

La qualità della regolazione indipendente

1. La riforma della regolazione - 2. L'analisi di impatto della regolazione indipendente - 3. L'indeterminatezza dei regolatori e delle regolazioni interessate - 4. Le procedure - 4.1 L'analisi di impatto - 4.2 Le consultazioni - 4.3 La verifica di impatto - 5. L'intreccio tra politica e amministrazione - 6. I problemi aperti

1. La riforma della regolazione

L'introduzione in Italia dell'analisi di impatto della regolazione (Air) si inserisce nel quadro della riflessione sugli strumenti idonei a promuovere la qualità della regolazione, che ha portato all'avvio di *Regulatory Reform Programs* nella maggior parte dei Paesi Ocse¹. Alla base dell'esigenza di riforma vi è la convinzione che tutti gli interventi pubblici creino dei costi per le imprese, la collettività e le pubbliche amministrazioni, che si giustificano solo quando i benefici superano gli svantaggi (ipotesi che normalmente si verifica in situazioni di fallimento del mercato)².

Le esperienze internazionali e sopranazionali hanno operato, al riguardo, un importante ruolo di stimolo e omogeneizzazione tendenziale³. I lavori dell'Ocse hanno, in particolare, consentito un confronto di esperienze ed assicurato un ruolo di guida per i Paesi aderenti, attraverso la formulazione di *best practiticies* e *reviews* sullo stato delle riforme nazionali, con l'obiettivo di indurre ad una riduzione quantitativa e di migliorare la qualità delle regolazioni⁴. A livello comunitario, l'esperienza di analisi di impatto della regolazione comunitaria inizia nel 1986, con l'introduzione dell'*Business Impact Assessment System*, limitato ai costi di adeguamento per le imprese ad una opzione regolatoria ; i limiti di questa prima esperienza hanno portato all'avvio dei lavori per la definizione di un nuovo

¹ "Regulatory reform is used in the OECD work to refer to changes that improve regulatory quality, that is, enhance the performance, cost-effectiveness, or legal quality of regulations and related government formalities" (Ocse, *Regulatory Reform in Italy*, Parigi, 2001, p. 17).

² A. Ogus, *Regulation Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1994, p. 30 ss.

³ I più recenti interventi comunitari tendono a promuovere la cooperazione con gli Stati membri "per garantire che i principi di una migliore regolamentazione siano applicati coerentemente in tutta l'UE da tutti i partecipanti al processo normativo" (Commissione Ce, comunicazione 16 marzo 2005).

⁴ Ocse, *Improving the Quality of Government Regulation*, Parigi, 1995.

modello di Air, più completo ed articolato, volto a valutare preliminarmente non solo l'impatto economico, ma anche quello sociale e ambientale di tutte le proposte aventi un effetto di regolazione (dunque non solo direttive e regolamenti, ma anche Libri bianchi, programmi di spesa e linee guida per la negoziazione di trattati internazionali) ⁵.

In queste sedi, i problemi della regolazione sono sempre stati affrontati nel loro complesso, non solo auspicando l'introduzione dell'analisi di impatto, che opera *ex ante* nel processo di progettazione di un intervento pubblico, ma anche di interventi di semplificazione ⁶ e liberalizzazione ⁷, che intervengono *ex post* sulla regolazione esistente. Questi strumenti, volti a prevenire o affrontare situazioni di fallimento del mercato, sono tra loro strettamente connessi ⁸, cosicché si potrebbe ritenere che, almeno in linea teorica, la liberalizzazione (quanto non seguita da un semplice arretramento del diritto pubblico) dovrebbe essere affiancata dalla formulazione di una nuova regolazione pro-concorrenziale frutto di analisi di impatto, che implica una valutazione in termini di necessità della regolazione, eventuale semplificazione e scelta dello strumento che comporta il maggior beneficio netto per la collettività.

L'analisi di impatto della regolazione costituisce, dunque, una delle espressioni di quello che dovrebbe essere il nuovo modo di regolare (che a sua volta emerge dagli interventi di liberalizzazione e semplificazione), rispondente ai criteri della necessità (trovando una giustificazione nelle sole ipotesi di fallimento del mercato), residualità (rispetto all'operare della concorrenza) e, più

⁵ Commissione Ce, comunicazione *L'impatto della regolazione*, Com (2002) 276 def.

⁶ A livello comunitario la riflessione sulla qualità della regolazione ha portato ad iniziative quali Simplification of the Legislation on the Internal Market – Slim - (Com (96) 559) e la creazione del Business Environment Simplification Task Force nel 1997.

⁷ Così il pacchetto di direttive comunitarie sulle comunicazioni elettroniche del 2002 (recepito con d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, *Codice delle comunicazioni elettroniche*). Un riferimento al nuovo approccio emerge dalla direttiva 26 giugno 2003, n. 54 (*Mercato interno dell'energia elettrica*) in base alla quale gli Stati che realizzino un accesso effettivo alla rete possono chiedere alla Commissione di essere esonerati dall'imporre determinati obblighi alle imprese (art. 27); con questa direttiva, la Commissione ha inoltre rivisto gli obblighi esistenti e soppresso la notifica del rifiuto di un'autorizzazione a costruire nuove capacità di generazione, "risultato un inutile onere amministrativo" (considerando 30).

⁸ In base all'art. 15, disegno di legge n. 3186/S (*Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005*) il governo è delegato ad individuare le norme statali anteriori agli anni Settanta che restano in vigore "anche utilizzando a tal fine le procedure di analisi e verifica dell'impatto della regolazione".

in generale, espressione del principio di proporzionalità. I limiti che gravano sull'attuazione concreta di questo modello appaiono all'evidenza a chi voglia comparare le più moderne discipline di liberalizzazione con la realtà dei mercati, dai quali emerge un ruolo della regolazione tutt'altro che residuale e la resistenza dei regolatori ad un arretramento della funzione ⁹; in tale contesto, un adeguato utilizzo dell'analisi di impatto della regolazione indipendente potrebbe contribuire a neutralizzare il rischio di un'applicazione estensiva della regolazione *ex ante*.

2. L'analisi di impatto della regolazione indipendente

A fronte della consolidata esperienza dei Paesi di *common law* in materia di *Impact Assessment*, nel nostro ordinamento (così come in altri Paesi a diritto amministrativo come la Francia e la Germania) ¹⁰ l'attenzione per l'argomento si è consolidata solo alla fine degli anni Novanta del secolo scorso, sotto l'influenza degli interventi internazionali e sopranazionali menzionati. Nel 1999 l'analisi di impatto viene, in particolare, introdotta in via sperimentale con riferimento agli schemi di atti del governo, ai regolamenti ministeriali ed interministeriali ¹¹, alle circolari e alle regole tecniche contenute in atti non normativi ¹², mentre le commissioni parlamentari possono chiedere al Governo un'analisi di impatto sugli "schemi di atti normativi e progetti di legge al loro esame" ¹³. Nel 2003 l'analisi di impatto viene estesa agli interventi delle autorità amministrative indipendenti, genericamente individuate come dotate di funzioni di controllo, vigilanza o

⁹ Paradigmatiche, in questo senso, sono le riflessioni in ordine ai rischi connessi al nuovo sistema di regolazione delle comunicazioni elettroniche, basato su interventi residuali ed informati a criteri *antitrust* (M. Libertini, *Una disciplina antitrust speciale per le comunicazioni elettroniche*, in *Contr. impres. eur.*, 2002, p. 910 ss.; L.G. Radicati di Brozolo, *Il nuovo quadro delle comunicazioni elettroniche. Convergenza, concorrenza, regolazione e asimmetria*, in *MCR*, 2002, p. 561 ss; N. Rangone, *Le comunicazioni elettroniche, Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, in corso di pubblicazione).

¹⁰ Per la Francia si vedano le circolari 21 novembre 1995, 26 gennaio 1998 e 26 agosto 2003. Le riforme poste in essere in Germania sono analizzate dal rapporto Ocse, *Strategic Review and Reform in Germany*, Parigi, 1999.

¹¹ Art. 5, comma 1, legge 8 marzo 1999 n. 50, *Delegificazione e testi unici di norme concernenti procedimenti amministrativi - Legge di semplificazione 1998*; il disegno di legge di semplificazione 3186/S abroga il menzionato comma e prevede un Air a regime sui soli "schemi di atti normativi del governo" (art. 15, commi 3 e 11).

¹² Punto I, direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 marzo 2000, *Analisi tecnico-normativa e analisi dell'impatto e della regolamentazione*.

¹³ Art. 5, comma 2, legge 8 marzo 1999 n. 50, cit.

regolazione ¹⁴; si tratta di un'Air obbligatoria e priva di sperimentazione, che costituisce una relativa novità tra i Paesi occidentali, stante la sua recente introduzione solo nel Regno Unito.

La previsione di un metodo Air per le *authorities* costituisce il portato del riconoscimento della rilevanza assunta dalla regolazione indipendente nel sistema giuridico italiano e dell'esigenza di sottoporre a valutazione di impatto tutte le regolazioni generali rilevanti, indipendentemente dalla natura del regolatore ¹⁵. Ciononostante, non può non rilevarsi come in quasi tutti i settori in cui operano autorità indipendenti, restano poteri ministeriali di regolazione (come nel caso delle comunicazioni elettroniche, dell'energia, dei mercati finanziari) ¹⁶ oppure non si è giunti all'istituzione di un regolatore indipendente di settore (come nel caso delle poste, dei trasporti, dei servizi idrici). Ne deriva una certa contraddittorietà tra la previsione di un Air obbligatorio per le autorità indipendenti e di un Air ancora in fase sperimentale per gli interventi dei ministeri che condividono o esercitano in via esclusiva funzioni di regolazione di settore.

Nell'introdurre un vincolo all'analisi di impatto della regolazione indipendente il legislatore ha, inoltre, lasciato aperte questioni cruciali, connesse non solo ai soggetti ed agli atti interessati (*sub* 3), ma anche al rapporto tra regolatore indipendente e il Parlamento-supervisore e, più in generale, al significato che una verifica dell'attività di un'autorità di regolazione può avere sull'indipendenza della funzione (*sub* 5). Il grave ritardo nell'attivazione del meccanismo e nella formulazione della disciplina interna da parte delle autorità indipendenti non ha consentito di porre rimedio a questa situazione di indeterminatezza, cosicché gli interrogativi emersi vanno affrontati in via interpretativa.

¹⁴ Art. 12, legge 29 luglio 2003, n. 229, *Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione – Legge di semplificazione 2001*.

¹⁵ Ocse, *Regulatory Reform in Italy*, Parigi, 2001.

¹⁶ Sui problemi connessi alle prerogative dell'esecutivo, da ultimo G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 99 ss.; con particolare riferimento ai mercati finanziari, M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 119.

3. L'indeterminatezza dei regolatori e delle regolazioni interessate

Sono vincolate ad utilizzare metodologie di Air “le autorità amministrative indipendenti, cui la normativa attribuisce funzioni di controllo, di vigilanza o regolatorie (...) per l’emanazione degli atti di loro competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione, e, comunque, di regolazione”¹⁷. La formulazione, seppure ridondante (basti pensare al riferimento alle programmazioni ed alle pianificazioni, nozioni che la migliore dottrina ha qualificato come equivalenti)¹⁸ pecca di chiarezza. Il tenore dell’elencazione sembra escludere gli interventi di *adjudication*, adottati in base ad un accertamento contenzioso in contraddittorio (come gli atti amministrativi individuali di controllo, sanzionatori o paragiurisdizionali), mentre sono oggetto di un’esclusione esplicita “le segnalazione e gli altri atti di consenso”¹⁹. Devono, dunque, essere oggetto di analisi gli interventi a carattere generale (di *rule-making*), indipendentemente dal contenuto condizionale o finalistico; l’attenzione alla *ratio* dell’Air, volta ad una valutazione preventiva delle ricadute di un intervento di regolazione sui destinatari (oltre che sulle amministrazioni destinate ad applicare l’intervento) consente limitare ulteriormente la categoria agli *interventi generali con rilievo esterno*²⁰.

Tale delimitazione dell’ambito di applicazione oggettivo dell’Air consente di trarre indicazioni in ordine ai soggetti interessati dal vincolo.

Sono, senza dubbio, tenute a redigere l’Air le autorità di regolazione dei servizi pubblici, cui competono funzioni di regolazione generale della qualità e delle tariffe; una conferma in questo senso deriva dal codice delle comunicazioni elettroniche del 2003, in base al quale ogni atto di regolazione dell’*Autorità per le garanzie nelle comunicazioni* “deve recare l’analisi di cui al comma 8 ed essere conseguentemente motivato”²¹. In attuazione della legge di semplificazione del 2001, l’*Autorità per l’energia elettrica ed il gas* ha adottato delle “Linee guida sull’introduzione dell’analisi di impatto della regolazione” del 2005 (che

¹⁷ Art. 12, comma 1, legge 29 luglio 2003, n. 229, cit.

¹⁸ M.S. Giannini, *Pianificazioni*, in *Enc. dir.*, XXXIII, 1983, 629 ss.

¹⁹ Art. 12, comma 4, legge 29 luglio 2003, n. 229, cit.

²⁰ Sull’esclusione dall’*Impact Assessment* degli atti interni della Commissione Ce, Commissione Ce, comunicazione 16 marzo 2005, cit.

²¹ Art. 13, commi 8 o 9, d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, cit.

costituiscono il primo documento pubblicato sul tema da un'autorità indipendente). Il vincolo previsto dalla legge di semplificazione è stato confermato da un'espressa previsione normativa anche con riferimento all'*Autorità di vigilanza sui lavori pubblici*, tenuta a dotarsi “nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di organizzazione e analisi di impatto della normazione per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione”²².

In base alle previsioni generali, tra i soggetti tenuti a redigere l'Air sono da considerare anche la *Consob*, l'*Isvap* e la *Banca d'Italia*, stante la loro competenza in materia di vigilanza regolamentare rispettivamente nei settori mobiliare, bancario ed assicurativo. Né varrebbe ad escludere tali soggetti dal vincolo la constatazione di non completa indipendenza rispetto ai pubblici poteri, che vale semplicemente a caratterizzare tali soggetti all'interno della categoria delle autorità amministrative indipendenti²³. Questa interpretazione sembra confermata dal disegno di legge di riforma del risparmio che, pur utilizzando espressioni estremamente generiche, prevede che “i provvedimenti della Banca d'Italia, della Consob, dell'Isvap e della Covip [che dunque si aggiungerebbe ai soggetti tenuti a redigere l'Air] aventi natura regolamentare o di contenuto generale, esclusi quelli attinenti all'organizzazione interna (...) sono accompagnati da una relazione che ne illustra le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori”²⁴.

Non rientra, invece, tra i soggetti tenuti a redigere l'analisi di impatto l'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Senza entrare nel merito della riconducibilità o meno degli interventi *antitrust* tra gli atti di regolazione economica, alcune indicazioni testuali e considerazioni sistematiche volgono, infatti, in questa direzione. In primo luogo, la legge di semplificazione del 2001 esclude dall'Air “i procedimenti previsti dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, e

²² Art. 25, comma 1, lett. c), legge 18 aprile 2005, n. 62, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004*.

²³ Sulla natura di autorità indipendente della Banca d'Italia, non solo con riferimento alle funzioni di banca centrale, ma anche in ordine alla vigilanza sul sistema bancario, da ultimo M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 116 ss.

²⁴ Art. 22, commi 1 e 2, disegno di legge n. 3328, sulla tutela del risparmio, approvato dalla Camera dei Deputati il 3 marzo 2005.

successive modificazioni”, vale a dire gli interventi di *adjudication* in materia di intesa restrittiva della concorrenza, di abuso di posizione dominante o di concentrazione e gli interventi che autorizzano intese o categorie di intese in deroga al divieto (previsione che evoca una competenza di *rule-making* con rilievo esterno che non è mai stato esercitata). In secondo luogo, gli interventi volti a valutare se la pubblicità possa considerarsi ingannevole o una pubblicità comparativa illecita sono espressione di un potere inibitorio che si esprime attraverso atti a carattere puntuale (il divieto di rendere pubblica la pubblicità o di continuare quella già iniziata)²⁵, dunque non rientranti tra gli “atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione, e, comunque, di regolazione” interessati dall’Air secondo quanto previsto dalla legge di semplificazione.

4. Le procedure di analisi

4.1 L’analisi di impatto della regolazione

In coerenza con il carattere di indipendenza riconosciuto dall’ordinamento, le autorità interessate dall’Air definiscono in sede di autoregolazione le procedure di analisi, il ruolo ed i meccanismi di consultazione, il disegno organizzativo interno.

La definizione in sede di autoregolazione delle procedure di analisi costituisce un momento particolarmente delicato, stante l’esigenza di prefigurare passaggi che consentano una sorta di *accountability* interna (degli uffici responsabili dell’Air rispetto al decisore politico) e di trasparenza del processo decisionale complessivo (di cui l’Air costituisce una parte rilevante).

Nella definizione della procedura Air, i regolatori indipendenti non sono vincolati dalle previsioni della legge generale del procedimento amministrativo, dal momento che tale metodologia di analisi si inserisce nel processo di formazione di atti amministrativi generali²⁶. I regolatori non sono neppure interessati dalla procedura di Air delle amministrazioni centrali (allo stadio attuale

²⁵ Art. 7 d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74, come modificato dal d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 67, *Attuazione della direttiva 84/450/CEE, come modificata dalla direttiva 97/55/CE, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa.*

²⁶ Art. 13, comma 1, legge 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi.*

definita da due direttive del Presidente del Consiglio dei Ministri ²⁷). Questa autonomia regolamentare deve, peraltro, trovare espressione nel rispetto dei principi ispiratori che governano i rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione (che rilevano soprattutto ai fini della partecipazione, attraverso le consultazioni, alla procedura di Air) ²⁸.

Sembra, inoltre, di poter ritenere che, in sede di autoregolazione vadano tenuti presenti alcuni passaggi logici fondamentali, che contribuiscono ad evitare che l'analisi si riduca ad un adempimento formale. I passaggi logici dell'Air (così come definiti per la regolazione comunitaria ²⁹ e per quella delle amministrazioni centrali ³⁰), sono i seguenti. In una fase preliminare viene definito l'ambito dell'intervento (destinatari); le esigenze sociali, economiche e giuridiche prospettate (sono le ragioni di opportunità dell'intervento); gli obiettivi (vale a dire le finalità dell'intervento), le diverse modalità attraverso le quali raggiungere gli obiettivi (le opzioni); i presupposti attinenti alla sfera organizzativa e finanziaria (che riguardano i regolatori), economica e sociale (quanto a cittadini ed imprese) relativi ad ogni opzione; l'opzione preferita. Le attività conclusive si compongono, poi, sostanzialmente della misurazione dell'impatto dell'opzione preferita sul regolatore e sui destinatari.

²⁷ Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 marzo 2000 (cit.) e 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*. In base all'art. 15, comma 5, disegno di legge 3186/S, come modificato il 18 maggio 2005, "con decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, adottati ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1998, n. 400, sono definiti entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge: a) i criteri generali e le procedure dell'Air, compresa la fase della consultazione".

²⁸ Cons. St., VI, 1° ottobre 2002, n. 5105.

²⁹ L'analisi è destinata a svolgersi in due stadi (sul modello statunitense): una valutazione preliminare (dei presupposti, delle criticità, con individuazione dei destinatari, delle opzioni di regolazione ed un primo esame dei costi e dei benefici) e una avanzata (volta all'analisi dei costi e benefici dell'opzione preferita, dell'impatto economico e sociale, del rispetto dell'*acquis* comunitario). Commissione Ce, comunicazione *L'impatto della regolazione*, cit.; Commission Staff Working Paper 21 ottobre 2004, *Impact Assessment: Next Steps. In support of competitiveness and sustainable development*, Sec (2004) 1377.

³⁰ Un rinvio esplicito in questo senso è contenuto nel Codice delle comunicazioni elettroniche per l'Air dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, in base al quale questa "si dota, conformemente alle indicazioni recate dalla direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 marzo 2000, attuativa della legge 8 marzo 1999, n. 50, di forme o metodi di analisi dell'impatto della regolamentazione" (art. 13, comma 8, d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, cit.). In questa direzione sembra muovere anche l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas.

La sequenza procedurale Air da definire in sede di autoregolazione andrebbe limitata alla fissazione delle tappe dell'analisi. Restano, infatti, non determinabili *a priori* una serie di snodi fondamentali, che caratterizzano la metodologia Air e che costituiscono altrettanti elementi di indeterminatezza della procedura. In primo luogo, la rilevazione delle esigenze di regolazione (dalla quale muove tutto l'impianto di Air) e la definizione delle opzioni alternative (che costituisce la novità intrinseca dello strumento) sono ampiamente influenzate dagli esiti delle consultazioni dei soggetti interessati, esiti a loro volta condizionati dalle scelte operate in ordine alle metodologie, ai tempi di utilizzo, ai soggetti da coinvolgere. In secondo luogo, la metodologia Air si basa sull'utilizzo di tecniche di misurazione delle opzioni proprie dell'analisi economica (quali l'analisi costi-benefici, l'analisi costi-efficacia, l'analisi di rischio), la cui scelta andrebbe effettuata caso per caso (anche se non è escluso che i regolatori indipendenti optino in termini generali per l'analisi costi-benefici). A fronte di questi elementi di indeterminatezza, la disciplina procedurale dovrebbe definire le modalità concrete volte ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza e di proporzionalità, in particolare la verificabilità dei passaggi compiuti, la coerenza rispetto alle esigenze rilevate, la diversificazione delle opzioni proposte e istruite, l'equidistanza nei confronti dei soggetti portatori degli interessi rappresentati all'amministrazione, la evidenziazione dei metodi di analisi economica utilizzati e della loro congruità.

La definizione (in sede di autoregolazione) del rapporto tra il procedimento di regolazione e la procedura Air costituisce, poi, un elemento fondamentale nell'ottica di evitare che l'analisi si riduca ad un mero adempimento formale. L'analisi di impatto costituisce, infatti, uno strumento conoscitivo a disposizione del regolatore, che consente il formarsi di "giudizi politici informati" attraverso la definizione di un quadro dei *pro* e dei *contra* il più possibile basato su precisi riscontri empirici ³¹. La natura intrinseca dell'Air comporta, dunque, che debba precedere, logicamente e temporalmente, la scelta dell'opzione di regolazione, per

³¹ Punto 1, Commissione Ce, comunicazione *L'impatto della regolazione*, cit.

insistere su un'ipotesi di intervento ³²; diversamente, la coincidenza dell'avvio del procedimento amministrativo di regolazione con l'attivazione della procedura Air rischia di vanificare il contenuto intrinseco dell'analisi, limitando inesorabilmente la scelta del regolatore a due opzioni: il non intervento o l'intervento attraverso lo strumento individuato nel provvedimento di avvio di istruttoria ³³.

Un'altra questione di importanza cruciale consiste nella valutazione della legittimità di una limitazione, tra gli interventi astrattamente rientranti nell'ambito di applicazione oggettivo dell'Air, di quelli da sottoporre all'analisi (stante la previsione normativa incondizionata delineata dalla legge del 2003) ³⁴ e, in caso positivo, della definizione in sede di autoregolazione di un criterio di scelta non arbitrario. L'esperienza comunitaria e di altri Paesi, così come le raccomandazioni Ocse, inducono ad evitare un'applicazione generalizzata dell'analisi, in considerazione dei costi e dei tempi dell'Air, che rischia di avere un impatto negativo sull'efficienza delle procedure di regolazione, portando paradossalmente ad un aumento dei costi della regolazione dovuto proprio ad uno strumento finalizzato (tra l'altro) ad un loro contenimento ³⁵. L'opportunità di delimitare l'ambito di applicazione deriva anche dall'obiettivo cui risponde l'analisi (la valutazione di impatto), che non sussiste in presenza di atti non innovativi o non definitivi (ad esempio, frutto di subprocedimenti che si innestano in un procedimento di regolazione principale oggetto di Air).

In generale, sembra che in sede di autoregolazione andrebbe delimitato, in primo luogo, l'ambito di applicazione oggettivo dell'Air (che comporta l'esclusione, ad esempio, dei regolamenti interni, delle segnalazioni, dei

³² Una chiara indicazione in questo senso deriva dalla definizione di Air delineata dall'art. 15, comma 1, del disegno di legge di semplificazione, in base al quale l'analisi di impatto della regolamentazione "consiste nella *valutazione preventiva* degli effetti di ipotesi di intervento normativo ricadenti sulle attività dei cittadini, delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni *mediante comparazione di ipotesi alternative*" (corsivo aggiunto).

³³ In questa direzione sembrano muovere le "Linee guida" dell'Autorità per l'energia.

³⁴ Rinvia invece esplicitamente alla definizione delle deroghe all'Air in sede di autoregolazione l'art. 22, comma 4, disegno di legge sul risparmio, in base al quale "le Autorità di cui al comma 1 disciplinano con propri regolamenti l'applicazione dei principi di cui al presente articolo, indicando altresì i casi di necessità e di urgenza o le ragioni di riservatezza per cui è ammesso derogarvi".

³⁵ Le riflessioni in ordine al rischio di una "paralisi da regolazione" non sono nuove all'ordinamento statunitense (sul punto R.B. Steward, trad it., *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 13, *ivi* riferimenti bibliografici).

provvedimenti per soluzione di controversie e degli altri interventi individuali). In secondo luogo, andrebbero individuati *criteri di esclusione* tendenzialmente oggettivi; negli Stati Uniti è stata definita una soglia di rilevanza calcolata in termini di valore monetario dell'impatto dell'intervento ³⁶ (a livello comunitario non è stato al momento esplicitato un criterio di scelta ma si ritiene che l'*Impact Assessment* dovrebbe, in un primo tempo, riguardare le sole proposte legislative "chiave" e le principali proposte di definizione di politiche) ³⁷. Il documento di consultazione dell'Autorità dell'energia elettrica e del gas, pur evidenziando il limite di circolarità connesso alla fissazione di soglie (dal momento che la valutazione dell'impatto costituisce uno specifico oggetto di misurazione in sede Air), sottopone a consultazione la possibilità di definire criteri di rilevanza dell'impatto ³⁸.

In terzo luogo, potrebbero essere definite alcune *ipotesi di esenzione*. Tali fattispecie sono valutate, quanto all'Air delle amministrazioni centrali, dal Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio ³⁹ (anche in Francia la valutazione viene operata caso per caso da parte di un apposito comitato governativo) ⁴⁰; un'impostazione speculare (assente nelle norme) porterebbe ad affidare al Parlamento (destinatario dell'Air delle autorità indipendenti) la valutazione caso per caso delle istanze di esenzione presentate dal regolatore; in ogni caso, la semplice esclusione *tout court* dell'Air in ipotesi non

³⁶ "The term "major rule" means any rule that the Administrator of the Office of Information and Regulatory Affairs of the Office of Management and Budget finds has resulted in or is likely to result in an annual effect on the economy of \$100,000,000 or more" (5 U.S. Code 803 (2)).

³⁷ A livello comunitario si discute, inoltre, in ordine all'esclusione di misure quali le decisioni in attuazione di obblighi internazionali e gli aggiornamenti tecnici (Commissione Ce, comunicazione *L'impatto della regolamentazione*, cit.), le proposte di minimo rilievo o riguardanti atti direttamente previsti dal Trattato Ce (Commissione Ce, comunicazione *Semplificare e migliorare la regolamentazione*, Com (2001) 726 def.).

³⁸ Documento per la consultazione 31 marzo 2005, *Linee guida sull'introduzione dell'analisi di impatto della regolazione (Air) nell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas*.

³⁹ Il disegno di legge di semplificazione riconosce al Dagl la possibilità di consentire l'esenzione dall'Air "su motivata richiesta dell'amministrazione interessata" (art. 15, comma 8).

⁴⁰ "Les textes qui feront l'objet d'une étude d'impact seront, en priorité, ceux qui sont susceptibles d'affecter de manière significative la situation des administrés (personnes physiques ou entreprises) et qui traduisent de véritables choix d'opportunité" (circolare 30 septembre 2003, *Qualité de la réglementation*).

adeguatamente delineate (come un generico riferimento all'urgenza) ⁴¹ rischia di aprire ad una incontrollabile elusione dell'obbligo di legge.

4.2 La fase delle consultazioni

La consultazione degli interessati nell'ambito dei procedimenti di regolazione generale costituisce al contempo uno strumento conoscitivo a disposizione del regolatore per colmare le asimmetrie informative, una forma embrionale di partecipazione e di difesa ⁴². Le consultazioni costituiscono anche una fase imprescindibile della procedura Air ⁴³, particolarmente utile sia per la rilevazione delle esigenze, che per la valutazione dell'impatto dell'opzione preferita.

L'introduzione del vincolo alla redazione dell'Air (e dunque l'attivazione della fase delle consultazioni) si inserisce in un contesto in cui le autorità indipendenti hanno introdotto da tempo forme più o meno sofisticate di consultazione preventiva riferita agli atti normativi e generali, in via regolamentare (come nel caso dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas) o di prassi (come nel caso della Consob) ⁴⁴. In tale contesto, il nuovo vincolo dovrebbe costituire un monito alla formalizzazione di norme procedurali o al miglioramento di quelle esistenti. In tale occasione andrebbero definite previsioni minime di trasparenza, quali l'imposizione della verbalizzazione e di una sintetica resocontazione nell'atto finale di regolazione delle argomentazioni dei consultati e l'evidenziazione delle modalità di individuazione degli stessi ⁴⁵.

⁴¹ Così il Documento per la consultazione 31 marzo 2005 dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas.

⁴² E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 686.

⁴³ L'art. 15, comma 5, lett. a) del disegno di legge 3186/S qualifica espressamente la consultazione come una fase della procedura Air, da disciplinare con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

⁴⁴ M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 171.

⁴⁵ Tra i requisiti minimi delle procedure comunitarie di consultazione la Commissione Ce individua: la chiarezza dell'oggetto delle consultazioni, la pubblicazione degli esiti, la previsione di un tempo minimo per rispondere (non meno di sei settimane), comunicazione del ricevimento dei contributi e la pubblicazione dei risultati delle consultazioni. Più in generale, la Commissione Ce ha richiamato l'attenzione sull'esigenza di evitare che la consultazione si risolva in un mero adempimento procedurale; in quest'ottica andrebbe evitato il rischio di intempestività rispetto alle fasi del processo di regolazione, di elusione di soggetti rilevanti ma con scarso potere di

Quanto alla tecnica di consultazione, se è pur vero che nessuna modalità può ritenersi valida in assoluto ed andrebbe calibrata in relazione agli obiettivi e agli ambiti della regolazione, la specificità dei mercati regolati dalle autorità indipendenti, il numero relativamente limitato dei destinatari e la loro presumibile conoscenza tecnica dei settori potrebbe giustificare la scelta della metodologia del *Notice and Comment*, anche se non sembra opportuno escludere *a priori* il ricorso ad altre metodi o il loro utilizzo combinato (come i *focus groups*, le interviste semistrutturate, le indagini campionarie).

4.3 La verifica dell'impatto della regolazione

In sede di autoregolazione dovrà, infine, trovare specificazione la previsione normativa in base alla quale le autorità indipendenti “provvedono alla verifica degli effetti derivanti dall'applicazione di contratti predisposti mediante moduli o formulari ovvero di clausole e condizioni contrattuali normativamente previste o a contenuto generale”⁴⁶. Si tratta di una formulazione oscura e lacunosa, che sembra evocare un'apposita e distinta procedura di verifica successiva della regolazione; in questi termini la previsione costituirebbe un complemento ideale della valutazione preventiva e contribuirebbe alla revisione periodica degli interventi, in modo da assicurarne la persistente necessità ed adeguatezza⁴⁷. Stupisce, peraltro, la limitazione dell'oggetto della verifica ai soli contratti o clausole previste da atti generali, più opportunamente esteso agli effetti di tutti gli atti normativi delle amministrazioni centrali dal progetto di legge di semplificazione per il 2005⁴⁸. Il legislatore non chiarisce, inoltre, il tipo di valutazione richiesta (limitandosi ad imporre una generica “verifica degli effetti”)⁴⁹, il soggetto deputato alla supervisione (dal momento che al Parlamento deve

pressione, generalizzazione di opinioni non rappresentative (*Verso una cultura di maggiore consultazione e dialogo. Principi generali e requisiti minimi per la consultazione delle parti interessate ad opera della Commissione*, Com (2002) 704 def.).

⁴⁶ Art. 12, comma 3, legge 29 luglio 2003, n. 229, cit.

⁴⁷ In base all'art. 22, comma 3, disegno di legge n. 3328, le autorità di vigilanza sui mercati finanziari “sottopongono a revisione periodica, almeno ogni tre anni, il contenuto degli atti di regolazione da esse adottati, per adeguarli all'evoluzione delle condizioni del mercato e degli interessi degli investitori e dei risparmiatori”.

⁴⁸ Art. 15, comma 4, del disegno di legge di semplificazione.

⁴⁹ Una definizione della *Vir* discende dall'art. 15, comma 4, del disegno di legge di semplificazione, in base al quale la verifica consiste nella valutazione “del raggiungimento delle

essere indirizzata la sola valutazione preventiva) e gli effetti della valutazione (che solo in via presuntiva possono essere individuati in una revoca della regolazione non più adeguata).

5. L'intreccio tra politica e amministrazione

L'intreccio tra politica ed amministrazione costituisce un'ulteriore caratteristica dell'Air, che contribuisce all'indeterminatezza ed all'atipicità della procedura. L'Air è, infatti, uno strumento tecnico di supporto di decisioni che restano politiche⁵⁰ ed il decisore finale non è in alcun modo tenuto a seguire l'indicazione dell'opzione preferita che costituisce l'esito dell'analisi; per questo motivo, allo stadio attuale la procedura Air si avvicina maggiormente al processo legislativo che al procedimento amministrativo.

Nel disegno istituzionale, il rapporto tra momento tecnico e politico si risolve da un lato in una dialettica interna tra amministrazione istruttoria ed organo decisore, dall'altro nel rapporto tra il regolatore indipendente ed il Parlamento (mentre in linea di principio non dovrebbe porsi un problema di relazione con il vertice politico-governativo, anche se in vari ambiti le prerogative politiche tendono ad erodere le competenze tecniche)⁵¹. Pur in mancanza di indicazioni al riguardo, sembra di poter ritenere che nella configurazione del disegno procedurale debbano essere predisposti strumenti che consentano una sorta di *accountability* dell'amministrazione che redige l'Air rispetto al decisore, da un lato, e dell'autorità indipendente nei confronti del Parlamento, dall'altro.

In termini concreti, si potrebbe ritenere che la relazione Air debba fornire al decisore politico tutte le informazioni atte alla scelta di una regolazione coerente

finalità e nella stima dei costi e degli effetti prodotti da atti normativi sulle attività dei cittadini, delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni”.

⁵⁰ Quanto all'Air sulla regolazione comunitaria, la Commissione Ce evidenzia che questa “contribuisce al processo decisionale ma non sostituisce il giudizio politico” (punto 4, comunicazione *L'impatto della regolazione*, cit.); allo stesso modo, l'Air ad uso delle amministrazioni centrali “costituisce supporto alle decisioni dell'organo politico di vertice” (art. 15, comma 2, disegno di legge n. 3186/S, cit.).

⁵¹ Ad esempio, i più recenti interventi in materia di comunicazioni elettroniche e di energia hanno nel primo caso attribuito al ministero di settore competenze tradizionalmente svolte dal regolatore indipendente, nel secondo caso sottoposto l'autorità a più stringenti forme di ingerenze politiche. Sul punto D. Sorace, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Mercato concorrenza regole*, n. 2/2003, p. 337 ss.; M. Clarich, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., p. 33-35.

con i principi generali dell'ordinamento nazionale e comunitario e consentire la verificabilità dei passi compiuti (argomentando il rispetto della sequenza Air, la coerenza rispetto alle esigenze rilevate, la diversificazione delle opzioni proposte e istruite, l'equidistanza nei confronti dei soggetti portatori di interessi, la congruità della strumentazione impiegata, l'indicazione dei metodi di analisi economica e di consultazione e utilizzati).

Nei rapporti con il Parlamento, la relazione dovrebbe soddisfare le esigenze di trasparenza del processo di valutazione, senza tradursi in uno strumento di controllo indebito sull'attività o le politiche del regolatore indipendente. Il coinvolgimento di un organo eletto democraticamente in luogo del Governo (come per l'Air delle amministrazioni centrali) costituisce senza dubbio un positivo segnale di rispetto (quanto meno formale) dell'indipendenza dei regolatori. Questa scelta (così come l'aver affidato all'autoregolazione la definizione della procedura di analisi) sembra espressione dell'intenzione di configurare l'Air delle autorità indipendenti come metodo di decisione volto a migliorare la qualità della regolazione e non quale strumento di controllo sui regolatori; ciononostante, una valutazione più argomentata al riguardo non potrà che essere formulata a seguito dell'osservazione dei rapporti che verranno ad instaurarsi tra chi regola e chi controlla la regolazione. Tuttavia, se occorre tenere sempre presenti i rischi di ingerenza che lo strumento Air potrebbe veicolare, occorre anche evidenziare che la mancanza di poteri sanzionatori delle Camere (da attivare in ipotesi di mancanza o incompletezza delle relazioni di analisi di impatto) lascia indeterminato il momento della supervisione dell'attività svolta, che costituisce uno degli snodi fondamentali per assicurare che l'Air non si riduca ad un adempimento formale⁵².

Rispetto ai soggetti terzi, l'esigenza di trasparenza appare adeguatamente soddisfatta attraverso un'articolata motivazione del provvedimento finale di regolazione. Detto questo, resta da chiarire la valenza dell'Air nei rapporti tra regolatori e regolati: se è pur vero che l'Air costituisce uno strumento conoscitivo

⁵² Quanto alla regolazione non indipendente, l'organismo deputato alla supervisione (il Dagl) può restituire le relazioni carenti o insufficienti, lacune che possono portare ad un rinvio dell'adozione del relativo atto di regolazione. Negli Stati Uniti, l'Office of Management and Budget (Omb) ha il potere di rinviare la *review* ritenuta insufficiente.

immaginato per il regolatore, l'omessa formulazione dell'analisi (in mancanza di previsioni che consentano esclusioni o esenzioni) non può non riflettersi sul rapporto tra regolatore e regolati, prefigurando una violazione di legge che grava sull'atto di regolazione; il vizio appare difficilmente perseguibile in sede giurisdizionale (se non attraverso l'impugnazione congiunta dell'atto individuale di attuazione), ma non si può escludere che una sistematica mancanza potrebbe essere rilevata in sede politica (ad esempio all'atto della presentazione della relazione annuale sull'attività svolta).

6. I problemi aperti

L'introduzione dell'analisi di impatto della regolazione indipendente costituisce un'importante strumento per il contenimento dell'inflazione regolatoria che grava su vari settori liberalizzati o in via di liberalizzazione.

Nel silenzio del legislatore e nelle more degli interventi di autoregolazione restano tuttavia aperte varie questioni, sulle quali si gioca l'efficacia dello strumento.

Resta, in primo luogo, da definire il rapporto tra procedura Air e procedimento amministrativo di regolazione. La definizione di una coincidenza temporale e logica tra l'inizio dell'Air e l'avvio del procedimento non consente, infatti, di valutare adeguatamente tutte le alternative a disposizione, rischiando di snaturare lo strumento. Si tratta di un limite che la dottrina ha già avuto occasione di rilevare con riferimento all'Air che le Commissioni parlamentari possono richiedere al Governo per schemi di atti normativi e progetti di legge al loro esame, che riduce lo strumento ad una valutazione dei vantaggi e degli svantaggi di una scelta di regolazione già operata ⁵³.

In secondo luogo, occorre delineare il rapporto che si instaura tra regolatori e supervisore. Il pieno operare dell'analisi di impatto della regolazione indipendente richiede, infatti, la definizione (a livello normativo) dei poteri del Parlamento, sia con riferimento all'ipotesi di mancanza di Air (che sull'esempio della disciplina prevista a livello centrale potrebbe portare ad un rinvio al

⁵³ P. Mariuzzo, *Attuale ambivalenza istituzionale ed operativa dell'Air*, N. Greco, a cura di, *Introduzione alla "Analisi di impatto della regolamentazione"*, SSPA, Roma, 2003, p. 74-75.

regolatore del progetto) ⁵⁴, sia con riferimento all'incompletezza dell'analisi. A quest'ultimo riguardo, sembra di poter ritenere che il supervisore dovrebbe limitarsi a una verifica del rispetto non formale della sequenza procedurale Air (i menzionati passaggi logici), senza entrare nel merito dell'analisi. E ciò non solo in considerazione dell'ampio utilizzo degli strumenti di analisi economica, ma anche al fine di evitare il rischio che l'Air sia utilizzato in funzione di controllo politico dell'attività delle autorità indipendenti.

⁵⁴ Così, allo stadio attuale, la procedura delineata dalla direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 marzo 2000, cit.