

Dagli *early birds* alla nottola di Minerva: per costruire un'agenda di ricerca sull'Air nelle Autorità indipendenti

Alessandro Natalini e Giulio Vesperini¹

INTRODUZIONE

In un arco di tempo molto ridotto, a differenza delle altre amministrazioni nazionali, le Autorità indipendenti italiane hanno maturato una prima significativa esperienza nell'uso dell'analisi di impatto della regolamentazione-Air. Questa esperienza presenta elementi di discontinuità sia dal punto di vista sincronico (nel senso, cioè, che essa è più sviluppata in alcune autorità, ad uno stadio ancora embrionale in altre, inesistente in altre ancora), sia dal punto di vista diacronico (nel senso, cioè, che all'interno di una medesima Autorità e della sua storia capita che si alternino accelerazioni e frenate) ed è lungi dall'essersi consolidata. Tuttavia, per lo studio dell'Air in Italia, nel suo stato nascente, le Autorità indipendenti forniscono un materiale interessante e di gran lunga più significativo di quello offerto dalle altre amministrazioni pubbliche.

Per il censimento e l'analisi di questa esperienza, dal 2009, opera l'"Osservatorio sull'analisi di impatto della regolazione nelle Autorità indipendenti", promosso dalle Università della Tuscia e Parthenope e dall'Istituto di ricerche sulla pubblica amministrazione-Irpa. L'Osservatorio esamina il ricorso all'Air da parte delle Autorità amministrative indipendenti italiane con poteri di regolamentazione e di vigilanza nel settore economico, compie approfondimenti sulle esperienze in materia nell'Unione Europea e in alcuni importanti ordinamenti stranieri, e pubblica periodicamente i risultati di queste indagini.

Questo libro propone un bilancio del lavoro dell'Osservatorio. Quando tre anni fa è stato dato avvio alle attività di ricerca lo scenario era dominato da una serie di norme che imponevano l'uso di questo strumento alle Autorità indipendenti ma che avevano trovato una applicazione ancora parziale e ridotta a pochi casi. L'Autorità per l'energia e il gas era l'unica amministrazione in cui fosse già stato avviato un utilizzo sistematico dell'Air. L'Osservatorio ha allora focalizzato la sua attenzione sulle esperienze degli altri paesi, sull'analisi delle norme e dei fattori in grado di sospingere o, al contrario, di frenare il ricorso a questo strumento per il miglioramento della qualità della regolazione. Avendo potuto osservare l'esperienza dell'Air sin dalla sua fase natale è stato, peraltro, possibile ricostruire un dettagliato quadro del modo con cui essa è stata introdotta nelle diverse autorità. È evidente che l'esame di questa fase di gestazione mette in luce eventi ancora isolati, tenui segnali, non di rado contraddittori, che al momento consentono di tracciare, al massimo, alcune linee di tendenza. Lo scopo dei saggi contenuti nelle pagine che seguono non può essere, quindi, quello di proporre una sistemazione della materia e delle sue dinamiche, quanto, invece, quello di dare conto delle analogie e delle differenze tra le diverse Autorità indipendenti, formulando ipotesi di lavoro. Il tempo per le teorie esplicative, seguendo Hegel, non può che essere «dopo che la realtà ha compiuto il suo processo di formazione ed è bell'e fatta», in quanto «la nottola di Minerva inizia il suo volo sul far del crepuscolo» (Hegel, 1965, p. 17). Tuttavia, gli *early birds* sono in grado di restituire agli osservatori un quadro di informazioni di estremo rilievo per tracciare itinerari di ricerca sui quali lavorare nel corso dei prossimi anni.

Il volume è diviso in due parti. La prima contiene due saggi dedicati, rispettivamente, alla valutazione, svolta nell'ambito dell'Air, dei possibili interventi di regolazione e al ricorso alla

¹ La redazione di questo capitolo introduttivo è frutto di un lavoro comune tra i due autori. La cura della Premessa e dei paragrafi 1, 2 e 3 è tuttavia da attribuire a Giulio Vesperini, mentre i paragrafi 4, 5, 6 e 7 sono stati redatti da Alessandro Natalini.

valutazione *ex post* di impatto della regolamentazione (Vir) (per dare conto che il cd. ciclo della regolazione, oltre alla produzione delle regole sulla quale si concentra l'attenzione del libro, comprende anche una più articolata attività di manutenzione, della quale la valutazione *ex post* rappresenta uno dei momenti più importanti). La seconda parte raccoglie, invece, rassegne ragionate su alcuni tra gli aspetti principali connessi all'uso dell'Air medesima: le fasi che ne hanno accompagnato l'introduzione nelle varie autorità; i condizionamenti derivanti dall'Unione Europea; gli interessi assunti a parametro della valutazione; i controlli parlamentari e giurisdizionali sulle Air effettuate ecc. Seguono conclusioni che forniscono un quadro riassuntivo dello stato dell'arte delle Air delle Autorità indipendenti, ne analizzano il grado di sviluppo e ne evidenziano le principali caratteristiche.

La trattazione è preceduta da questo capitolo introduttivo nel quale si ricostruisce il contesto nel quale le Autorità indipendenti italiane cominciano a fare uso dell'Air; si discutono le possibili ragioni del ricorso all'Air da parte delle Autorità stesse e i rischi connessi allo stesso; si traccia un'agenda di ricerca per analizzare e interpretare i processi di trasformazione riguardanti il modo di produrre regole nelle Autorità indipendenti.

1. LO SCENARIO ISTITUZIONALE

Le prime Air delle Autorità indipendenti italiane si collocano sul finire del secolo scorso. Secondo quanto ricordano, nel loro contributo, Ferrara e Flori, la prima a muoversi su questa strada è l'Aeeg; negli stessi anni, poi, la Consob e l'Agcom, prima di adottare i regolamenti e le delibere più importanti, consultano i principali soggetti interessati, per poter acquisire informazioni rilevanti circa gli effetti connessi alle scelte regolatorie in programma. Peraltro, le prime iniziative in materia di Air e consultazioni pubbliche sono prese volontariamente dalle Autorità indipendenti, senza, cioè, che alcuna norma le vincoli a farlo.

I principali elementi di contesto nel quale le indicate misure di *better regulation* sono adottate e, successivamente, sviluppate da parte delle Autorità indipendenti italiane, sono fondamentalmente di tre tipi.

Anzitutto, proprio a partire dagli anni Novanta dello scorso secolo, si espande il numero di questo tipo di Autorità e dei poteri ad esse attribuiti. Questa espansione, a sua volta, in Italia come anche in altri paesi europei, è in diretta connessione con la privatizzazione delle imprese pubbliche, la liberalizzazione dei settori nei quali queste operano (bancario, assicurativo, energia elettrica, telecomunicazioni, ecc), la determinazione di limiti e controlli per assicurare il perseguimento di finalità sociali (ad esempio, il servizio universale). Allo Stato-imprenditore, quindi, si sostituisce lo Stato regolatore e sono istituite apposite Autorità pubbliche di regolazione, terze rispetto al potere politico e ai soggetti regolati, che disciplinano, anche minutamente, gli obblighi delle società privatizzate e assicurano la tutela dei diritti degli utenti.

In quegli stessi anni, inoltre, si registra un importante sviluppo del diritto europeo. Questo rileva, ai fini della presente indagine, sotto almeno quattro diversi aspetti. Perché il diritto europeo è tipicamente fatto di regole e queste penetrano nei sistemi legali nazionali, limitando l'autonomia dei diritti nazionali e imponendosi alle amministrazioni nazionali come diritto comune (Vesperini, 2011). Perché favorisce la formazione di reti europee di amministrazioni settoriali, nelle quali maturano le condizioni per la cooperazione e lo scambio tra amministrazioni omologhe. Perché le Autorità indipendenti nazionali, per ampia parte, operano in settori dominati dalla regolamentazione europea, sono incaricate della sua applicazione e, spesso, devono la garanzia della loro indipendenza proprio ad un vincolo europeo sugli Stati membri. Perché, specie nei suoi sviluppi più recenti, il diritto europeo pone un doppio livello di regolazione, prevedendo, cioè, la contemporanea

operatività di un regolatore comune e di un regolatore nazionale: il primo assume decisioni, il secondo ne assicura l'esecutività (S. Cassese, 2011).

In Italia, poi, l'istituzione e lo sviluppo di Autorità indipendenti rappresenta una delle espressioni più significative delle importanti riforme amministrative approvate nell'ultimo decennio del secolo XX: si connette alla ridefinizione dei principi informatori dei rapporti tra gli uffici politici e uffici amministrativi, disposta dalle norme del decreto legislativo n. 29 del 1993; è parte integrante delle modifiche apportate in quegli anni alla organizzazione amministrativa; introduce un correttivo al sistema maggioritario, conseguente alle riforme elettorali dei primi anni Novanta.

D'altro canto, nello stesso lasso di tempo, e cioè tra la fine del secolo XX e l'inizio del secolo XXI, per un verso, la percezione della crescente complessità dei problemi da risolvere genera, specie nei sistemi anglosassoni, una «political drive for more evidence-based policy making» (Nillsson, Jordan, TurnPenny, Hertin, Nykvist, Russell, 2008); per altro verso, si registrano anche i primi importanti sviluppi delle politiche di *better regulation*, promosse dall'Ocse, dall'Unione Europea e da alcuni Stati (Stati Uniti, Regno Unito, Canada, Australia, Nuova Zelanda). Anche in Italia, peraltro, le riforme della pubblica amministrazione di quegli anni si occupano, per la prima volta, del problema della regolamentazione, della sua semplificazione e della sua qualità (Mattarella, 2011). D'altro canto, come è stato osservato, tra le misure di *better regulation* e il paradigma del *New Public Management*-Npm, che informa molte riforme amministrative in Italia e in altri Stati europei, si riscontrano elementi in comune (comune è l'idea di rendere l'amministrazione pubblica più efficiente e trasparente; condiviso è il fine di aumentare la razionalità dell'agire pubblico; comune, anche, è il fatto di essere entrambe *evidence-based policies* ecc.) e una sorta di *cross fertilization* (per esempio, l'attenzione dedicata alla soddisfazione degli utenti; l'introduzione di meccanismi di valutazione *ex ante*; la convinzione che uno stesso grado di protezione dei regolati possa essere ottenuto a costi più bassi, ecc.) (Radaelli e Mewuese, 2009a; Radaelli, 2010 b).

2. PRIMO ITINERARIO: LA LEGITTIMAZIONE DEMOCRATICA DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI

Illustrati, in termini molto generali, i principali elementi di contesto nel quale si sviluppano le Autorità indipendenti, i loro poteri e le misure di *better regulation* da esse adottate, si propongono di seguito alcune spiegazioni del ricorso fatto dalle Autorità indipendenti italiane all'Air. Bisogna fare, però, una premessa di carattere generale e qualche distinzione.

La premessa di carattere generale consiste in questo, che, anche, nell'ordinamento italiano, come nei principali altri ordinamenti nazionali e sovranazionali, assume progressivamente rilevanza un interesse pubblico alla qualità delle regole, distinto rispetto agli interessi pubblici posti alla base delle singole misure di regolazione (De Benedetto, Martelli, Rangone, 2011). Questo interesse è perseguito attraverso una pluralità di tecniche, da una pluralità di diversi regolatori pubblici, connotandosi quindi meno come interesse riferibile a questo o quello dei diversi livelli di governo, più come "interesse nazionale". La sua (crescente) rilevanza muove dalla considerazione secondo la quale una regolazione di cattiva qualità, ipertrofica, frammentata, ecc., nuoce alle imprese, ai cittadini, alle pubbliche amministrazioni e pregiudica il rispetto dei principi fondamentali dello Stato di diritto. La cura di tale interesse, ancora, ha una serie di importanti implicazioni: di tipo concettuale, perché scardina l'impostazione tradizionale degli ordinamenti di *civil law* secondo la quale le regole generali non devono essere giustificate (De Benedetto, Martelli, Rangone, 2011, 27; Mattarella, 2011, p. 121); di tipo pratico, perché impone il ricorso ad una pluralità di diverse competenze (non solo giuridiche, ma statistiche, economiche, politologiche, sociologiche ecc.), determina cambiamenti nella organizzazione amministrativa (De Benedetto *et. al.*, p. 150), investe, potenzialmente, sia la regolamentazione di rango primario sia quella amministrativa. A sua volta, però, questo interesse è perseguito in forma, estensione e con motivazioni diverse dai diversi soggetti regolatori.

Come si è detto, poi, l'indagine sulle motivazioni che sorreggono la scelta delle Autorità indipendenti di ricorrere all'Air richiede di operare alcune distinzioni. L'efficienza causale di alcune ragioni della diffusione dell'Air può essere argomentata più facilmente. In negativo, poi, si può spiegare perché altre ragioni, spesso indicate come importanti nella letteratura internazionale in materia, trovino tuttavia scarsa applicazione nel caso di specie, oppure abbiano una valenza talmente generale da non possedere, almeno allo stato attuale delle conoscenze, una efficacia esplicativa peculiare per le Autorità indipendenti, oppure, infine, identifichino mere ipotesi di lavoro, oggetto di possibili approfondimenti futuri.

Cominciamo con le prime. Le ragioni che, allo stato attuale di sviluppo delle conoscenze in materia, più solidamente, possono spiegare il ricorso delle Autorità indipendenti italiane all'Air sono di due tipi.

Per comprendere la prima, bisogna ricordare che uno dei problemi principali posti dalla diffusione delle Autorità indipendenti è quello della loro legittimazione costituzionale. Si legge, al riguardo, in uno dei più diffusi manuali italiani di diritto amministrativo: «L'indipendenza di cui le amministrazioni indipendenti godono nei confronti dell'esecutivo, anche a prescindere dal problema della loro eventuale personalità giuridica, vale a differenziarle notevolmente dagli altri enti pubblici, i quali, sotto profili diversi, sono comunque rapportati allo Stato e riconducibili al modello di cui all'art. 95 Cost. [...]. Proprio la circostanza che le Autorità indipendenti non rispondano politicamente all'esecutivo – ma neppure ad altri soggetti – ha suscitato dubbi in ordine alla legittimità costituzionale della scelta legislativa di istituirle: esse, prive di “copertura costituzionale”, sfuggono quasi completamente al modello generale fondato sul principio della responsabilità ministeriale [...]. Discutibile è soprattutto l'attribuzione di poteri normativi a soggetti privi di responsabilità politica in assenza oltre tutto di una disciplina che ne fissi in modo peculiare i limiti» (Casetta, 2001, p. 205). Insomma, il problema della legittimazione delle Autorità indipendenti si pone perché, a differenza di quanto avviene per le altre amministrazioni pubbliche, né il governo, né altri soggetti rispondono politicamente per il loro operato, sicché esse sono sottratte al tradizionale circuito politico-rappresentativo.

Ma c'è un modo alternativo a questo per fondare la legittimazione costituzionale delle Autorità indipendenti? La risposta fornita a questa domanda da parte della letteratura, in genere, è positiva, ma con una tale ricchezza di argomentazioni da non poterne fare in questa sede neanche un cenno sommario. Per quanto interessa, però, si può menzionare tra queste la tesi secondo la quale i procedimenti di consultazione, quelli di *notice and comment*, l'obbligo di Air ecc. rappresentino altrettanti meccanismi attraverso i quali gli ordinamenti contemporanei affiancano il paradigma della democrazia rappresentativa². Una esplicitazione di questa lettura si ha anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato nel famoso caso *Dynameeting* (VI, 27 dicembre 2006, n. 7972): «L'esercizio di poteri regolativi da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art.95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati, sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. In assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del governo, l'indipendenza e la neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga in sede giurisdizionale». Quindi, l'esigenza di legittimazione impone di prestare maggiore attenzione al procedimento di esercizio dei poteri delle Autorità indipendenti. La relativa disciplina si informa al principio del giusto procedimento ed estende ai procedimenti generali una serie di istituti dettati, per gli altri procedimenti, dalla normativa generale della legge n. 241/1990 (E. Chiti, 2004).

² «Delegation of power through elections is now flanked by participation in the decision-making process [...]. Popular participation and deliberative democracy complement representative democracy» (S. Cassese, 2012).

La tesi secondo la quale l’Air costituisce fattore di legittimazione della regolazione e dei regolatori (Radaelli, De Francesco, 2007) trova, poi, supporto nella letteratura: i regolatori sono credibili se forniscono ragioni per le loro scelte regolatorie, fondano le loro decisioni su una analisi economica condotta in modo trasparente, forniscono ai gruppi di interesse l’opportunità di partecipare al processo regolatorio. L’Air, in particolare, è tanto più credibile e ha quindi probabilità di essere effettiva, quanto più ampio è il supporto delle differenti *constituencies* interessate: «legitimacy is even more important. It leads to a definition of good RIA [...] based on embeddedness. A “good RIA” is embedded in the wider regulatory policy process» (Radaelli 2005).

Sul piano della osservazione empirica, infine, ulteriore (ancorché parziale, per essere riferito ad una sola fase dell’Air) conforto a questa conclusione si trova nelle considerazioni di Carolina Raiola, nel suo capitolo, a proposito delle consultazioni telematiche svolte dalle Autorità indipendenti. Due sono, in particolare, gli aspetti di maggiore interesse. In primo luogo, come già detto, le Autorità indipendenti hanno fatto ricorso alle consultazioni, prima di esserne normativamente vincolate: paradossalmente, quindi, l’Air, una volta imposta dalla legge, si riduce, nella prassi di alcune amministrazioni, ad un mero adempimento formale; ma ci sono Autorità indipendenti che ricorrono alla consultazione, pur senza esserne obbligate, autorizzando l’ipotesi che esse intendano, in questo modo, acquisire preventivamente il punto di vista (e se possibile il consenso) dei destinatari di quelle stesse decisioni.

In secondo luogo, il lavoro di Raiola segnala la formazione di un doppio livello di partecipazione nella prassi delle Autorità indipendenti: quello proprio delle fasi iniziali del processo di Air, riservato ad un nucleo ristretto di interlocutori privilegiati (per esempio, altri regolatori, esperti, operatori rilevanti, grandi associazioni rappresentative), e diretto, tra l’altro, ad una prima ricognizione della materia da regolare, al reperimento delle informazioni rilevanti, alla predisposizione di una prima versione della misura regolatoria; quello che si realizza in un momento successivo della procedura, quando, cioè, le opzioni e le proposte di regolazione sono già state elaborate e l’efficacia di un intervento partecipativo quindi è ridotta, nel quale la partecipazione si estende agli altri operatori di mercato e alle associazioni rappresentative degli interessi (in genere delle imprese, non dei consumatori). In questo modo, l’ipotesi secondo la quale le Autorità indipendenti usino la consultazione, e l’Air delle quali quelle sono componente importante, per ricevere una legittimazione del proprio operato si rafforza e si qualifica: ci si preoccupa, soprattutto, di acquisire il punto di vista dei soggetti “forti”, dai quali maggiormente dipende l’effettività delle misure adottate.

3. SECONDO ITINERARIO: L’INFLUSSO EUROPEO

Una seconda importante serie di spiegazioni della diffusione dell’Air nelle Autorità indipendenti italiane si collega a quanto si è osservato prima circa la rilevanza dell’aggancio europeo per le Autorità indipendenti nazionali. A questo riguardo, il capitolo di Cavallo e Morfuni propone una articolata tipizzazione delle influenze esercitate dal diritto europeo (distinguendole in dirette e indirette) circa l’adozione di tecniche di *better regulation* e in particolare dell’Air da parte delle Autorità indipendenti nazionali. La *better regulation* e, in particolare, l’Air, infatti, trovano nella disciplina europea una fonte importante di regolamentazione. È pertanto comprensibile che le Autorità indipendenti nazionali che, dell’ordinamento europeo costituiscono una componente importante, possano essere indotte, in misura maggiore di quanto possa accadere per le altre amministrazioni pubbliche, a fare ricorso a quelle tecniche. Ugualmente significativa, poi, è l’influenza esercitata dall’Ocse con le sue raccomandazioni, i suoi manuali, i suoi rapporti specifici dedicati all’Italia, i suoi gruppi di lavoro ai quali partecipano molti esperti italiani della materia (La Spina, 2002). È evidente che la combinazione tra le politiche sovranazionali di *better regulation* e il coacervo di stimoli e vincoli per dare loro attuazione a livello domestico produce effetti di volta in

volta diversi (Natalini, 2010). Se in alcuni casi gli innovatori nazionali possono trovare nelle istanze sopranazionali un appiglio ulteriore per vincere le resistenze dei *veto players* interni, in altri casi possono limitarsi ad attuare le indicazioni dell'Ocse e dell'Unione Europea in modo formalistico, introducendo nuove misure o predisponendo manuali operativi senza che a ciò faccia seguito un effettivo mutamento del modo di produrre le regole. Un'attenta analisi dei dati di comparazione disponibili sugli esiti delle politiche di miglioramento della qualità della regolazione nei diversi paesi mostra, in effetti, che l'Italia sembra incline a percorrere questa seconda strada (Salvi, 2010).

Di recente, poi, si è sostenuta la tesi secondo la quale, dal 1995 in poi, il ricorso all'Air è più pronunciato per le amministrazioni dei paesi che partecipano alle reti di esperti istituite dall'Ocse o dalla UE (De Francesco, 2012). In questi casi, peraltro, ai condizionamenti di tipo verticale, derivanti, cioè, dagli obblighi imposti da una fonte sovranazionale, si aggiunge un processo di diffusione/emulazione tra le Autorità settoriali dei diversi paesi che a quelle stesse reti partecipano (Yesilkagit, 2011). Come si è scritto, per esempio, «the OECD has mediative and inquisitive functions [...]. Mediative functions refer to those activities that facilitate the construction of policy discussion among experts on the best policy solutions. Throughout their networks, international organizations are particularly capable of attracting the attention of national policy makers to administrative innovations through a process of packing, theorization, and positive feedback. Inquisitive functions involve monitoring of policy choices and outcomes through benchmarking and peer review, which allow the auditing, comparison, and ranking of member states» (De Francesco, 2012).

Deve segnalarsi, infine, che, anche nel tentativo di dare risposte alla crisi globale esplosa nel 2008, nell'ordinamento europeo si moltiplica di recente il numero delle agenzie (Wonka e Rittberger, 2010; Coen e Thatcher, 2008). È possibile, allora, che le Autorità indipendenti italiane si trovino in modo crescente a dover condividere, presso le agenzie medesime, modalità di produzione delle regole fondate sull'utilizzo di strumenti di valutazione economica e sul ricorso ad una consultazione aperta. È però anche possibile che il progressivo ampliamento della sfera di intervento delle agenzie europee avvenga a detrimento di quella dei regolatori nazionali, lasciando a questi ultimi compiti meramente esecutivi o di adeguamento delle scelte alle specificità di ciascun contesto territoriale. Questo spostamento del baricentro in prospettiva potrebbe rendere meno giustificata l'esigenza di dotare le Autorità indipendenti italiane di uno strumento di regolazione sofisticato come l'Air, facendo diminuire la pressione europea affinché esso sia adottato a livello nazionale. Solo nei prossimi anni sarà possibile individuare la rotta che prenderanno gli eventi.

L'insieme delle tendenze e dei meccanismi indicati, comunque, concorre a fare dell'Air una “regola globale” (Jacobs, 2006), adottata, cioè, sia pure con molte differenze tra gli uni e gli altri, in molti ordinamenti (Baldwin, 2005), compresi, di recente, quelli dei paesi dell'Europa orientale (Staroňová, 2010) e quelli dei paesi in via di sviluppo (Radaelli, 2005).

4. TERZO ITINERARIO: IL CONTROLLO POLITICO

La letteratura internazionale in materia ha spesso sostenuto la tesi secondo la quale l'Air è funzionale al controllo politico della burocrazia (si vedano da ultimi Dunlop *et al.*, 2011). Essa, cioè, rappresenterebbe un mezzo attraverso il quale il vertice politico conforma e controlla il processo di regolazione delle amministrazioni e ne struttura la discrezionalità. Ai controlli esercitati *ex ante* (tramite per esempio le decisioni riguardanti le dotazioni di bilancio) ed *ex post* (tramite per esempio il ricorso al giudice), si aggiunge, quindi, quello diretto a controllare la regola nel momento stesso nella quale essa viene prodotta (De Francesco *et al.*, 2011; Radaelli e De Francesco, 2007; Radaelli, 2010b)). Il controllo che si ottiene in questo modo, peraltro, ha una sua importante peculiarità: in questo caso, infatti, il decisore politico non preseleziona i contenuti della *policy*, ma struttura il *decision making*, in modo tale da rispecchiare le circostanze politiche nelle quali una

determinata normativa è stata adottata: meno, allora, si preoccupa di predeterminare la *policy* futura, più, invece, di identificare gli interessi che devono concorrere ad influenzare la decisione da prendere.

Questo ordine di argomenti è molto diffuso negli Stati Uniti, dove si ritiene che la *regulatory impact assessment* costituisca un importante strumento di controllo del governo federale sulle *executive agencies* (Sunstein, 1996), e, oggi in parte anche, sulle *independent agencies*. Il nucleo essenziale di questo ragionamento si rinviene già in uno scritto della metà degli anni Ottanta del secolo scorso (McCubbins, Noll, Weingast, 1987; ma anche McCubbins, Noll, Weingast, 1989). Secondo i tre autori, la delega del potere regolatorio determina una asimmetria informativa a favore delle agenzie. La procedimentalizzazione (ovvero, secondo l'accezione propria dei giuristi, la definizione di un apposito procedimento amministrativo) dell'esercizio di quel potere, allora, (e la considerazione si può estendere quindi alla valutazione dell'impatto delle misure proposte), serve ad evitare sia che le decisioni dell'agenzia si discostino dalle *policies* che il "principale" politico avrebbe adottato se avesse mantenuto la titolarità del potere decisionale; sia a prevenire il rischio che le agenzie medesime prendano decisioni che tradiscano il compromesso raggiunto tra il decisore politico e i principali gruppi di interesse, nel momento della regolamentazione della materia. Il controllo sulla procedura può avvenire in modo *diretto*, attraverso l'imposizione al regolatore di effettuare specifiche attività di valutazione, o indiretto, attraverso l'attivazione di sistemi di *fire alarm* costituiti da organismi di *oversight* o dagli stessi destinatari della consultazione chiamati a segnalare comportamenti arbitrari da parte del decisore pubblico (Hopenhayn e Lohmann, 1996).

Evidenze analoghe di un uso dell'Air quale strumento di controllo politico della burocrazia si hanno nel Regno Unito e, per ragioni in buona parte legate alla dinamica dei rapporti tra gli Stati membri e le istituzioni europee, anche nell'Unione Europea (Radaelli, 2010a).

Per converso, l'uso dell'Air per controllare l'amministrazione ha una rilevanza minore in altri ordinamenti di tipo parlamentare, europei e non (Radaelli, 2005; De Francesco, 2006; Radaelli e De Francesco, 2007), dove la principale garanzia della conformità delle scelte del governo alle preferenze politiche della maggioranza parlamentare risiede nell'istituto della responsabilità ministeriale. Né, almeno fino a questo momento, in questo modo, si può dare una spiegazione convincente della diffusione dell'Air nelle Autorità indipendenti italiane. Certamente, al pari delle misure che dispongono la procedimentalizzazione dell'azione amministrativa, l'analisi di impatto serve a strutturare il potere delle Autorità e a vincolarne la discrezionalità: in questo senso, quindi, l'Air costituisce un correttivo, sul piano procedimentale, della indipendenza della quale le Autorità dispongono. Per altro verso, però, come si evince anche dal capitolo di Miriam Giorgio, la disciplina dei rapporti tra il governo e le Autorità indipendenti, l'assenza di apparati centrali di controllo sulle Air da quelle effettuate, la mancanza di riscontri delle relazioni annuali al parlamento, suggeriscono la conclusione che l'Air non sia stata pensata e utilizzata ai fini del controllo politico sulle scelte compiute dalle Autorità indipendenti medesime.

Senza voler allargare l'oggetto dell'indagine oltre confini estranei a quelli specificamente considerati in questo volume, si può osservare che, negli ultimi quindici anni, la politica in Italia ha preferito utilizzare altre strade per aumentare la propria influenza sulle Autorità indipendenti, incidendo sulle nomine dei suoi componenti, rivedendone le competenze o controllandone le risorse gestionali (Thatcher, 2002). Nel futuro, invece, la possibilità di interferire per queste vie potrebbe venire meno o essere fortemente limitata e, di conseguenza, la strada del controllo attraverso la procedimentalizzazione delle attività di regolazione diventare maggiormente attraente per la politica. In questa prospettiva diventerebbe rilevante operare un'analisi differenziata per settori di intervento, verificando se la relazione tra le Autorità indipendenti e i vertici rappresentativi muti in relazione alla salienza politica delle scelte operate (Koop, 2011).

Più in generale, occorre considerare anche che gli orizzonti temporali dei politici sono legati al ciclo elettorale e, specie in momenti di crisi economica come quelli che l'Italia sta vivendo, alla necessità di operare interventi di breve termine, i cui esiti siano immediatamente percepibili da parte dell'opinione pubblica. Da qui l'ipotesi, in parte suffragata dagli interventi normativi adottati di recente dal Governo italiano, di puntare, tra gli strumenti per il miglioramento della qualità della regolazione, più sulla misurazione e riduzione degli oneri amministrativi che sull'Air. Si tratta quindi di verificare se la politica sia portata a privilegiare il ricorso ad altre tecniche di *better regulation* (probabilmente più rozze in quanto rinunciano a ponderare i costi della regolazione con i benefici e a rivedere il sistema di *governance* della regolazione) (Natalini e Sarpi, 2010).

5. ALTRE SPIEGAZIONI

Ci sono, poi, una serie di ragioni talmente generali da non possedere, almeno allo stato attuale delle conoscenze, una efficacia esplicativa peculiare per le Autorità indipendenti, o che, viceversa, al momento, identificano mere ipotesi di lavoro, oggetto di possibili approfondimenti futuri. Procediamo per punti in modo schematico.

a. Una prima spiegazione di questo tipo del ricorso all'Air da parte delle Autorità indipendenti può essere riassunta con il seguente assunto: la regolazione tende a divenire caratteristica della *governance* moderna e il suo successo dipende sia dalla qualità delle prescrizioni dettate sia da una riduzione del numero delle regole dettate (Radaelli e Meuwese, 2009b)³. In altri termini, questo significa che lo sviluppo dello Stato regolatore porta con sé quello dello "Stato meta regolatore" (*Ibidem*), ovvero di un complesso di regole circa il modo nel quale le regole medesime devono essere formulate, attuate e valutate; o, secondo una prospettiva simile, «the regulatory state is slowly becoming something like a cost-benefit state» (Sunstein, 1996). Una riforma della regolazione, quindi, che, a differenza del passato, meno riguarda l'assetto di settori specifici, più, invece, conforma trasversalmente il ciclo regolatorio e la relativa gestione e nella quale prevale il "balancing" sull'"absolutism" (*Ibidem*). Se si applicano queste considerazioni al tema specifico, si può ipotizzare che lo sviluppo dell'Air, al tempo stesso, consegua al consolidamento delle attribuzioni regolatorie conferite alle Autorità indipendenti e costituisca un aspetto fondamentale della procedimentalizzazione del *rule making* da esse svolto. Per verificare questa ipotesi, però, sarebbe necessario compiere una indagine specifica, per ciascuna autorità, circa le relazioni intercorrenti tra l'espansione delle attribuzioni regolatorie e la diffusione dell'Air; domandarsi, ancora, se questo nesso, ove riscontrato, risulti più intenso di quello che si rinviene in altre amministrazioni pubbliche titolari, analogamente, di poteri di regolamentazione; comparare l'esperienza delle Autorità indipendenti italiane con quella delle Autorità indipendenti di altri paesi; chiedersi perché, nell'ordinamento italiano, pur essendo ampiamente diffusa l'istanza per una regolazione di qualità, l'Air abbia attecchito più nelle Autorità indipendenti che nel regolatore statale e in quello regionale; mentre, per questi ultimi, la qualità della regolazione, prevalentemente, si risolve nelle istanze della riduzione del numero delle leggi, della maggiore omogeneità del loro contenuto, della buona fattura, anche linguistica, del testo. Più in generale, su un piano comparativo, occorre chiedersi se, ed eventualmente in quale misura e con quali forme, si istituzionalizza il ricorso all'Air, ridefinendo la *governance* della produzione delle regole in un contesto giuridico,

³ Questo, d'altro canto, è il passaggio dalla *deregulation* alla *good regulation*. Come scrive il cancelliere del Ducato di Lancaster, «Deregulation implies regulation is not needed. In fact good regulation can benefit all us- it is only bad regulation that is a burden».

sociale ed economico come quello italiano che presenta tratti molto diversi da quello dei paesi anglosassoni in cui l'Air è stato concepito (Radaelli, 2005).

b. Una altra possibile spiegazione muove dalla constatazione che l'uso dell'Air può essere preordinato ad una pluralità di diverse finalità (Radaelli, Meweuse, 2009b). Essa, per esempio, rafforza la base empirica delle decisioni pubbliche, e con ciò assicura loro una maggiore efficacia, coerenza e razionalità (Commissione eurooea, 2002; De Francesco, 2006; Ocse, 2008a). È in funzione della crescente complessità dei sistemi amministrativi ed istituzionali, perché introduce in essi elementi di razionalità e di efficienza. Pone le basi per la supervisione, il controllo e la standardizzazione delle procedure. Serve più a valutare l'impatto economico di una misura che non il suo impatto sociale (Fritsch, Radaelli, Schrefler, Renda, 2012). Favorisce la rispondenza delle regole adottate alle esigenze proprie di mercati aperti⁴. Serve ad aumentare la competitività dell'economia nazionale, minimizzando gli oneri regolatori e adottando regolazioni efficienti⁵. Tutela gli interessi delle imprese e, in misura minore, dei cittadini (De Benedetto, Martelli, Rangone, 2011). È in funzione di una istanza tecnocratica, rappresentando, cioè, «an effort to improve regulatory performance by ensuring close attention to real-world consequences as these can be understood through the most sophisticated regulatory tools» (Sunstein, 1996). È espressione di una tendenza «reazionaria» ad eliminare la regolazione «whether or not it can be justified» (Sunstein, 1996).

La considerazione della pluralità dei fini connessi alla adozione dell'Air, di per sé, al momento, non aggiunge molto alla conoscenza dell'uso della tecnica da parte delle Autorità indipendenti, ma ha un importante significato metodologico per lo studio di questa esperienza. Anzitutto, perché suggerisce un allargamento della prospettiva di indagine per interrogarsi se a questi fini, o ad alcuni di essi, corrispondono motivazioni specifiche o conformazioni specifiche dell'Air nelle Autorità indipendenti. Perché, poi, anche, suggerisce l'idea che alla pluralità dei fini perseguiti corrisponde una pluralità dei parametri ai quali ancorare la valutazione della qualità dell'Air⁶. Perché, infine, rafforza la conclusione, ampiamente condivisa dalla letteratura, circa l'opportunità di evitare «a 'one-size fits-all' model of impact assessment» in favore di differenti modelli di valutazione di impatto in ragione dei differenti settori nei quali essa viene applicata (Renda, 2006).

c. Ci si può domandare, ancora, se l'Air nelle Autorità indipendenti possa essere funzione dei rapporti interni tra i vertici e gli uffici delle Autorità medesime. Due le ipotesi che possono essere esplorate. Secondo una prima prospettiva, si potrebbe supporre che l'Air, visto nella prospettiva della teoria principale-agente, serva ai vertici dell'Autorità per limitare la discrezionalità dell'apparato amministrativo. Specie per quelle sorte nella metà degli anni Novanta del secolo scorso, infatti, il personale è stato, in grandissima parte, assunto dalle precedenti gestioni: attraverso l'Air, quindi, i vertici possono controllare l'operato di un personale alla cui scelta non hanno concorso. Si può, però, anche ipotizzare anche uno scenario simmetricamente opposto, e cioè che l'adozione dell'Air serva agli apparati delle Autorità indipendenti per condizionare le scelte dei vertici.

⁴ «Evidence-based decisions increase the likelihood that the proposed regulatory response will achieve policy objectives in the most efficient manner without the imposition of unnecessary or unintended economic costs» (Ocse, 2008a).

⁵ «Regulatory reform has a crucial role to play to improve the competitiveness of the national economy. In particular, regulatory simplification, cost-cutting, and improvements in regulatory quality have concrete and direct effects across the whole of the economy» (Ocse, 2012, corsivo nel testo).

⁶ «The idea that RIA should be approached and evaluated only in terms of the quality of its economic analysis is based on institutions and policy processes that give a weight of 100 per cent to one actor, that is, the expert. This looks more like a technocratic dystopia than a realistic description of how actors' preferences are weighted by real-world better regulation programmes» (Radaelli, 2005).

I dati a disposizione non consentono ancora alcuna valutazione circa la fondatezza di queste ipotesi. Tramite una analisi sul campo, però, si può verificare, per ciascuna Autorità indipendente, quale ufficio (se amministrativo o di vertice) abbia preso l'iniziativa di introdurre l'Air; quale sia il peso effettivo esercitato nella conformazione dell'analisi dagli uni e dagli altri; quale rapporto intercorra tra le risultanze dell'analisi medesima e le decisioni prese; quale sia il momento nel quale la decisione di avviare l'Air sia stata presa.

6. I RISCHI

L'introduzione dell'Air espone l'azione delle Autorità indipendenti ad alcuni significativi rischi. In particolare, c'è la possibilità, evidenziata dagli studi di *public choice*, che l'introduzione di questo strumento finisca per favorire la cattura del regolatore da parte di gruppi di interesse meglio organizzati (Laffont e Tirole, 1991). In questo senso ci sono alcuni elementi emersi nell'ambito degli studi presentati in questo volume, che potrebbero essere letti come una conferma di questa ipotesi. Da una parte, l'analisi condotta da Carolina Raiola, mostra che i singoli cittadini hanno sicuramente meno capacità delle imprese di settore di intervenire in modo efficace nell'ambito di processi decisionali dal contenuto spesso molto tecnico. Da un'altra parte, Siriana Salvi registra la tendenza nelle poche Air fino ad ora realizzate da parte delle Autorità indipendenti a concentrare i propri sforzi di quantificazione più sui costi per le imprese che sui benefici per i cittadini.

Un secondo tipo di rischio che potrebbe essere accresciuto dal ricorso all'Air sta in ciò, che l'aumento delle regole procedurali sulle decisioni delle Autorità di regolazione indipendenti e l'innesto di strumenti di valutazione economica e partecipazione può rendere quelle stesse regole più rigide, meno celeri e più gravose. Questo esito, che in letteratura è definito come *ossificazione* (McGarity, 1992), al momento non sembra essersi verificato. Infatti l'Air è utilizzato in un novero ridottissimo di casi, le Autorità indipendenti non sembrano propense ad accanirsi eccessivamente sulla quantificazione dei costi e dei benefici generati dalle diverse opzioni regolatorie, la consultazione raccoglie limitate osservazioni, mentre la giurisprudenza sembra ancora restia ad occuparsi in modo specifico della valutazione di impatto.

7. I FUTURI PERCORSI DI RICERCA

Un possibile itinerario di ricerca è quello di mettere a confronto, una volta che saranno maggiormente sviluppati e consolidati, i sistemi di Air delle diverse Autorità indipendenti. Infatti la letteratura che si è soffermata su un'analisi comparativa di queste amministrazioni evidenzia la necessità di fare riferimento a due parametri. Il primo concerne i compiti loro affidati, distinguendo quelle che agiscono in materia finanziaria da quelle che si occupano della regolazione di altri mercati di servizio (Gilardi, 2007). Il secondo fa riferimento alla età delle Autorità nella supposizione che il grado di istituzionalizzazione di una struttura avvenga in modo progressivo e che possa influire nella conformazione delle loro relazioni interne ed esterne (Maggetti, 2007).

Un altro rilevante percorso di ricerca è rappresentato dall'analisi non tanto del sistema di Air impiantato nelle diverse Autorità indipendenti, quanto dei singoli processi regolativi sottoposti ad Air. È, infatti, possibile che la loro effettiva conformazione si differenzi, anche in uno stesso regolatore, sulla base della natura della decisione regolatoria che deve essere assunta, degli specifici *trade-off* tra gli interessi in gioco, delle peculiari norme o condizionamenti che incidono sul suo esito. Per questa via si potrebbe scoprire che in realtà ciascuna Autorità indipendente realizza diverse tipologie di Air. Sembra anche di estremo rilievo realizzare l'analisi comparativa delle singole Air realizzate da diverse Autorità su aspetti analoghi (es. tariffe, standards tecnici, tutela dei

consumatori ecc.) per esaminare se e in che modo esse si differenziano tra loro o presentano tratti uniformi.

Una ultima strada di ricerca, in parte intrapresa nel saggio di Federica Cacciatore, è quella di capire se la valutazione *ex ante* degli effetti economici delle decisioni regolatorie possa venire integrata o forse in parte sostituita da quella *ex post*. È, infatti, indubbio che la fase di attuazione conformi spesso l'effettivo esito delle scelte compiute in modo imprevedibile. Ciò porta il processo di produzione delle regole ad avere una conformazione ciclica, procedendo per progressivi aggiustamenti basati sull'analisi dell'impatto che le norme producono a contatto con le dinamiche del contesto circostante. Quindi, da un lato le valutazioni *ex ante* incontrerebbero limiti di predittività e, di conseguenza, di affidabilità delle stime prodotte. Da un altro lato, ogni regola, una volta introdotta, dovrebbe essere corredata di sistemi di monitoraggio e di valutazione per sottoporla a manutenzione, prevenendo la sua obsolescenza.