisi nella "descrizione degli obiettivi del provvedimento di regolamentazione la cui eventuale adozione è in discussione e delle opzioni alternative, nonché la valutazione dei benefici e dei costi derivanti dalla misura regolatoria";
- d) applica l'Air oltre che, come previsto dall'articolo 5, I comma, legge n. 50/1999, "agli schemi di atti normativi adottati dal Governo" ed ai "regolamenti ministeriali o interministeriali" (art. 1 comma 2 direttiva del 27 marzo 2000), anche a "le circolari e le regole tecniche contenute in atti non normativi" (art. 1, comma 3 direttiva del 27 marzo 2000);
- e) intende l'Air come un processo articolabile informalmente in due momenti o fasi, corrispondenti alle due schede la cui compilazione è richiesta dalla direttiva stessa. Infatti, nella prima l'amministrazione competente deve individuare, tra l'altro:
- le esigenze che sono alla base dell'intervento normativo;
 - gli obiettivi;
 - i presupposti attinenti alle sfere organizzativa, finanziaria, economica e sociale;
 - le aree di criticità e le opzioni alternative alla regolazione (compresa la cd. "opzione nulla").

Sulla base di tali elementi, l'amministrazione elabora una valutazione nella quale si evidenziano le ragioni dell'intervento normativo proposto anche a confronto con altri possibili.

Nella seconda fase l'amministrazione competente effettua un'ulteriore valutazione, rivolta ad approfondire il contenuto e gli effetti della opzione prescelta a conclusione della prima fase. Essa, inoltre, è chiamata a simulare gli effetti dell'intervento regolativo sull'organizzazione e sull'attività della pubblica amministrazione, nonché sull'attività dei destinatari diretti ed indiretti. Proprio dagli esiti di tale valutazione deriverà la formulazione dello schema di intervento normativo, pronto ad essere sottoposto alla riunione preparatoria del Consiglio dei ministri;

- f) indica all'amministrazione competente le richiamate schede come utile riferimento per le azioni e le correlazioni da seguire, ma rinvia anche per la loro compilazione ad un'apposita "guida".

Sulla base delle indicazioni fornite con la direttiva della Presidenza del Consiglio dei

ministri, nel febbraio 2001, è stata avviata la prima fase di sperimentazione dell'Air sotto la gestione coordinata del Nucleo per la semplificazione (poi soppresso), del Dipartimento affari giuridici e legislativi (Dagl), del Dipartimento della funzione pubblica e del Dipartimento affari economici (Dae) della Presidenza del Consiglio.

9.2.2. Apporti definitivi e funzionali della direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 21 settembre 2001 "Direttiva sulla sperimentazione dell'analisi di impatto della regolamentazione sui cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni "

La direttiva ha come spinta o presupposto, oltre che la direttiva 27 marzo 2000:

- il fatto che l'Ocse nel suo Rapporto sulla riforma della regolazione in Italia del 2001 aveva considerato l'Air "una tra le riforme dalle più elevate potenzialità per migliorare la qualità della regolazione";
- il fatto che il Consiglio europeo di Stoccolma nelle conclusioni della riunione del 23-24 marzo 2001, al punto 23 considerava l'Air "uno strumento fondamentale per una regolazione più chiara, semplice ed efficace".

La direttiva assume dunque come finalità immediata la "ridefinizione" della sperimentazione dell'Air sulla base della sua applicazione a "tutta l'attività normativa del Governo" ed estende conseguentemente l'attività di formazione professionale pubblica.

L'attività di sperimentazione è nella direttiva suddivisa in quattro fasi, la cui precisa definizione è peraltro demandata ad un apposito "comitato di indirizzo".

Nella direttiva appaiono poi come correlate le seguenti linee operative:

- la scelta di dislocare nei "singoli Ministeri" compiti ed uffici rivolti allo svolgimento dell'Air;
- la dichiarata necessità di giungere a definire appropriati criteri per l'esclusione di determinati schemi di atti normativi dall'Air, utilizzando proprio quello "della rilevanza dell'impatto della norma sui destinatari";
- la definizione di appropriate modalità per la verifica ex post (Vir) delle previsioni di impatto formulate al momento dell'emanazione di un atto regolativo;
- lo sviluppo di forme di coordinamento istituzionale tra Governo e Parlamento in tema di Air.

Per le sue finalità la direttiva costruisce un ragionato sistema di indirizzo, promozione e gestione della stabilita fase sperimentale dell'Air. Esso comprende: un Comitato di indirizzo;

referenti ministeriali e uffici di settore per l'Air; il Dagl, con il compito di "assicurare il coordinamento tra le attività dei diversi Ministeri" e valutare anche ai fini integrativi "l'Air (sia preliminare che finale) prodotta dai singoli Ministeri". I compiti del Dagl sono stati precisati ed integrati nell'articolo 17 del Dpcm 23 luglio 2002 "Ordinamento delle strutture generali della Presidenza del Consiglio dei ministri",

9.3. Evoluzione della correlazione tra regolazione, riassetto normativo e normazione tecnica

L'oggettiva incompiutezza dell'impianto ordinamentale, che doveva trovare soluzione attraverso le indicazioni della sperimentazione tuttora incompiuta, non ha dissuaso il legislatore dal tentare una estensione ed un consolidamento dell'Air come istituto di applicazione estesa, ma non generalissima. In questo contesto si è anzi evidenziata la crescente correlazione, anzi la presupposizione, tra "regolazione" – intesa come attività specifica di produzione di norme e regole riguardanti soprattutto gli interessi socio-economici e le specificazioni tecniche – e Air, già adombrata nella seconda direttiva della Presidenza del consiglio dei ministri ed ora richiamata nel parere dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato, da cui si è partiti. In sostanza il legislatore interno, pur senza aver maturato pienamente le questioni principali, considera l'Air non in sé, ma nel quadro più generale della qualità della regolazione e della semplificazione e della migliore organizzazione dei precetti normativi. Oltre a ciò il legislatore interno ha preso ad occuparsi direttamente di procedure e forme per integrare nell'ordinamento interno non più soltanto norme legislative dell'ordinamento comunitario (regolamenti e direttive), ma, specificamente, "modalità esecutive e caratteristiche di ordine tecnico di direttive già recepite nell'ordinamento nazionale" e che l'ordinamento comunitario con sempre maggiore frequenza si volge a sua volta a modificare, adattare ed innovare con propri processi di regolazione.

Di tutto ciò fanno fede le norme seguenti.

9.3.1. La legge 23 dicembre 2000, n. 388 "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge finanziaria 2001)

L'art. 107 istituisce presso la Presidenza del Consiglio dei ministri un fondo per il finanziamento di "iniziative volte a promuovere l'informatizzazione e la classificazione della *normativa vigente* al fine di facilitarne la ricerca e la consultazione gratuita da parte dei cittadini, nonché di fornire *strumenti per l'attività di riordino normativo*".

9.3.2 La legge 29 luglio 2003, n. 229 “Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione – Legge di semplificazione 2001”

La legge, all’art. 2 stabilisce che:

“1. Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge [il termine è prorogato al 9 settembre 2005], un decreto legislativo per il riassetto delle disposizioni statali di natura legislativa vigenti in materia di produzione normativa, semplificazione e *qualità della regolazione* nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

....

f) previsione e definizione di *procedure di verifica dell’impatto regolatorio*, ai sensi delle direttive del Presidente del Consiglio dei ministri in materia di analisi tecnico-normativa e di *analisi dell’impatto della regolamentazione*, anche a seguito di un congruo periodo di applicazione delle norme, con adeguati strumenti di informazione e partecipazione degli utenti e delle categorie interessate ...

.....

3. Nell’ambito della Conferenza unificata di cui all’articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, il Governo acquisisce indirizzi e proposte nella materia della qualità della regolazione e osservazioni per l’adozione di strumenti comuni”.

La stessa legge all’art. 12 si spinge a stabilire che:

“1. Le autorità amministrative indipendenti, cui la normativa attribuisce funzioni di controllo, di vigilanza o *regolatorie*, si dotano, nei modi previsti dai rispettivi ordinamenti, di forme o metodi di *analisi dell’impatto della regolamentazione* per l’emanazione di atti di competenza e, in particolare, *di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione, e, comunque, di regolazione*.

2. Le autorità di cui al comma 1 trasmettono al Parlamento *le relazioni di analisi di impatto della regolamentazione* da loro realizzate”.

In applicazione del riportato art. 12 l’Autorità per l’Energia Elettrica e il Gas ha provveduto ad elaborare proprie “Linee guida sull’introduzione dell’analisi di impatto della regolazione (AIR)” nella stessa Autorità. Il testo, pubblicato il 31 marzo 2005, è stato sottoposto a consultazione pubblica “con l’obiettivo di sviluppare un primo confronto con operatori e associazioni e di ricevere le loro osservazioni e proposte”. Dal canto suo l’Autorità considera l’AIR “una metodologia che ha la funzione di valutare le ricadute – in termini qualitativi e

quantitativi – di una decisione regolatoria, in relazione sia all'insieme dei destinatari sia alle stesse amministrazioni che devono applicare e/o far applicare la regolamentazione”.

9.3.3. La legge 15 dicembre 2004, n. 308, "Delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione"

Come si è ripetuto, la tutela e la gestione dell'ambiente costituiscono, insieme alla tutela della salute e della qualità della vita, un campo integrativo importante della regolazione. A quest'ultima, con ulteriore attenzione alla forte tecnicità delle regole ambientali, sembra riferirsi la citata legge di delega laddove già nel titolo riguarda “misure di diretta applicazione”.

Comunque l'art. 1 della legge al comma 5 stabilisce che il prodotto della delega, ossia i decreti legislativi che il Governo deve elaborare entro un anno, devono essere trasmessi alle Camere corredati, oltre che dall'analisi tecnico-normativa e dalla relazione tecnica, dall'analisi dell'impatto della regolamentazione, ciò che spinge decisamente l'utilizzazione di tale strumento nel campo della legislazione primaria.

9.3.4. La legge 4 febbraio 2005, n. 11 “Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari”

È intanto di per se rilevante che l'ordinamento interno si sia sforzato organicamente di regolare in uno strumento legislativo l'intero processo ascendente e discendente della normazione comunitaria e della sua attuazione.

In questo contesto l'art. 13 si occupa dell'integrazione nell'ordinamento interno delle norme comunitarie non direttamente applicabili. Si tratta in definitiva di regole e norme tecniche che l'Unione europea produce per modificare modalità esecutive e per stabilire nuove o diverse caratteristiche di ordine tecnico, dettate sempre più frequentemente dai rilevati bisogni derivanti dal mutevole combinarsi degli interessi e dal vorticoso cambiamento tecnico-scientifico. Questa produzione regolativa dell'Unione europea verrà d'ora innanzi assorbita nell'ordinamento interno nella forma univoca del decreto del Ministro competente per materia, che peraltro deve darne comunicazione al Dipartimento per le politiche comunitarie della Presidenza del Consiglio dei ministri.

9.3.5. La legge 18 aprile 2005, n. 62 “Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004”

Questa legge riprende il profilo specifico della regolazione nell'ambito delle "autorità indipendenti", che al riguardo presentano nell'ordinamento italiano aspetti di specifico interesse ed altri di immaturità; riguarda anche specificamente le correlazioni tra tecniche di regolazione e tecniche di programmazione e di pianificazione.

L'art. 25, comma 1, conferisce infatti al Governo una delega legislativa al fine di "definire un quadro normativo finalizzato al recepimento della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, e della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi".

La delega prevede contestualmente il "conferimento all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in attuazione della normativa comunitaria, dei compiti di vigilanza nei settori oggetto della presente disciplina; l'Autorità, caratterizzata da indipendenza funzionale e autonomia organizzativa, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di organizzazione e di analisi dell'impatto della normazione per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione. I compiti di cui alla presente lettera sono svolti nell'ambito delle competenze istituzionali dell'Autorità, che vi provvede con le strutture umane e strumentali disponibili sulla base delle disposizioni normative vigenti e senza nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato".

9.3.6. La legge 28 novembre 2005, n. 246 "Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005"

Tale legge da un lato abroga alcune delle norme in precedenza analizzate, dall'altro percorre una linea definitoria e funzionale, riguardante specificamente l'Air, ma infine confusamente si ricollega alla problematica della regolazione ed alla sua impropria connessione con i profili del riordino legislativo e della semplificazione. Intanto l'art. 5 della legge provvede alla delega al Governo per la semplificazione degli adempimenti amministrativi delle imprese e il rafforzamento dello sportello unico per le attività produttive, naturalmente con riguardo a materie di competenza legislativa ed esecutiva dello Stato. In questo contesto rileva la delega legislativa, da esercitare previa consultazione delle organizzazioni rappresentative delle categorie economiche, produttive e professionali interessate

- per il “ricorso a forme di autoregolazione al fine di favorire la concorrenza fra i soggetti economici e l’accrecimento delle capacità produttive del sistema nazionale”;
 - per la sostituzione di norme prescrittive con sistemi di incentivi e disincentivi.
- Oltre a ciò la norma promuove accordi e intese fra il Governo e le Regioni per:
- l’armonizzazione della “regolamentazione” in vista della semplificazione degli adempimenti delle imprese;
 - il coordinamento dei contenuti del “Registro informatico degli adempimenti amministrativi per le imprese” di cui all’art. 16 della legge 29 luglio 2003, n. 229, con i processi di semplificazione e riassetto della “regolazione” statale, regionale e locale.
- Compaiono dunque, non univocamente, alcuni richiami alla “regolazione” ed alla “regolamentazione”.

Ma una scarsa autonomia concettuale e normativa della “regolazione” si evidenzia nell’art. 14 della legge intitolato alla “semplificazione della legislazione”. In effetti i commi da 1 a 11 dell’articolo 14 sono sostanzialmente dedicati all’analisi di impatto della regolamentazione, peraltro sempre indicata con la sigla Air, oltretutto alla valutazione d’impatto della regolamentazione, peraltro sempre indicata con la sigla Vir, due sigle che a partire dalle indicazioni internazionali, dalle elaborazioni tecnico-scientifiche e anche da alcune normative italiane, fanno invece riferimento alla regolazione da intendere come categoria autonoma e diversa dalla quelle altrettanto specifiche della “regolamentazione” e della “legislazione”.

Una breve analisi della nuova disciplina legislativa dell’Air, che dunque sostituisce quella abbozzata nell’art. 5, comma 1 della L. 8 marzo 1999, n. 50, rende sufficiente conto dell’ancora imperfetta individuazione del campo della “regolazione” e della sua non identità con la normazione e tantomeno con la legislazione. Tutto ciò è insieme causa ed effetto di probabili difficoltà organizzative e funzionali dell’Air.

a) Definizione

“L’analisi dell’impatto della *regolamentazione* (Air) consiste nella valutazione preventiva degli effetti di ipotesi di *intervento normativo* ricadenti sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull’organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni, mediante comparazione di opzioni alternative”.

b) Finalità

Quella principale è di fornire “un supporto alle decisioni dell’*organo politico di vertice*”

dell'amministrazione in ordine all'opportunità dell'intervento normativo"

c) Campo di applicazione

Oltre agli atti normativi promananti dai singoli Ministri, l'Air accompagna "l'elaborazione degli schemi di atti normativi del Governo".

d) Disciplina

È dettata entro 180 giorni con apposito Dpcm, che definisce i criteri generali, le procedure, le tipologie sostanziali, i casi e le modalità di esclusione dell'Air.

e) Metodi

Sono invece dettati con direttive del Presidente del Consiglio dei Ministri sia i metodi di analisi sia i modelli di Air.

f) Procedura

A parte quanto atteso dal Dpcm di cui si è detto, è stabilito che ciascuna Air deve essere effettuata dall'amministrazione competente a presentare l'*iniziativa normativa*, che è tenuta a comunicare gli esiti al Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi (Dagl) della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

g) Organizzazione

Ciascuna amministrazione individua ed organizza un proprio ufficio responsabile per lo svolgimento dell'Air, ma in caso di necessità può "avvalersi di esperti o di società di ricerca specializzati". Il coordinamento tra gli uffici amministrativi preposti all'Air è attribuito al Dagl.

h) Esclusioni ed esenzioni

Il richiamato Dpcm stabilisce i casi di esclusione dall'Air, mentre l'esenzione è stabilita di volta in volta dal Dagl su richiesta motivata dell'amministrazione interessata.

i) Informazioni e relazione

Ciascuna amministrazione invia annualmente al Dagl dati ed elementi informativi sull'attività di Air svolta al fine di consentire al Dagl di redigere una complessiva relazione al Parlamento con i criteri e i contenuti dettati nel richiamato Dpcm.

10. Ambiguità rivelate, accenni e linee di sistemazione

10.1. Sulle ambiguità storiche

L'ambiguità di cui si è trattato ha, come detto, motivazioni storiche, che tuttavia si riflettono sulla modellistica attuale. Conviene ancora rammentare le prime Independent Regulatory Commissions negli Stati Uniti e le Agenzie indipendenti per i servizi pubblici nel Regno Unito. Tale ambiguità può essere assorbita, se non proprio superata, assumendo che certo non esiste una autentica sovrapposibilità tra la "regulation", così come nacque e maturò a lungo nell'ordinamento statunitense ed in quello inglese, e la "regolazione", nata dalla crisi dello Stato più o meno interventore in economia e ripresa prima da grandi organizzazioni internazionali (principalmente Wto, Banca mondiale ed Ocse) ma anche, con accenti sempre più istituzionali, dall'Unione europea. Così ad esempio, la modellistica delle Independent Regulatory Commissions non è sovrapponibile a quella, del resto solo nascente, delle Agenzie europee di regolazione, a cui pure si è accennato. Essa però resta rilevante per la specificità dei prodotti e dei comportamenti extra-giuridici tipici di quelle istituzioni e per le loro esperienze tecniche, in definitiva per le tecniche di regolazione. D'altra parte occorre sottolineare che accanto al ceppo storico delle Independent Regulatory Commissions, l'ordinamento statunitense ha sperimentato ed infine promosso moltissime agenzie regolative che operano però nell'ambito dell'amministrazione pubblica in senso proprio e danno perciò consistenza alla categoria, riconosciuta dalla dottrina specialistica, della "*administrative regulation*", nell'ambito della quale hanno vasta e molteplice applicazione appropriate "tecniche regolative".

10.2. Sulle ambiguità dell'Ue: regolazione e regolamentazione

La Commissione europea ha presentato il 25 febbraio 2005 un progetto di "Accordo interistituzionale relativo all'inquadramento delle agenzie europee di regolazione". A parte il profilo specifico delle ormai numerose Agenzie europee di regolazione, che soffre evidentemente di qualche disordine modellistico e difficoltà operativa, la Commissione ha inteso pregiudizialmente offrire una definizione di regolazione. Ma ancora una volta nel documento citato si ha conferma dell'ambiguità del tema e della necessità di superarla. Scrive infatti la Commissione che "bisogna distinguere le attività di regolazione dalla regolamentazione, ossia l'adozione di norme giuridiche vincolanti di portata generale. Effettivamente, le attività di regolazione non comportano necessariamente l'adozione di atti normativi. Esse possono ricorrere anche ad altre misure di incentivo, quali la coregolazione, l'autoregolazione, le raccomandazioni, il ricorso all'autorità scientifica, la costituzione di reti e

la convergenza di buone pratiche, la valutazione dell'applicazione e dell'attuazione delle norme, ecc.". Tutto ciò ha come conseguenza (tra l'altro) che "un'agenzia europea di regolazione non ha necessariamente il potere di emanare norme giuridiche vincolanti". E ciò per ragioni diverse da quella pure essenziale data dal fatto che la Corte di giustizia ha da tempo stabilito l'impossibilità per le Agenzie europee di esercitare poteri propri dei primari organi istituzionali dell'Unione europea (Commissione, Consiglio, Parlamento europeo – sentenza della Corte di Giustizia del 13 giugno 1958, in cause 9 e 10/56, Meroni & Co., Industrie metallurgiche c. Alta Autorità).

Il tema della regolazione in ambito europeo sta acquistando dunque una sua propria consistenza, che discende anzitutto dalla persistente settorialità e conseguente forte tecnicità dei campi normativi percorsi. Una settorialità che si esprime anche al livello di vertice tanto che è sempre stata respinta l'idea di un Consiglio dei ministri generale dedicato alla univocità della legislazione (e delle politiche) mentre notoriamente operano i Consigli dei ministri di settore, a loro volta dominati o almeno condizionati dalle elaborazioni delle burocrazie e degli esperti (sia di ambito comunitario, sia di ambito statale).

Oltre a ciò, l'interscambio ambiguo tra "regolazione" e "regolamentazione" riguarda aspetti solo apparentemente secondari della realtà funzionale dell'Unione europea, in cui la lingua e la traduzione costituiscono elemento importante di scrittura, di lettura e di interpretazione (e talora di equivoco). Tutto ciò non ha certamente aiutato ad evitare l'uso promiscuo ed improprio di regolazione e regolamentazione: ed infatti l'inglese "regulation", spesso utilizzato nella originaria scrittura dei documenti comunitari, riguarda indistintamente la regolazione e la regolamentazione. Quest'ultima avrebbe una autonomia anche lessicale in Francia e in Italia, dove la regolamentazione amministrativa costituisce tipica categoria tra le fonti del diritto.

10.3. Sull'ambiguità italiana

Per quanto riguarda l'ordinamento, meglio la legislazione italiana, si osserva che "regolamentazione" ha un significato giuridico, oltre che lessicale, piuttosto preciso, e valgono al riguardo i richiami e le citazioni fatti innanzi al par. 8. In sintesi l'ambiguità italiana sembra avere alimento dalla pretesa di coniugare concetti quali "migliore legislazione", "semplificazione normativa", "qualità della legislazione" o della "regolamentazione" o della "regolazione" infine "codificazione di settore". Si tratta evidentemente di problematiche che riguardano fonti del diritto e che sono certamente in relazione con problematiche interne alla

“regolazione”. Ma tutto ciò non comporta identità o sovrapposibilità dei temi come invece il legislatore mostra talvolta di ritenere.

10.4. Sulla correlazione tra regolazione, competitività e crescita

Sta di fatto che la regolazione di matrice internazionale e comunitaria si è preoccupata fin dalle sue origini non già delle fonti e della crisi del diritto, ma direttamente di liberare le realtà del mercato e della concorrenza, delle imprese e dei commerci da meccanismi regolativi troppo pesanti, analitici, rigidi ed astratti. Peraltro l'ordine internazionale e sopranazionale sono divenuti ben presto consapevoli che le indicate operazioni di trasformazione devono avere come riferimento e protagonisti ineludibili le amministrazioni pubbliche, che devono dunque essere pregiudizialmente conformate culturalmente e funzionalmente alla soddisfazione delle prospettate esigenze. Inoltre le amministrazioni pubbliche devono anche essere predisposte per una effettiva attività di “regolazione” in cui si realizzi la tutela contestuale della competitività e della concorrenza, ma anche la tutela da una serie di rischi ambientali e sociali.

Sta di fatto che, non a caso, la problematica della regolazione è stata richiamata con forza dalla Unione europea nel Consiglio europeo di Lisbona del marzo 2000 come mezzo ed ambito di uno sviluppo economico tecnicamente e scientificamente sorretto e di una crescita effettiva della competitività dell'Europa. E si spiega anche perché, a revisione e rilancio di quell'indirizzo, la comunicazione della Commissione “Better regulation for Growth and Jobs in the European Union” del 16 marzo 2005 si soffermi analiticamente sulla analisi delle misure prese nei singoli Stati membri “in the area of Better Regulation and impact assessment”. La tabella che segue riassume l'indagine compiuta.

Overview of measures in the area of Better Regulation and impact assessment³³

	Better regulation programme	Specific RIA policy	Obligatory RIA	Alternative instruments considered	Guidelines on RIA	Coordinating body for RIA	Consultation part of RIA	Formal consultation procedures	Direct stakeholder consultation	Tests of impact on small enterprises	Exemptions for SMEs	Total Y+(Y)
Belgium	(Y)	N.A.	(Y)	N.A.	(Y)	(Y)	N	(Y)	(Y)	(Y)	N	7
Czech Republic	Y	N.A.	N	Y	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	(Y)	N	3
Denmark	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	N	10
Germany	Y	N.A.	N.A.	N.A.	Y	Y	Y	Y	N.A.	N.A.	N.A.	5
Estonia	N	N	Y	Y	Y	N.A.	N.A.	N	N	N.A.	Y	4
Greece	(Y)	(Y)	N	N	N	N	Y	N	N	N	N.A.	3
Spain	Y	(Y)	Y	Y	(Y)	(Y)	N	N	N	N	N.A.	6
France	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	0
Ireland	Y	N	N	(Y)	(Y)	N	(Y)	(Y)	N	N	N	5
Italy	(Y)	Y	N	(Y)	Y	(Y)	(Y)	N	Y	(Y)	N	8
Cyprus	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N.A.	0
Latvia	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	N	Y	N	9
Lithuania	N.A.	Y	Y	Y	Y	N.A.	N.A.	N.A.	N	N.A.	N.A.	4
Luxembourg	Y	N.A.	Y	Y	N.A.	Y	Y	Y	N	N	Y	7
Hungary	Y	(Y)	Y	N	N	Y	(Y)	(Y)	N	N	N	6
Malta	Y	N.A.	N.A.	N	N.A.	(Y)	N	N	Y	N	Y	4
Netherlands	Y	Y	N.A.	Y	Y	Y	N	N	Y	(Y)	Y	8
Austria	Y	Y	Y	Y	Y	N	Y	Y	Y	N.A.	N	8
Poland	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	(Y)	N	Y	10
Portugal	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	N	0
Slovenia	Y	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	1
Slovakia	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	N.A.	(Y)	N.A.	N	1
Finland	Y	Y	Y	Y	Y	(Y)	Y	Y	Y	N.A.	N.A.	9
Sweden	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	N	N	9
United Kingdom	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	Y	N	10
Total Y+(Y)	19	13	12	15	15	14	12	12	11	7	5	

Legend

Y	Measures exist	(Y)	Measures planned/ Available partially	N	No measures exist	N.A.	Information not available
---	----------------	-----	--	---	-------------------	------	---------------------------

³³ Commission Staff Working Paper: Report on the implementation of the European Charter for Small Enterprises in the Member States of the European Union - SEC(2005) 167, 8.2.2005, p. 36.

10.5. Sugli obiettivi Ocse

Quanto all’Ocse, che celebra ora i vent’anni di impegno nel campo della regulation, hanno rilievo gli obiettivi indicati nella “2005 Policy Recommendations for Regulatory Quality”. Infatti sono obiettivi auspicati:

- *adopt at the political level broad programmes of regulatory reform that establish clear objectives and frameworks for implementation;*
- *assess impacts and review regulations systematically to ensure that they meet their intended objectives efficiently and effectively in a changing and complex economic and social environment;*
- *ensure that regulations, regulatory institutions charged with implementation, and regulatory processes are transparent and non-discriminatory;*
- *review and strengthen where necessary the scope, effectiveness and enforcement of competition policy;*
- *design economic regulations in all sectors to stimulate competition and efficiency, and eliminate them except where clear evidence demonstrates that they are the best way to serve broad public interests;*
- *eliminate unnecessary regulatory barriers to trade and investment through continued liberalisation and enhance the consideration and better integration of market openness throughout the regulatory process, thus strengthening economic efficiency and competitiveness;*
- *identify important linkages with other policy objectives and develop policies to achieve those objectives in ways that support reform.*

Dalle indicate finalità traspaiono sia il campo principale in cui l’Ocse colloca la regolazione sia l’obiettivo d’insieme che con una regolazione riformata e migliorata si intende avvicinare: in effetti secondo l’Ocse una migliore qualità dell’attività di regolazione pubblica ed una riduzione della sua pressione sono condizioni essenziali per rafforzare l’apertura dei mercati ed in essa la libera concorrenza. Su questo presupposto andrebbe letta la lista delle “riforme regolative” che l’Ocse aveva posto a premessa e fondamento della richiamata ultima raccomandazione con apposito documento distribuito anch’esso il 14 e 15 marzo 2005.

10.6. Sui termini e sulle definizioni

Proviene anche dalla elaborazione comunitaria-europea e dalle consulenze che le singole istituzioni richiedono proprio per superare talune ambiguità, il tentativo di fissare in apposite definizioni alcuni punti essenziali e problematici della regolazione. Si tratta del “glossario” allegato al menzionato Rapporto Mandelkern del novembre 2001 e dal quale si estraggono le terminologie e i passi seguenti:

Alternatives to regulation

Strictly, alternatives to pure, traditional, legislation-based regulation such as self-regulation, co-regulation, and so on.

Better regulation

The policy of seeking to improve and simplify the regulatory environment. Regulation should be used only when necessary and be appropriate and proportionate to the task. It should be transparent and accessible to all and as simple as possible. It should be enforceable and at European level should obey the principle of subsidiarity.

Codification

At European level, the term “official codification” is used to describe the process of repealing a set of acts in one area and replacing them with a single act containing no substantive change to those acts. It thus produces a text with legal effect. In some Member States (for example France), the meaning of codification is closer to the European term recasting – that is the process not only brings together multiple texts into one, but also makes changes to remove out-of-date or nonsensical provisions or correct gaps. It also has the sense of “incorporating into a code” in those countries that have such a legal structure. In this report codification is used in the European sense unless specified otherwise by the context.

Compliance

The extent to which regulation is obeyed on the ground.

Consolidation

Bringing together multiple texts that regulate a particular area into one, with or without minor changes to the substance. (Major changes to substance are carried out when the regulation is simplified.) At European level, the term is often used to describe an unofficial process undertaken by Commission officials, producing a text without legal effect but of practical benefit. In this report, consolidation is used in its generic sense and includes both codification

and recasting.

Consultation

An interaction between the bodies responsible for regulation and parties that are likely to be affected by or interested in the regulation in question to permit the latter to contribute their views, experience and expertise.

Co-regulation

Control of activities by a combination of action from private parties and public authorities.

Enforcement

Applying regulation on the ground.

Evaluation

The process of examining the effectiveness of regulation and regulatory processes. There are two main types – ex ante evaluation where tools such as regulatory impact assessment and consultation are used and the regulatory process examined to ensure all appropriate steps have been undertaken and ex post, where the effectiveness of the regulation concerned is examined, often against a checklist.

Gold plating

Over-implementation of a European directive by the creation of extra national requirements going beyond those in the directive.

Implementation

The process of incorporating any European legislation (that is, Decisions, Regulations and Directives) into the national legal framework and ensuring its application.

Incorporation

The incorporation of European regulation into national law. In the case of Directives, this is usually known as transposition, but it also includes the legal changes necessary to support something that is directly applicable such as a Decision or Regulation.

Legally effective consolidation

In this report the term “legally effective consolidation” means production of a consolidated text that has legal effect, through either codification or recasting.

Legislation

Primary or secondary law passed by legislative or executive bodies.

Recasting

This term is used at European level to describe a combination of (European) codification

and substantive changes. It is not however wholesale repeal or, generally, major review of regulation. It is used in this sense in this report.

Regulation

Legislation and other forms of binding action by public authorities to implement public policy.

Regulatory authorities

The body or bodies involved in producing and agreeing regulation, that is Parliaments and, at European level, the Council.

Regulatory impact assessment (RIA)

A structured framework for informing the consideration of the range of options available for handling policy problems and the advantages and disadvantages associated with each. A good RIA should consider all kinds of impact.

Review

The process of examining existing regulation to determine what changes, if any, to make to it.

Review clause

This is a provision in regulation that requires a review to be conducted within a certain period, but where the outcome (status quo, revision or repeal) is not pre-determined.

Self-regulation

Control of activities by the private parties concerned without the direct involvement of public authorities.

Simplification

Making existing regulation clearer to understand, easier to apply and to comply with by taking away unnecessary, outdated or over-burdensome provisions whilst maintaining the original purpose and protection of the regulation.

Sunset clause

This is a provision in regulation that sets a time limit on a new piece of regulation such that it actually expires, in whole or in part, after a fixed period.

Transposition

The process of incorporating a European Directive into national law.

11. Considerazioni finali sulla “regolazione” come categoria attuale ed autonoma

Non sembra difficile constatare sulla base dei documenti analizzati e richiamati che esiste la necessità di mantenere ordine concettuale tra analisi dell’impatto della regolazione, qualità e tecniche della regolazione, semplificazione normativa, quantità e qualità delle norme, oltre che all’interno di queste categorie. La prudente, ma chiara dichiarazione del Consiglio di Stato rammentata in apertura appare al riguardo concludente. Certamente ha influito sul rilancio e sulla specificazione della “regolazione” la spinta internazionale (Ocse) e sopranazionale (Unione europea) registrata negli ultimi decenni per la conoscenza e l’applicazione dell’analisi di impatto della regolazione (e strumenti correlati, quali la Vir) anche come mezzo e stimolo per incidere sulla qualità delle norme e sul loro numero e, più in generale, sulla semplificazione del sistema normativo con vantaggi rilevanti per i cittadini, le imprese e la pubblica amministrazione. Ma anche e proprio in questo contesto la “regolazione” deve essere riguardata come categoria concettuale autonoma rispetto alla “regolamentazione” ed alla legislazione e come specialmente connessa alla categoria della “normazione tecnica”, che costituisce una sponda ulteriore e non esterna al campo di interesse fin qui percorso.

Su questi presupposti vanno letti sia i problemi tuttora aperti di attualizzazione e di sistemazione della regolazione in quanto tale – ad esempio quelli della cosiddetta “regolazione indipendente” – sia quelli interni all’analisi di impatto della regolazione – ad esempio la pubblicità e la trasparenza del procedimento, la sindacabilità dell’analisi compiuta, la imputazione organizzativa e funzionale della procedura, la distinzione e/o correlazione tra Air interna ed Air sovranazionale, ecc. – che peraltro hanno rilievo anche per la qualificazione giuridica (e non solo) della “regolazione” in quanto tale. La conseguenza più immediata di quelle necessarie distinzioni è che la specializzazione professionale, insomma la formazione di coloro che nelle diverse istituzioni ed organizzazioni sono in senso lato preposti all’Air, non può concludersi o incentrarsi esclusivamente sulle relative tecniche, ma deve approcciare in termini di conoscenza e di costruzione la complessità degli ordinamenti contemporanei, così come anche l’attuale regolazione alimenta.

– dal punto di vista ordinamentale: regolazione e fonti del diritto. Diversità e tratti di connessione rappresentati dalla problematica della quantità, della qualità e della semplificazione della “legislazione” (fonti di produzione del diritto)

- dal punto di vista istituzionale: la regolazione collocata prevalentemente nell'amministrazione e/o nelle agenzie regolative. Il problema nell'ordinamento europeo e in quello italiano
 - profili procedimentali: trasparenza, consultazione degli interessi e degli esperti, tempistica
 - atti e negozi, direttive e circolari, piani e programmi in luogo della formale "regolamentazione". Specificità e trasversalità delle "norme tecniche"
 - ricorribilità giurisdizionale e sindacato del giudice sul procedimento di formazione e sul contenuto degli atti di regolazione di produzione amministrativa. Il problema generale delle "garanzie".
- Problematiche analoghe in ambito europeo (Chiti junior)

Bibliografia

- G. Alpa, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Laterza, 2000
- F. Bassan, *Regolazione ed equilibrio istituzionale nell'Unione europea*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* n. 5, 2003
- F. Cafaggi, *Un diritto privato europeo della regolazione? Coordinamento tra pubblico e privato nei nuovi modelli regolativi*, in *Politica del diritto*, n. 2, 2004
- E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3, 2004
- M. Clarich, *Le autorità indipendenti nello "spazio regolatorio": l'ascesa e il declino del modello*, in *Diritto pubblico*, n. 3, 2004
- G. Della Cananea (ed.), *European Regulatory Agencies, Collection Isupe*, 2004
- De Vergottini G., *Garanzie e poteri regolatori*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 132-133, 2001
- B. Eberlein, *L'Etat regulateur en Europe*, in *Revue française de science politique*, n. 2, 1999
- F. Galgano, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. I, *La costituzione economica*, Cedam, Padova, 1977
- L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Giappichelli, 2002
- N. Greco, *Dal "Regulatory State" all'"Administrative State". Origini, esperienze e crisi delle "Independent Regulatory Commissions"*, in Nicola Greco (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia. Modelli ed esperienze Usa*, Studi parlamentari e di politica costituzionale, 1977

- N. Greco (a cura di), Crisi del diritto, produzione normativa e democrazia degli interessi. Esemplicità della normazione tecnica in campo ambientale, Roma, Edistudio, 1999
- N. Greco (a cura di), Introduzione alla “analisi di impatto della regolamentazione”, Sspa, Roma, 2003
- N. Greco (a cura di) Ambiguità e prospettive della regolazione, Studi in ricordo di F. Ghelarducci, Studi parlamentari e di politica costituzionale, Roma, 2005
- N. Greco, P. Biondini (a cura di), Diritto e amministrazione pubblica nell’età contemporanea, Sspa, Roma, 2001
- Irti N., L’ordine giuridico del mercato, Laterza, 2004
- J.C. Jobart, Essai de définition du concept de régulation: de l’histoire des sciences aux usages du droit
- A. La Spina, G. Majone, Lo Stato regolatore, il Mulino, 2000
- V.E. Parsi, Democrazia degli interessi, in *Impresa & Stato*, n. 36, dicembre 1996
- A. Predieri, Certezza ed innovazione: la tutela dell'affidamento, in AA. VV., *La certezza del diritto. Un valore da ritrovare*, Giuffrè, 1993
- G. Tesauro, M. D’Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, il Mulino, Bologna, 2000