

IL CONTROLLO SULL'ANALISI DI IMPATTO
DELLA REGOLAZIONE:
L'ESPERIENZA DEGLI *OVERSIGHT BODIES*

MARIANGELA BENEDETTI

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'ambito dell'indagine. — 3. L'esperienza consolidata dei *Regulatory Oversight Bodies*. — 3.1. Gli Stati Uniti. — 3.2. Il Regno Unito. — 3.3. L'Unione europea. — 4. I diversi approcci. — 5. L'esperienza italiana. — 6. Problemi aperti.

1. Le politiche di *better regulation*, adottate da molti Stati dell'area OCSE in un breve volgere di tempo, prevedono spesso l'istituzione di strutture organizzative *ad hoc* per valutare l'efficacia e l'efficienza degli strumenti della regolazione e, in particolare, dell'Analisi d'impatto della regolazione AIR) che, come indicato dall'OCSE, ha trovato maggiore diffusione ⁽¹⁾.

Queste strutture organizzative, identificate con il termine *Regulatory oversight bodies* (ROB) ⁽²⁾, indicano un'ampia quanto disomogenea categoria che presenta la comune finalità di assicurare l'effettività degli strumenti di miglioramento della regolazione applicando i principi della *transparency*, dell'*accountability* e dell'*evidence-based analysis* ⁽³⁾.

⁽¹⁾ In base alle analisi dell'OCSE risulta che nel 2009 il 90% dei paesi ad essa afferenti e venti paesi in via di sviluppo avevano introdotto l'AIR (OECD, *Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence*, Paris, 2009).

⁽²⁾ OECD, *Regulatory Impact Analysis. Best Practices in OECD Countries*, Paris, 1997, p. 21. L'OCSE ha scelto di considerare *Regulatory Oversight Bodies* solamente gli organismi che sono strutturalmente inseriti all'interno del potere esecutivo.

⁽³⁾ C. CORDOVA-NOVION, S. JACOBZONE, *Strengthening the Institutional Setting for Regulatory Reform*, OECD Working Papers on Public Governance, No. 19, 2011, OECD Publishing, 6.

Dal punto di vista strutturale, i ROB presentano un elevato grado di differenziazione: essi, infatti, possono assumere la forma di unità, commissioni, comitati, centri, dipartimenti, tavoli di lavoro, *Ombudsman*, ed essere collocati negli apparati esecutivi ovvero in quelli legislativi ⁽⁴⁾. La loro disomogeneità è dovuta principalmente al diverso contesto giuridico in cui vengono istituiti, al grado di evoluzione e penetrazione degli strumenti di «*checks and balances*», così come al diverso modo con cui il potere di controllo è stato distribuito nel tempo tra soggetti diversi. Anche in merito all'attività svolta, i ROB possono differenziarsi tra di loro in modo significativo. In alcuni casi, infatti, questi organi possono aggiungere al controllo sull'AIR ulteriori compiti, come quello di coordinamento delle amministrazioni, di consulenza o, più in generale, di regolazione.

Di seguito sarà esaminato questo fenomeno. A tal fine, si compareranno le principali esperienze straniere e sopranazionali; per ognuna si valuteranno sia i profili istituzionali dei ROB — ovvero la composizione dell'organo (requisiti di nomina, numero di componenti, durata del mandato e relative fonti normative) e il contesto politico che ne ha favorito la formazione; sia quelli procedurali — ovvero le modalità di attuazione degli stessi; sia, infine, i loro effetti.

L'ipotesi è che, a prescindere dalle diverse scelte istituzionali e strutturali, i ROB rappresentano un fenomeno unitariamente indagabile, all'interno del quale è possibile rilevare similitudini e differenze. Dopo aver tracciato i confini soggettivi e oggettivi dell'ambito dell'indagine, il testo che segue analizza gli ordinamenti dove l'esperienza degli *oversight bodies* è maturata da più tempo e con maggiore successo, in particolare, gli Stati Uniti, il Regno Unito e l'Unione europea. Successivamente, viene brevemente ricostruita l'esperienza italiana: su questo versante, l'analisi è più difficile a causa del forte ritardo accumulato nell'attuazione della politica di *better regulation*. Da ultimo, sono individuati alcuni problemi aperti.

2. Sul piano sostanziale, la funzione di *oversight* può essere variamente declinata. In alcuni ordinamenti, essa è interpretata in maniera estensiva, comprendendo anche le forme di controllo *ex post*, che intervengono dopo che la misura regolatoria è stata emanata; al

⁽⁴⁾ La definizione è di P.L. LINDSETH, A.C. AMAN, JR., & A.C. RAUL, *Oversight*, in G.A. BERMAN ET AL. (eds.), *Administrative Law of the European Union*, Washington DC, American Bar Association 2008, 3.

contrario, in altri contesti, essa identifica esclusivamente la valutazione *ex ante* ovvero quella effettuata durante il procedimento decisionale sull'analisi di impatto. Nella prima ipotesi, il controllo mira a verificare che la decisione finale rispetti le risultanze degli strumenti di orientamento della stessa: l'AIR. Nella seconda ipotesi, invece, il controllo condiziona il contenuto della regolazione durante la sua formazione.

L'approccio utilizzato nel delineare i contorni della funzione di *oversight* incide sull'individuazione dei soggetti che possono esercitarla. In base all'accezione estensiva, ad esempio, tra i soggetti che svolgono il controllo possono essere compresi tanto gli organi amministrativi quanto quelli giurisdizionali, para-giurisdizionali (comitati di *compliance*, *Ombudsman*) e politici (Parlamento) ⁽⁵⁾. Si tratta di organi che, seppur di natura diversa e con diversa capacità di *enforcement*, sono chiamati a verificare l'ottemperanza alle norme e ai principi che disciplinano il processo decisionale. L'accezione restrittiva, invece, individua come ROB quelle strutture di natura amministrativa che, solitamente inseriti all'interno degli organi esecutivi, sostengono e coadiuvano il decisore politico durante il proprio processo decisionale. Si tratta, dunque, di un approccio «proattivo» che garantisce (o dovrebbe garantire o si vorrebbe che garantisse) il miglioramento, in termini di efficacia e di efficienza, della decisione mentre essa si forma.

Anche sul piano organizzativo, diverse possono essere le soluzioni, in concreto, adottate nell'istituzione dei ROB. Il rapporto *Mandelkern* ⁽⁶⁾, richiamando orientamenti già espressi dall'OCSE, individua almeno cinque distinti modelli amministrativi utilizzabili, ossia: 1) centrale; 2) laterale; 3) inter-istituzionale; 4) a rete; 5) esterno.

I primi due si caratterizzano per affidare la funzione di controllo a una singola unità che, a sua volta, può essere collocata all'interno dell'amministrazione agente (ad esempio un ministero o un dipartimento), oppure presso una sua sede periferica. Il modello inter-istituzionale, invece, assegna la funzione di controllo a un comitato *ad hoc* cui partecipano soggetti diversi (ad esempio, un comitato interministeriale). Nel modello a rete, l'attività di controllo è fram-

⁽⁵⁾ Mark Seidenfeld parla di «plethora of oversight mechanisms» (M. SEIDENFELD, *The Psychology of Accountability and Political Review of Agency Rules*, in *Duke Law Journal*, vol. 51, 2001, 1059 ss.).

⁽⁶⁾ MANDELKERN GROUP ON BETTER REGULATION, *Final Report*, 13 novembre 2001, 50 ss.

mentata tra uffici o responsabili diversi. A ben vedere, si tratta di modelli che possono essere tra loro integrati e che si prestano ad essere adottati indifferentemente sia dal potere esecutivo (ad esempio l'*Interagency Working Group*, l'ufficio del Presidente o del Primo ministro, l'*Independent Government Watchdog Office* o l'*Ombudsman*) sia dal potere legislativo.

Nettamente diverso da tutti gli altri, invece, è il modello «esterno», che attribuisce a organismi terzi il controllo della qualità della regolazione tramite la pubblicazione di pareri, documenti, ricerche, ecc. Tra essi si possono menzionare, nel Regno Unito, la *Regulatory Policy Committee* e in Olanda, l'*Adviescollege Toetsing Administratieve Lasten* (ACTAL).

La evidente disomogeneità dei ROB può essere spiegata da almeno tre fattori tra loro strettamente connessi: la diversa collocazione istituzionale che l'organo di controllo può assumere; la disomogenea natura dei soggetti che possono esercitarla (amministrativi, legislativi, giurisdizionali); la presenza di più organi che svolgono la medesima funzione nell'ambito di uno stesso ordinamento giuridico. Tale complessità impone, innanzitutto, di tenere conto delle scelte adottate in ordinamenti giuridici diversi.

3. Per meglio cogliere le analogie e le differenze di un modello declinato in tempi, contesti e modi diversi, vengono di seguito illustrati tre esempi: l'*Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA) statunitense, il *Regulatory Policy Committee* (RPC) inglese e l'*Impact Assessment Board* (IAB) europeo. Si tratta di organismi operanti negli ordinamenti che hanno per primi e con maggior successo introdotto strumenti di indirizzo della regolazione come l'AIR e, parallelamente, meccanismi di controllo della loro «buona» attuazione.

3.1.a) *L'evoluzione del sistema*. Nel 1981 l'amministrazione Reagan emanava l'*Executive Order* (E.O.) 12,291 con cui obbligava le agenzie federali a integrare le proposte regolamentari «più significative» con la *Regulatory Impact Analysis* (AIR⁷); lo stesso atto affidava all'*Office of Management and Budget* (OMB) — organo di *staff* del

(7) Per esigenze di chiarezza, d'ora in avanti si utilizza l'acronimo AIR anche per l'espressione inglese *Regulatory Impact Assessment*-RIA. L'unica differenza viene mantenuta con riferimento alla tecnica *Cost-benefit Analysis* (CBA), che rappresenta la principale metodologia di analisi d'impatto della regolazione applicata negli Stati Uniti.

Presidente degli Stati Uniti — la *substantive review* dell'AIR⁽⁸⁾. Nel dettaglio, l'E.O. 12,291 imponeva alle agenzie di inviare al Direttore dell'OMB i progetti di regolamento che intendevano adottare e di subordinarne la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell'Esecutivo Federale alla preventiva attività di controllo dell'ufficio. Nello stesso anno, l'amministrazione Reagan affidava il controllo sulla regolazione a un organo *ad hoc* collocato all'interno dell'OMB: l'*Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA)⁽⁹⁾.

In realtà, l'interesse verso la qualità degli strumenti di regolazione non era una novità dell'amministrazione reaganiana, presentandosi piuttosto in continuità con le scelte politiche adottate nei precedenti quindici anni, a partire dal progetto «*Quality of life review*» del Presidente Nixon⁽¹⁰⁾. Il progetto, considerato il primo tentativo di valutare gli effetti della regolazione, già nel 1971 affidava — anche se con esiti poco soddisfacenti — il monitoraggio della regolazione all'OMB. In questa stessa direzione, pochi anni più tardi, il Presidente Ford istituiva il *Council of Wage and Price Stability* (CWPS)⁽¹¹⁾ per valutare la qualità dell'*Inflation Impact Assessment*, ovvero l'analisi degli effetti inflazionistici delle proposte regolatorie. Nel marzo 1978,

(8) Executive Order 12,291 of February 17, 1981, *Federal Regulation*, 46 Federal Register 13193, 1981.

(9) Da un punto di vista procedurale, l'attività dell'OIRA si inserisce in due distinte fasi. Nello stadio iniziale, quando l'agenzia elabora una prima bozza di AIR sul provvedimento da adottare. Quest'AIR preliminare viene sottoposta all'OIRA che ne verifica l'adeguatezza ad essere pubblicata e sottoposta, assieme alla proposta regolatoria, a consultazione pubblica. Successivamente alla consultazione pubblica, l'agenzia sottopone la AIR al giudizio dell'OIRA che, entro 90 giorni, decide se approvare o rigettare la proposta regolatoria definitiva.

(10) Per una ricostruzione storica del periodo antecedente alla Presidenza Reagan si veda, da ultimo, il dettagliato contributo di J. TOZZI, *OIRA's Formative Years: The Historical Record of Centralized Regulatory Review Preceding OIRA's Founding*, in *Administrative Law Review*, vol. 63, Special Issue OIRA 30th Anniversary Conference, 2011, pp. 38 ss. Secondo Tozzi i primi tentativi di istituire un controllo sulla regolazione delle agenzie dovrebbero ricercarsi a partire dall'amministrazione di Lyndon B. Johnson.

(11) Il CWPS, inserito all'interno dell'OMB, era composto esclusivamente da economisti in quanto chiamati a valutare l'*Inflation Impact Assessment* che era uno strumento a vocazione meramente economica. Sul punto A. RENDA, *Law and Economics in the RIA world*, in *European Law and Economics*, July 2011, 27. Per una completa ricostruzione della politica di Carter si veda J. MORRALL, *An Assessment of the U.S. Regulatory Impact Assessment Program*, in *Best Practices in the Main OECD Countries*, OECD, Paris, 1997.

veniva approvato l'E.O. 12,044 con cui il Presidente Carter, da un lato, imponeva alle agenzie federali di emanare un'analisi costi e benefici; dall'altro, riconosceva all'OMB il relativo controllo.

La riforma di Reagan, dunque, venne ad inserirsi in un quadro di sostanziale continuità con le politiche di valutazione e controllo della regolazione tracciate a partire dagli anni Settanta. Tale continuità rilevava anche dal punto di vista operativo: all'OIRA, ad esempio, fu trasferita la funzione di controllo in precedenza svolta dal CWPS, così come l'attività della programmazione della regolazione prima attribuita al *Regulatory Review Group* di Carter. Significative, tuttavia, erano le novità introdotte. In merito alla funzione di controllo, rilevava innanzitutto la centralizzazione del ruolo dell'OIRA a fronte della parcellizzazione tra diversi uffici realizzata, in precedenza, dall'amministrazione Carter ⁽¹²⁾.

A partire dagli anni Ottanta ⁽¹³⁾, il ruolo dell'OIRA nel controllo della normazione è diventato sempre più influente, grazie ai numerosi interventi integrativi e correttivi dei successivi presidenti. Nel 1993, in particolare, il Presidente Clinton ha emanato l'E.O. 12,866 che ha garantito una maggiore trasparenza dei rapporti tra OIRA e agenzie federali. Con lo stesso atto è stato ribadito che spetta in via definitiva all'OIRA, anche in contrasto con il parere delle agenzie, stabilire se una norma è «significativa» o meno e, dunque, se vada assoggettata al controllo presidenziale ⁽¹⁴⁾.

⁽¹²⁾ Cfr. G. EADS, *Harnessing Regulation. The Evolving Role of White House Oversight*, in *ABI Journal on Government and Society*, May-June 1981, 20: «Under Carter the various oversight functions were deliberately parceled out among many offices. OMB monitored compliance with the regulatory analysis requirement and, beginning in late 1979, became increasingly important in monitoring regulatory paperwork as well. The CWPS and, in the case of particularly important regulations, the interagency Regulatory Analysis Review Group (RARG) maintained quality control of agency analysis by filings for the public record».

⁽¹³⁾ Si ricorda nel 1985 l'E.O. 12,498 con cui il Presidente Reagan chiese alle agenzie di fornire, alla fine di ogni anno, informazioni dettagliate all'OMB circa i progetti normativi in corso (*regulatory agenda*).

⁽¹⁴⁾ L'intervento di Clinton modifica il tenore letterale dell'E.O. reaganiano sostituendo al divieto di adottare una normativa i cui costi sono maggiori dei benefici, una previsione con cui si impone al regolatore solo di giustificare i costi della emananda decisione. L'intervento del 1993 accoglie le critiche sollevate da parte della dottrina che di fronte all'E.O. 12,291 sottolineavano, da un lato, l'ossificazione del procedimento di *rule-making*; dall'altro, l'appropriazione da parte del potere presidenziale del controllo — e in parte della gestione — del procedimento decisorio delle agenzie.

La nozione di «significatività», tuttavia, è stata circoscritta ai soli profili finanziari ⁽¹⁵⁾ producendo, di fatto, una rilevante diminuzione del numero di proposte regolatorie sottoposte al vaglio dell'OIRA ⁽¹⁶⁾. Nel gennaio 2007, il Presidente George W. Bush ha ampliato i poteri dell'*Office* includendo nell'ambito oggettivo della sua analisi anche i «*significant agency guidance documents*» ⁽¹⁷⁾. La disposizione, oggetto di un'accesa discussione dottrinarica ⁽¹⁸⁾, ha consentito all'OIRA di esercitare la sua attività anche sulle proposte di *soft law* delle agenzie federali ⁽¹⁹⁾.

Nel gennaio 2009, il Presidente Obama ha emanato l'E.O. 13,563 riportando il ruolo dell'OIRA a quello in precedenza tracciato da Clinton. L'*Order* ha introdotto alcuni elementi di novità nell'attuazione della CBA; tra essi si ricordano la maggiore attenzione alla fase partecipativa nel procedimento decisionale e la valutazione — seppure meramente qualitativa — di interessi ulteriori a quelli economici tra cui «salute, sicurezza, ambiente, crescita economica, concorrenza e lavoro» ⁽²⁰⁾. Si tratta di previsioni innovative che delineano un «ap-

⁽¹⁵⁾ E.O. 12,866 of September 30, 1993: «Significant regulatory action means any regulatory action that is likely to result in a rule that may: (1) Have an annual effect on the economy of \$100 million or more or adversely affect in a material way the economy, a sector of the economy, productivity, competition, jobs, the environment, public health or safety, or State, local, or tribal governments or communities; (2) Create a serious inconsistency or otherwise interfere with an action taken or planned by another agency; (3) Materially alter the budgetary impact of entitlements, grants, user fees, or loan programs or the rights and obligations of recipients thereof; or (4) Raise novel legal or policy issues arising out of legal mandates, the President's priorities, or the principles set forth in this Executive order».

⁽¹⁶⁾ C. W. COPELAND, *Changes to the OMB Regulatory Review Process by Executive Order 13422*, Congressional Research Service, Report for Congress, February 5, 2007, 2: «[...] as a result of this change, the number of rules that OIRA reviewed dropped from between 2,000 and 3,000 per year to between 500 and 700 per year».

⁽¹⁷⁾ E.O. 13,422 of January 18, 2007: «Guidance document means agency statement of general applicability and future effect, other than a regulatory action, that sets forth a policy on a statutory, regulatory, or technical issue or an interpretation of a statutory or regulatory issue [...]».

⁽¹⁸⁾ Vedi OMB, *A Failure to Govern: Bush's Attack on the Regulatory Process*, An OMB Watch Report, 2007 in <http://www.ombwatch.org/files/regs/PDFs/FailuretoGovern.pdf>; J.L. MASHAW, *Soft Law Reform or Executive Branch Hardball: The Ambiguous Message of Executive Order 13,422*, in *Yale Journal on Regulation*, vol. 25, 2008, 97 ss.

⁽¹⁹⁾ C. W. COPELAND, *Changes to the OMB Regulatory Review Process*, cit., 10.

⁽²⁰⁾ E.O. 13,563 of January 18, 2011. Una dettagliata descrizione delle novità apportate dall'E.O. di Obama si trova anche nel *Report* annuale dell'OIRA al Congress-

proccio flessibile» alla regolazione perché finalizzato a contemperare l'aspetto economico con gli altri interessi potenzialmente toccati dall'intervento regolatorio. Tale approccio condiziona anche l'attività di controllo poiché indica all'OIRA ulteriori criteri per valutare la qualità delle proposte delle agenzie federali.

b) *I profili organizzativi*. L'OIRA è una divisione dell'OMB, composta da uno *staff* di circa cinquanta unità ⁽²¹⁾ e opera alle dirette dipendenze del Presidente ⁽²²⁾. La selezione del personale avviene secondo un principio di competenza tecnica che privilegia, in particolare, quelle economico-statistiche necessarie alla quantificazione dei costi e dei benefici.

Un ruolo di particolare rilievo viene attribuito alla figura dell'*Administrator*. Scelto tra persone di prestigio, spesso appartenenti al mondo accademico, che hanno maturato una specifica esperienza in materia di regolazione, l'*Administrator* è nominato dal Presidente degli Stati Uniti — previo *advice and consent* del Senato — e dura in carica per tutta la presidenza ⁽²³⁾. La scelta di questa figura si basa non solo sulla professionalità maturata nella carriera del designato, ma

so. Si veda il *2011 Report to Congress on the Benefits and Costs of Federal Regulations and Unfunded Mandates on State, Local, and Tribal Entities*, che analizza i seguenti aspetti: «Public participation; integration and innovation; flexible approaches; science; retrospective analysis of existing rules» (p. 60).

⁽²¹⁾ Lo staff dell'OMB è passato dal numero di 496 nel 2009 a quello di 529 nel 2010. Lo staff dell'OIRA è passato dal numero di 46 nel 2009 al numero di 45 nel 2010. I dati sono stati raccolti in *Executive Office of The President, Fiscal Year 2011. Congressional Budget Submission* e indicano la *Distribution by Program Activity of Full-time Equivalent Positions*. Al riguardo si veda anche A. RENDA, *Law and Economics*, cit., 28. L'aumento del numero dei dipendenti dell'OIRA è dovuto anche all'assunzione di membri specializzati nelle seguenti materie: epidemiologia, *risk assessment*, ingegneria, sanità, economia. Il dato è fornito da C. W. COPELAND, *The Role of the Office of Information and Regulatory Affairs*, in *Federal Rulemaking*, in *Fordham Urb. Law Journal*, vol. 33, 2006, 1293.

⁽²²⁾ D.R. ARBUCKLE, *Collaborative Governance Meets Presidential Regulatory Review*, in *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2, 2009, 347. Il sito dell'OMB chiarisce che «The OMB staff are staff to the President. OMB staff are highly-motivated and well-trained individuals. Over ninety percent of the staff hold career, rather than political, appointments. Over seventy percent of the staff are professionals, most with graduate degrees in economics, business and accounting, public administration and policy, law, engineering, and other disciplines [...]» (<http://www.whitehouse.gov/omb/OMBstaff>).

⁽²³⁾ Le competenze per la nomina ad *Administrator* sono così individuate: «Knowledge of the federal regulatory and legislative processes, Understanding of cost-benefit

anche e soprattutto sulle sue doti d'imparzialità e obiettività. Si tratta, infatti, di identificare una persona che non sia portatore né di interessi potenzialmente in conflitto con l'attività di controllo, «né di visioni intransigenti o eccessivamente schierate pro o contro la regolazione federale» ⁽²⁴⁾.

L'attenzione verso la figura dell'*Administrator* è giustificata dal ruolo istituzionale che esso ricopre: il *Paperwork Reduction Act* lo definisce come il «*principal advisor to the Director on Federal information policy*», mentre il *Congressional Review Act* gli affida il compito di determinare, in caso di dubbio, se una proposta regolatoria risulta «*major*» o meno e vada, quindi, sottoposta alla procedura AIR.

La scelta dell'*Administrator* incide sulla politica generale dell'ufficio. Ad esempio, nel 2001, il Presidente George W. Bush ha rilanciato il ruolo dell'OIRA nominando il Prof. John Graham. Quest'ultimo, indicando alle agenzie governative le iniziative alle quali dedicare attenzione prioritaria, ha assunto la funzione da alcuni definita di «*adversarial gatekeeper*» ⁽²⁵⁾. Analogamente, l'E.O. 13,579 di Obama, nella parte in cui chiede ai regolatori di assicurare che tutti gli interessi pubblici rilevanti — compresi quelli ambientali e sociali — siano inclusi nella valutazione delle rispettive proposte, si è chiaramente ispirato al pensiero di Cass R. Sunstein ⁽²⁶⁾, *Administrator* dell'OIRA fino ad agosto 2012.

analyses, Skill at making complex policy analysis, Grasp of politics and ability to communicate» (<http://www.excellenceintransition.org/prune/prunedetail.cfm?ItemNumber=>)

⁽²⁴⁾ Questo è quanto emerge dalla discussione della nomina di John Graham (la cui designazione era stata effettuata dal Presidente George W. Bush). La *dissenting opinion* del Senatore Richard J. Durbin afferma che: «OIRA is the funnel through which all major federal regulations must pass. It has the capacity to delay, alter, or kill regulatory proposals. The Administrator of this pivotal office should have a demonstrated record of balance, impartiality, and openness. I have not found these qualities in John Graham's public record, and I am not convinced that he is committed to running this critical office in a manner that serves all Americans, rather than select special interests» (<http://www.citizen.org/congress/regulations/graham/durbin.html>).

⁽²⁵⁾ È stato sottolineato come l'OIRA si sia trasformato nell'era Bush Jr. da semplice «collaboratore e consulente» delle agenzie governative in vero e proprio «*adversarial gatekeeper*», arbitro e garante della qualità delle analisi di impatto prodotte dalle agenzie. Su questo aspetto si veda A. RENDA, *Qualcosa di nuovo nell'AIR? Riflessioni al margine del dibattito internazionale sulla better regulation*, in *Politica industriale, regolazione e politica della concorrenza*, vol. 27, 2006, 335.

⁽²⁶⁾ Cass R. Sunstein ha sostenuto il CBA come strumento utile a valutare tutti gli interessi coinvolti nella proposta regolatoria compresi quelli non immediatamente monetizzabili. Tra i vari articoli pubblicati da Sunstein sull'argomento si veda C.R.

c) *I profili procedurali*. L'E.O. 12,866 limita l'attività di controllo alle proposte di normazione secondaria (*agency-made rules*) significative. Solo per tali proposte l'agenzia è tenuta a presentare preventivamente all'OIRA la bozza dell'intervento regolatorio, con una dettagliata descrizione dei motivi che lo giustificano e la valutazione dei costi e benefici attesi.

Per una corretta attuazione della *cost-benefit analysis* (CBA), che rappresenta la principale metodologia di valutazione dell'impatto della regolazione applicata negli Stati Uniti ⁽²⁷⁾, le agenzie devono attenersi alle linee guida che nel 1996 sono state emanate dall'OMB ⁽²⁸⁾. Esse rappresentano il parametro di valutazione della qualità della CBA effettuata e pongono un limite sostanziale al sindacato del ROB. L'OIRA, infatti, una volta ricevuta la proposta regolativa, non può entrare nel merito delle relative scelte, ma deve limitarsi a valutare l'operato dell'agenzia verificandone la coerenza con i criteri dettati dall'OMB. Si tratta, dunque, di una valutazione tecnica dell'adeguatezza dell'analisi svolta a supporto dei rispettivi procedimenti decisionali.

Lo strumento operativo con il quale l'OIRA dialoga con le agenzie è quello della «*letter*». Si tratta di una forma scritta di motivazione con cui l'*Administrator* indica al dirigente dell'agenzia le risultanze della sua valutazione. Nel dettaglio, quando l'OIRA ritiene che sia necessario

SUNSTEIN, A. ROWELL, *On Discounting Regulatory Benefits: Risk, Money, and Intergenerational Equity*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 71, 2007, 171 ss.; C.R. SUNSTEIN, *The Cost-benefit State: the Future of Regulatory Protection*, American Bar Association, 2003; ID, *Incommensurability and Valuation in Law*, in *Michigan Law Review*, vol. 92, 1994, 841 ss.

⁽²⁷⁾ Su questi aspetti si veda A. ARCURI, R. VAN DEN BER, *Metodologie di valutazione dell'impatto della regolamentazione: il ruolo dell'analisi costi-benefici*, in *Mercato Concorrenza Regole*, n. 2, 2001, pp. 223 ss.; S. MOMIGLIANO, *La valutazione dei costi e dei benefici nell'analisi dell'impatto della regolazione*, Dipartimento della Funzione pubblica Ufficio per l'Innovazione delle Pubbliche Amministrazioni, Rubbettino, 2001, 36-45.

⁽²⁸⁾ OMB, *Economic Analysis of Federal Regulations Under Executive Order 12,866*, January 11, 1996, in http://www.whitehouse.gov/omb/inforeg_riaguide. Le linee guida sono state modificate nel 2003 dall'amministrazione George W. Bush tramite l'emanazione della *Circular A-4*. Le indicazioni chiariscono, dal punto di vista operativo, i passaggi fondamentali per una CBA di qualità. In estrema sintesi, le agenzie devono: a) valutare le ragioni per cui l'intervento regolatorio è necessario e le modalità con cui soddisfare il bisogno emerso; b) esaminare eventuali approcci alternativi all'intervento medesimo; c) valutare i costi e i benefici (compresi quelli indiretti), da un punto di vista quantitativo e/o qualitativo, dell'azione proposta e delle alternative possibili.

perfezionare la CBA presentata, invia la «*review letter*» in cui specifica gli elementi di debolezza ⁽²⁹⁾ riscontrati ed, eventualmente, le modalità per migliorare l'analisi. La «*return letter*» è, invece, emessa quando la qualità dell'analisi risulta inadeguata, non c'è coerenza tra gli *standard* regolamentari adottati e l'analisi svolta ⁽³⁰⁾, ovvero quando la proposta non risulta compatibile con i principi normativi indicati dall'E.O. 12,866 o dalle politiche presidenziali ⁽³¹⁾. Si tratta, dunque, di una valutazione complessa in cui l'OIRA analizza la proposta regolatoria anche con riferimento alla compatibilità delle finalità che essa intende perseguire rispetto alle politiche presidenziali. Per questa via, dunque, il controllo dell'OIRA è strumentale all'attività di indirizzo del Presidente poiché consente di inibire le scelte delle agenzie ritenute non desiderabili o non in linea con le sue indicazioni. Inoltre, la «*return letter*» esprime un vero potere di veto in quanto l'agenzia non può adottare la proposta regolatoria, previo miglioramento della qualità dell'analisi effettuata ovvero adeguamento della proposta alle politiche presidenziali. Da ultimo, l'OIRA può emanare le «*prompt letters*»:

⁽²⁹⁾ Tra i problemi evidenziati si segnalano l'insufficienza delle informazioni fornite dalle agenzie, la non corretta valutazione delle opzioni disponibili ovvero il calcolo disomogeneo di tutti i costi e/o benefici afferenti alla proposta regolatoria. Per una valutazione della qualità dell'analisi di impatto si veda R.W. HAHN, J.K. BURNETT, Y.H.I. CHAN, E.A. MADER, P.R. MOYLE, *Assessing Regulatory Impact Analyses: the Failure of Agencies to Comply with Executive Order 12,866*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2000, vol. 23, 879 ss.

⁽³⁰⁾ Si veda, ad esempio, la *Letter to the Department of Homeland Security on Coastwise Transportation of Passengers*, August 13, 2008: «In the course of reviewing this draft proposed rule, the OIRA has concluded that the draft does not meet several of the basic requirements of E.O. 12,866 and Office of Management and Budget Circular A-4, which require Federal agencies to promulgate only such regulations as are required by law, are necessary to interpret the law, or are made necessary by compelling public need [...]. Specifically, this proposal present no market failure or compelling public need, omits a statement of the costs and benefits of the rulemaking and does not include a discussion and analysis of regulatory alternatives, significant distributive impacts, or uncertainties. For these reasons we are returning the draft proposed rule for your reconsideration».

⁽³¹⁾ Cfr. OMB, *OMB Regulatory Review: Principles and Procedures*, September 20, 2001: «During the course of OIRA's review of a draft regulation, the Administrator may decide to send a letter to the agency that returns the rule for reconsideration. [...] Such a return does not necessarily imply that either OIRA or OMB is opposed to the draft rule. Rather, the return letter explains why OIRA believes that the rulemaking would benefit from further consideration by the agency» (disponibile alla pag. web georgewbush-whitehouse.archives.gov/omb/inforeg/oira_review-process.htm).

si tratta di indicazioni operative che suggeriscono alle agenzie governative le iniziative più urgenti alle quali dedicare attenzione prioritaria.

d) *I caratteri della funzione del controllo.* Negli Stati Uniti, quindi, la funzione di *oversight* è esercitata a livello centrale, essendo incaricata all'interno dell'amministrazione esecutiva presidenziale. Si tratta di un controllo complesso che cumula in sé aspetti tecnici e politici.

In merito agli aspetti tecnici, il controllo sulla qualità della regolazione ha favorito la creazione di un ufficio stabile la cui composizione è rappresentativa di tutte le professionalità — economiche, sociali, ambientali, concorrenziali, ecc. — che entrano in gioco nell'elaborazione della CBA.

Sul piano politico, si segnala la forte capacità dell'OIRA di condizionare il processo decisionale delle agenzie federali. Questo avviene in ragione del mandato istitutivo dell'organo che, come detto, è legittimato a controllare non solo la qualità della CBA ma, più in generale, l'intera regolazione prodotta dalle agenzie e che deve risultare conforme agli obiettivi e ai programmi presidenziali ⁽³²⁾. Questo controllo si inquadra, pertanto, all'interno di un rapporto piramidale e gerarchico che attribuisce al Presidente la responsabilità per le azioni intraprese dal governo federale sotto il proprio mandato (cd. *Presidential Control Model*). Tale rapporto è previsto direttamente dalla Costituzione, che affida al Capo dell'Esecutivo il dovere di «assicurare che le leggi siano fedelmente applicate» ⁽³³⁾.

Di questo avviso è apparsa anche la giurisprudenza che, a partire dagli anni Ottanta, ha sottolineato come il controllo presidenziale fornisca il principale strumento di legittimazione del procedimento decisionale delle agenzie. Analogamente, diversi autori ⁽³⁴⁾ hanno rilevato il ruolo strategico del Presidente nel coordinare e gestire le

⁽³²⁾ D.R. ARBUCKLE, *Collaborative Governance Meets Presidential Regulatory Review*, in *Journal of Dispute Resolution*, vol. 2, 2009, p. 354.

⁽³³⁾ Constitution for the United States of America, Article II Section III.

⁽³⁴⁾ Tra i diversi autori che si sono interessati al tema, si veda S.G. CALABRESI, S.B. PRAKASH, *The President's Power to Execute the Laws*, in *Yale Law Journal*, vol. 104, 1994, 541 ss.; E. KAGAN, *Presidential Administration*, in *Harvard Law Review*, vol. 114, 2001, 2245 ss.; C.C. DEMUTH, D.H. GINSBURG, *White House Review of Agency Rulemaking*, in *Harvard Law Review*, vol. 99, 1986, 1075 ss.; C.R. SUNSTEIN, *The President and the Administration*, in *Colum. L. Rev.*, vol. 1, 1994, 2 ss.; J. BOGART, *Presidential Control Over Agencies: When Does Enough Become Too Much?*, in *Land Resources & Envtl. L.*, vol. 29, 2009, 399 ss.

strutture esecutive federali tramite strumenti centralizzati che, utilizzando principi e metodi procedurali comuni, finisce per rafforzare la loro *accountability* ⁽³⁵⁾.

La centralità della figura del Presidente è stata, tuttavia, anche alla base di alcune critiche emerse, soprattutto, durante il primo periodo di attività dell'OIRA; il potere di condizionare le scelte regolatorie delle agenzie — secondo tali teorie — garantirebbe al Presidente uno spazio di intervento non riconosciutogli dalle leggi americane, ovvero quello di «spingere il loro potere discrezionale oltre i rispettivi *statutory limits* fissati dal Congresso» ⁽³⁶⁾.

A ben vedere, il rischio di sovrapposizione dei poteri è bilanciato da alcuni contrappesi ⁽³⁷⁾ finalizzati a migliorare la trasparenza dell'attività svolta e, più in generale, il controllo inter-istituzionale. Tra

⁽³⁵⁾ La previsione di un controllo sull'attività delle agenzie fornisce una risposta al problema della eccessiva discrezionalità e assenza di *accountability* che ha attratto l'attenzione della dottrina soprattutto intorno agli anni Settanta/Ottanta del secolo scorso. Sull'argomento si veda R.B. STEWART, *The Reformation of American Administrative Law*, in *Harvard Law Review*, vol. 88, 1975, 1669 ss. (in particolare 1701 e ss.); ID, *Beyond Delegation Doctrine*, in *The American University Law Review*, vol. 36, 1987, 323 ss.

⁽³⁶⁾ Di questo avviso è T.O. MCGARITY, *Presidential Control of Regulatory Agency Decision-making*, in *American University Law Review*, vol. 36, 1986-1987, 443 ss. (tra i limiti del controllo presidenziale, l'autore evidenzia che «the President or his staff may encourage or command the agency to consider factors that the statute precludes or to use different policies to fill the gaps left by uncertainties in the data, thereby deflecting the agency from its statutory grounds for decision»). Critiche analoghe sono rinvenibili anche in A.B. MORRISON, *OMB Interference With Agency Rulemaking: The Wrong Way to Write a Regulation*, in *Harvard Law Review*, vol. 99, 1986, 1059 ss.; W.A. JACK, Note, *Executive Orders 12,291 and 12,498: Usurpation of Legislative Power or Blueprint for Legislative Reform?* in *George Washington Law Review*, vol. 54, 1986, 523 ss.; P.M. SHANE, *Presidential Oversight and the Separation of Powers: The Constitutionality of Executive Order 12291*, in *Arizona Law Review*, vol. 23, 1981, 1235 ss.; P.L. STRAUSS, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and The Fourth Branch*, in *Columbia Law Review*, vol. 84, 1984, 640-66. Da ultimo, il tema è stato ricordato anche da B. ACKERMAN, in *Tutti i poteri del Presidente. Declino e caduta della Repubblica americana*, Bologna, Il Mulino, 2010, in particolare 54-57.

⁽³⁷⁾ Di diversa natura, invece, il controllo sulla legittimità dell'attività dell'OIRA riconosciuto dall'E.O. 12,866 di Clinton. Su richiesta del direttore dell'agenzia, il Vice-Presidente emette, entro 60 giorni dalla richiesta, una raccomandazione che deve essere comunicata all'Amministratore dell'OIRA e all'agenzia interessata. L'attività del Vice Presidente è stata, dapprima, assistita da una *Task Force on Regulatory Relief*, in seguito sostituita dal *Council of Competitiveness* sotto George Bush Sr. e, infine, dal *Regulatory Working Group*.

essi si possono annoverare il «Rapporto sui costi e i benefici della regolazione» che l'OMB presenta annualmente al Congresso e l'attività del *Government Accountability Office* (GAO). Il Rapporto, che contiene i commenti di un gruppo di osservatori specializzati (*peer review*), consente al potere esecutivo di riferire al Parlamento, anche in modo estremamente dettagliato, della propria attività in relazione all'analisi svolta sulla CBA. Il GAO, invece, ufficio di controllo generale sottoposto alle dipendenze del Congresso, consente al potere legislativo di verificare *ex post* l'operato dell'OIRA grazie all'attività di monitoraggio e di *reporting*. Nel Rapporto del 2003 ⁽³⁸⁾, ad esempio, il GAO ha verificato la qualità dell'attività dell'OIRA valutando, a campione, il controllo svolto sulle regolazioni emanate da nove agenzie. A seguito della propria analisi, il GAO ha suggerito al direttore dell'OMB gli strumenti necessari per migliorare il processo di valutazione e, più in generale, la sua trasparenza ⁽³⁹⁾. L'impegno del GAO, dunque, si sostanzia non solo nel ricostruire l'attività svolta dal governo, ma anche nell'indicare le modalità più opportune per superare le eventuali problematiche o debolezze riscontrate.

3.2.a) *L'evoluzione del sistema*. Rispetto al modello accentrato statunitense, l'ordinamento del Regno Unito ha previsto, per lungo tempo, un «sistema diffuso» che affidava la funzione di *oversight* a una pluralità di strutture collocate su diversi livelli.

Quest'architettura composita e frammentata è stata oggetto di una drastica riforma a partire dal 2006, ovvero a conclusione di un'indagine promossa dal Dipartimento del Tesoro sulla misurazione degli obblighi informativi prodotti dalle ispezioni sulle imprese (cd. *Rapporto Hampton*) ⁽⁴⁰⁾. La riforma si è interessata anche degli organismi

⁽³⁸⁾ Il GAO ha emanato rapporti sull'attività di *oversight* dell'OIRA nel 2003 (*OMB's Role in Reviews of Agencies' Draft Rules and the Transparency of Those Reviews*, GAO-03-929, September 22, 2003), nel 2005 (*Prior Reviews of Federal Regulatory Process Initiatives Reveal Opportunities for Improvements*, GAO-05-939T, July 27, 2005), nel 2007 (*Opportunities Exist to Improve Effectiveness and Transparency of Retrospective Reviews*, GAO-07-791, July 16, 2007) e nel 2009 (*Improvements Needed to Monitoring and Evaluation of Rules Development as Well as to the Transparency of OMB Regulatory Reviews*, GAO-09-205, April 20, 2009).

⁽³⁹⁾ GAO, *OMB's Role in Reviews of Agencies' Draft Rules and the Transparency*, cit. p. 15.

⁽⁴⁰⁾ P. HAMPTON, *Reducing administrative burdens: effective inspection and enforcement*, March 2005.

deputati al controllo della regolazione, specie di quelli collocati al livello centrale, in parte trasformando, modificando o eliminando quelli già esistenti, in parte istituendone di nuovi.

Prima di tracciare le linee attuali del sistema di *regulatory oversight*, di seguito se ne descrive brevemente l'evoluzione storica.

La *Better Regulation Unit* (BRU) istituita nel 1996 presso l'ufficio di Gabinetto del Primo Ministro — diventata, poi, nel 2000, *Regulatory Impact Unit* (RIU) ⁽⁴¹⁾ — ha costituito per lungo tempo il fulcro del sistema. Sul piano sostanziale, alla RIU era affidato il compito di coadiuvare le amministrazioni proponenti nella formulazione di un'efficiente ed efficace regolazione esercitando, in tal modo, una forma di controllo *ex ante*. Per l'esercizio di quest'attività, la RIU ha emanato diverse linee guida aventi ad oggetto la metodologia e le tecniche di base per adottare strumenti di misurazione della regolazione di qualità. Altre guide e manuali sono stati, invece, elaborati per prestare supporto agli uffici periferici — le *Departmental Regulatory Impact Units* (DRUI) — nella risoluzione di problematiche connesse all'elaborazione dell'AIR. Così facendo, la RIU ha garantito un coordinamento di tipo trasversale poiché ha fornito, alle diverse DRUI, gli strumenti operativi per l'applicazione corretta e uniforme degli strumenti di qualità della regolazione.

La *Better Regulation Task Force* (BRTF), invece, rappresentava un'unità indipendente di supporto del *Cabinet Office*. Costituita da soggetti scelti dal mondo imprenditoriale, dalle associazioni di categoria, dai cittadini e dai consumatori, essa valutava le proposte di regolazione e il livello qualitativo delle discipline esistenti. Attraverso consultazioni mirate, inoltre, la *Task Force* emanava raccomandazioni su specifiche aree della regolazione, alle quali i ministri interessati erano tenuti a rispondere entro sessanta giorni dalla pubblicazione delle relazioni. Il compito della *Task Force* era quello di esprimere pareri al governo sulla qualità dell'intero *corpus* normativo. Si deve

⁽⁴¹⁾ Per una ricostruzione dell'esperienza inglese nell'introduzione dell'analisi di impatto della regolazione si veda C. BELELLA, *L'AIR nelle Autorità indipendenti straniere: il caso della Svezia e del Regno Unito*, Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione, www.osservatorioair.it, aprile 2010, pp. 7-8; C. JACOBS, *Improving the Quality of Regulatory Impact Assessments in the UK*, Centre on Regulation and Competition, OECD Working Paper Series n. 102/2005.

alla BRTF l'individuazione dei principi di proporzionalità, responsabilità, coerenza, efficacia e trasparenza che hanno guidato (e tutt'ora guidano) lo sviluppo e l'applicazione della regolazione ⁽⁴²⁾.

Dal 2006, il sistema istituzionale così delineato è stato oggetto di un'ampia riforma.

La RIU è stata rinominata *Better Regulation Executive* (BRE) e i suoi poteri di controllo sono stati rafforzati ⁽⁴³⁾. In particolare, mentre la RIU effettuava un'analisi su tutte le AIR, il BRE si sofferma solo su quelle ritenute più importanti ⁽⁴⁴⁾. Al BRE, inoltre, viene affidata la funzione di coordinamento e di assistenza alle amministrazioni proponenti (le *Departmental RIU*) nella redazione e nello sviluppo delle schede AIR, in precedenza svolta dalla *Task Force*.

Nel 2007, il BRE è stato spostato dal *Cabinet Office* del Primo Ministro al *Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform* (BERR), al fine di avvicinare maggiormente tale organismo alle imprese e agli utenti ⁽⁴⁵⁾. Cambiamenti sono intervenuti anche nella BRTF; quest'ultima, infatti, è stata sostituita dapprima con la *Better Regulation Commission* (BRC) per essere, poi, ulteriormente trasfor-

⁽⁴²⁾ La *Better Regulation Task Force* (BRTF) aveva il compito di «advise the Government on action to ensure that regulation and its enforcement are proportionate, accountable, consistent, transparent and targeted». La BRTF esprimeva inoltre pareri sulle proposte di regolazione valutando il livello qualitativo del corpus normativo esistente. Nel corso della sua attività ha pubblicato numerose linee-guida: ad esempio, si ricordano la versione del 2000 (*Good Making Policy, A Guide to Regulatory Impact Assessment*) e quella del 2003 (*Better Regulation Policy, A Guide to Regulatory Impact Assessment*).

⁽⁴³⁾ NAO, *Regulatory Reform in the UK - Briefing for Regulatory Reform Select Committee*, febbraio 2008 disponibile alla pag. web www.nao.org.uk/idoc.ashx?docId=e2df1a23-517e-42cc-97e3...1, 68: «[...] The BRE was given responsibility for the coordination and delivery of the regulatory reform agenda in the UK and, in particular, was tasked with: being at the centre of Government, to hold regulators to account for their performance against the principles of regulatory enforcement; and having scrutiny and oversight responsibility for the whole regulatory system».

⁽⁴⁴⁾ Nulla è cambiato, invece, in merito alla struttura organizzativa. La BRE, al pari della precedente RIU, ha una struttura amministrativa, un ufficio stampa e un esperto legale, un suo *budget* annuale ed è composta da uno *staff* multidisciplinare di cui fanno parte circa 80 dipendenti. Su questo aspetto si veda F. DE FRANCESCO, *Regno Unito: maturazione e apprendimento istituzionale*, in C. RADAELLI (a cura di), *L'analisi di impatto della regolazione in prospettiva comparata*, Rubettino, 2001, 179.

⁽⁴⁵⁾ Nel 2007 lo *Small Business Service* - SBS (aprile 2000), un'unità amministrativa indipendente di supporto e di consulenza per le piccole imprese che garantiva la tutela dei loro interessi nella formulazione e nell'elaborazione delle politiche regolative, è stata assorbita dal BERR, divenendo il BERR *Enterprise Directorate*.

mata nel 2008 nel *Risk and Regulation Advisory Council* (RRAC). Il RRAC supporta l'attività di controllo della qualità, svolgendo un'attività di collaborazione con gli *stakeholders* interessati.

A livello periferico, invece, la riforma del 2007 conferma innanzitutto il ruolo strategico assunto dalle DRIU. Le *Unit* — piccoli *team* composti al massimo da quattro persone — garantiscono l'attuazione omogenea delle iniziative di *better regulation*, mantenendo i contatti con il BRE. Inoltre, ogni dipartimento è stato dotato di un *Better Regulation Minister* supportato da un *Board Level Champion*, ovvero l'ufficio responsabile della politica di miglioramento della regolazione a livello dipartimentale.

Tra il 2009 e il 2010, il sistema è stato ulteriormente modificato a livello centrale.

L'attività di *oversight* è stata concentrata nella *Regulatory Policy Committee* (RPC) istituita nel 2009 su proposta del *Department for Business, Innovation and Skills* (BIS) — subentrato, a sua volta, al vecchio *Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform* (BERR), dipartimento cui il governo di coalizione di Cameron ha affidato il compito di vigilare sulla qualità della normazione.

La RPC agisce in modo indipendente riferendo direttamente a un organo interministeriale, istituito nel maggio del 2010 e collocato all'interno del *Cabinet* del Primo Ministro, la *Reducing Regulation Committee* (RRC). Presieduta dal *Business Secretary*, la RRC gestisce la politica di semplificazione e riduzione degli oneri amministrativi con ampi poteri discrezionali — compreso quello di veto — sulle proposte regolatorie del governo ⁽⁴⁶⁾. La RPC verifica la qualità delle AIR predisposte dai diversi dipartimenti governativi e invia un parere alla RRC cui spetta, in via esclusiva, di valutare — ed eventualmente autorizzare — la regolazione proposta, anche in base alle risultanze della RPC.

Dal 2010, dunque, la funzione di *oversight* è stata posta al centro del processo decisionale politico della *Whitehall* ⁽⁴⁷⁾. A favore di

⁽⁴⁶⁾ Vedi HM Government, *Reducing Regulation Made Simple. Less regulation, better regulation and regulation as a last resort*, December 2010, disponibile alla pag. web <http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/better-regulation/docs/r/10-1155-reducing-regulation-made-simple>.

⁽⁴⁷⁾ EEF THE MANUFACTURER'S ORGANISATIONS, *Reforming regulation. One year on*, September 2011, p. 3: «The RPC, the independent watchdog set up in 2009 to scrutinize the IAs of regulatory proposals, is now well established as an influential force within Whitehall. The government has significantly expanded the RPC's role by

questa scelta si erano espressi diversi commentatori esterni ⁽⁴⁸⁾ tra cui l'OCSE, che aveva sostenuto la necessità di istituire un organo indipendente in grado di condizionare più efficacemente il comportamento dei singoli dipartimenti spingendoli a emanare AIR di qualità ⁽⁴⁹⁾.

Questo cambiamento istituzionale consente di concentrare l'attenzione esclusivamente sulla RPC.

b) *I profili organizzativi e procedurali*. La RPC è costituita da una *Committee* e da un Segretariato permanente. La *Committee* è composta da sei membri scelti tra esperti della regolazione e rappresentanti delle associazioni imprenditoriali o dei consumatori ⁽⁵⁰⁾. Il Segretariato, che fornisce il supporto operativo alla *Committee*, è composto da dieci funzionari di carriera. Sul piano della struttura, la RPC segue il modello di *watchdog office* sviluppato in altre esperienze europee (Svezia, Olanda e Germania ⁽⁵¹⁾), presentandosi come un organo esterno al governo che agisce in modo indipendente dal soggetto valutato.

La RPC è stata istituita con il mandato di monitorare la qualità delle AIR che accompagnano ogni proposta regolatoria (legislazione

embedding it at the heart of the policymaking process» (disponibile alla pag. web <http://www.eef.org.uk/NR/rdonlyres/88FB8393-A8B7-48F3-9B4D-3912AD5C6738/19573/ReformingRegulationOneYearOn1.pdf>).

⁽⁴⁸⁾ Vedi *British Chambers of Commerce*, 2008: «it's vital that there is a powerful independent voice within Whitehall to scrutinize regulation and regulatory policy»; e *Confederation of British Industry*, 2008 «[...] confidence in the delivery of the better regulation agenda could be boosted through greater use of independent checks and scrutiny».

⁽⁴⁹⁾ OECD, *Oversight Bodies for Regulatory Reform. Regional Capacity Building Seminar*, 2007, p. 6; OECD, *Better Regulation in Europe: An Assessment of Regulatory Capacity in 15 Member State of the European Union. Better Regulation in the United Kingdom*, 2009, 19.

⁽⁵⁰⁾ Per la composizione della *Committee* vedi <http://regulatorypolicycommittee.independent.gov.uk/about>.

⁽⁵¹⁾ In Olanda, l'*Adviescollege Toetsing Administratieve Lasten-Actal*, istituito dal regio decreto 16 giugno 2011, agisce da supervisore nazionale indipendente per quanto concerne la misurazione e riduzione degli oneri amministrativi (una versione inglese del decreto è disponibile alla pag. web www.actal.nl/wp.../Actal-mandate-20111.pdf); in Germania il *Nationaler Normenkontrollarat-Nkrg* è l'organo indipendente a carattere consultivo con il compito di esaminare le proposte normative dei ministri del governo federale verificando il rispetto delle regole procedurali che prevedono la stima *ex ante* degli oneri amministrativi; in Svezia il *Better Regulation Council-Regelrådet* svolge l'attività di *inquiry* delle proposte regolatorie con particolare riferimento agli oneri amministrativi sostenute dalle imprese.

primaria, secondaria e *codes of practices* o *guidance*) che impone oneri alle imprese o alle organizzazioni del terzo settore ⁽⁵²⁾. L'obiettivo finale è quello di assicurare la solidità e la razionalità dell'intero processo decisionale politico ⁽⁵³⁾.

Tre sono gli aspetti fondamentali che la RPC considera per verificare la qualità dell'AIR realizzata: l'accuratezza e la solidità dei costi e dei benefici individuati; la ragionevolezza delle opzioni prescelte, che devono essere orientate alla minimizzazione dei costi e alla massimizzazione dei benefici; il rischio delle proposte formulate. L'analisi è svolta utilizzando una *checklist* di sei raccomandazioni, elaborata sulla base delle linee guida sull'AIR ⁽⁵⁴⁾, che rappresentano anche le principali aree oggetto di controllo, ovvero: 1. non presumere che la regolazione sia necessaria; 2. considerare tutte le opzioni alternative; 3. assicurarsi di avere prove sostanziali; 4. elaborare affidabili analisi costi-benefici; 5. valutare minuziosamente tutti gli impatti compresi quelli non monetizzabili; 6. spiegare e presentare chiaramente i risultati conseguiti.

Dal punto di vista procedimentale, la RPC effettua un controllo «a passaggi progressivi» che prima coinvolge un «comitato ristretto» del Segretariato e un solo membro della *Committee*; successivamente,

⁽⁵²⁾ È previsto che l'AIR sia applicata anche: per le proposte che comportano costi per il settore pubblico, a meno che tali costi ricadano al di sotto di una soglia predefinita (generalmente, 5 milioni di sterline); per le proposte non regolatorie all'origine (cd. «*in source*») ma che comunque impongono costi al settore pubblico o al terzo settore che eroga servizi pubblici; quando la proposta, seppur priva di effetti su costi e benefici, comporta qualche forma di re-distribuzione (nei casi, cioè, di trasferimento di costi/benefici da un gruppo a un altro); quando ha luogo una modifica dei costi amministrativi.

⁽⁵³⁾ REGULATORY POLICY COMMITTEE, *Reviewing Regulation. An independent report on the analysis supporting regulatory proposals*, December 2009-May 2010, August 2010, 9.

⁽⁵⁴⁾ Si tratta della stessa documentazione utilizzata dai singoli dipartimenti per elaborare l'analisi di impatto. Le linee guida, infatti, descrivono nel dettaglio il processo di elaborazione dell'AIR, distinguendo le seguenti fasi: a) analisi degli obiettivi dell'intervento; b) analisi del rischio; c) analisi dei benefici connessi a ciascuna opzione analizzata; d) analisi dei costi connessi a ciascuna opzione analizzata; e) previsione di sistemi che garantiscano l'osservanza alla regolazione; f) valutazione specifica dell'impatto sulle imprese; g) consultazione; h) valutazione e revisione della regolazione. Vedi HM GOVERNMENT, *Impact Assessment Guidance. When to do an Impact Assessment*, August 2011, par. 24; BETTER REGULATION EXECUTIVE'S (BRÈS) *Toolkit and Guidance for Impact Assessments*; HM GOVERNMENT, *Treasury's Green Book*.

invece, l'intero organo ⁽⁵⁵⁾. A seguito della propria analisi, la R_{PC} può emanare tre tipi di opinioni: *red* se l'A_{IR} non è adeguata allo scopo; *amber* se l'A_{IR} è adeguata, ma esistono aspetti che devono essere risolti prima che la proposta possa essere sottoposta alla R_{RC}; *green* quando l'analisi di impatto è pienamente adeguata allo scopo.

c) *I caratteri del controllo: un sistema a doppio binario.* Tra gli Stati membri dell'Unione europea, il Regno Unito è stato uno dei primi a fare della regolazione di qualità un punto di forza del proprio assetto politico, istituzionale ed economico, introducendo l'A_{IR} già dagli anni Ottanta del secolo scorso.

La scelta inglese è stata quella di frammentare la funzione di controllo sulla *better regulation* tra una pluralità di strutture che, ciascuna con i rispettivi compiti, concorrono ad attuare una «strategia collettiva di controllo». In questo contesto, il *Cabinet Office* è stato per lungo tempo il fulcro del processo decisionale, svolgendo il ruolo di coordinamento e di indirizzo dei vari dipartimenti nell'attuazione delle rispettive politiche pubbliche.

Neppure i cambiamenti intervenuti a partire dal 2006, ovvero lo spostamento della BRE dal *Cabinet* al BERR e l'istituzione della *Regulatory Policy Committee* (R_{PC}), hanno intaccato il ruolo strategico svolto dal potere esecutivo nella produzione normativa e nella redazione dell'A_{IR}. Del resto, secondo quanto stabilito dalle *Impact Assessment Guidelines*, il ministro competente è tenuto a sottoscrivere la relazione di impatto, assumendosi la responsabilità politica per la qualità dell'analisi condotta ⁽⁵⁶⁾. Inoltre, la *Cabinet's RRC* non autorizza la proposta regolatoria ritenuta dalla R_{PC} «*not fit for the purpo-*

⁽⁵⁵⁾ REGULATORY POLICY COMMITTEE, *Rating Regulation. An independent report on the analysis supporting regulatory proposals*, January-June 2011, July 2011, pp. 11-12. L'analisi preliminare (*draft opinion*) viene effettuata da un «comitato ristretto» del Segretariato e, separatamente, da un membro della *Committee* scelto dal Presidente del Segretariato in base alla materia che caratterizza l'A_{IR}. L'*opinion* così formulata è sottoposta all'attenzione di tutto il Segretariato e successivamente convalidata dal Presidente e dal membro della *Committee* che ha seguito l'analisi preliminare. Al termine l'*opinion* viene portata all'attenzione dell'intera *Committee* a cui spetta, tramite la firma del *Chairman*, la certificazione della qualità dell'A_{IR}.

⁽⁵⁶⁾ UK HM GOVERNMENT, *IA Toolkit. How to do an Impact Assessment*, August 2011, par. 4.59.

se». La previsione consente, dunque, al *Cabinet* di tenere sotto controllo la politica legislativa condotta dai singoli dipartimenti governativi verificandone la coerenza con quella dell'intero esecutivo ⁽⁵⁷⁾.

Sul piano del controllo, è indubbia la portata innovativa della scelta di affidare la funzione a un organo terzo e indipendente. La scelta completa un percorso decennale caratterizzato da progressivi aggiustamenti nella politica della qualità della regolazione. Inizialmente, è stata privilegiata la diffusione della cultura e delle tecniche di *better regulation* «dall'interno», soprattutto tramite l'attività d'indirizzo e di valutazione svolta dalla BRE nei confronti dei singoli dipartimenti. Successivamente, la diffusione di tale cultura, così come la maggiore familiarità operativa dei singoli dipartimenti nei confronti dell'AIR, ha consentito al legislatore britannico di completare il sistema di valutazione adottando una strategia di rafforzamento del sistema. La scelta è stata quella di una nuova architettura istituzionale basata su un organo esterno di controllo che fornisce maggiori garanzie di *accountability* e di affidabilità ⁽⁵⁸⁾.

A oggi, pertanto, la funzione di *oversight* può essere ricondotta a due sistemi tra loro strettamente integrati: uno a «carattere interno» all'amministrazione pubblica e, in generale, all'apparato governativo, e l'altro a «carattere esterno». In merito al primo, si evidenzia il ruolo centrale affidato alle DRIU, ovvero ai funzionari responsabili della valutazione che operano all'interno dell'esecutivo. Su tali strutture grava l'obbligo di effettuare la prima analisi sulla qualità dell'AIR che accompagna la proposta regolatoria. A livello centrale, rileva anche l'attività del *Cabinet's Regulatory Reducing Committee* cui compete il vaglio di tutte le proposte e il potere di autorizzare quelle che risultano ben accompagnate e giustificate da un'AIR di qualità.

Il sistema esterno di controllo, invece, dal 2009 si identifica nella RPC. Come già osservato, la *Committee*, nell'esercizio delle sue funzio-

⁽⁵⁷⁾ A. RAFFAELLI, *L'apparato del Governo alla qualità della legislazione: l'esperienza inglese*, in E. CATELANI, E. ROSSI (a cura di), *L'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e l'analisi tecnico-normativa (ATN) nell'attività normativa del Governo*, Milano, Giuffrè, 2003, 332.

⁽⁵⁸⁾ È stato illustrato che uno dei maggiori limiti del modello fornito dalla BRE è che «it does not dispose of any formal powers to call departments to account, and the real effectiveness of its supporting and challenging departments during the policy development process and its assessments of departments' performance is hard to judge from the outside, absent any clear sticks (such as budget cuts) if performance is inadequate» (OECD, *Better Regulation in Europe: United Kingdom*, 2010, 58).

ni, non riceve commenti o condizionamenti da parte dell'organo controllato. Sul piano operativo, invece, la valutazione è svolta in stretta collaborazione con i dipartimenti governativi; tale concomitanza consente, da un lato, una migliore acquisizione delle informazioni; dall'altro, l'avvio di un procedimento di apprendimento e aggiustamento da parte dei singoli dipartimenti. Si tratta, dunque, di un controllo di tipo «proattivo» finalizzato a sostenere l'amministrazione durante l'elaborazione della AIR per garantirne l'efficacia, l'efficienza e la qualità.

Esistono, tuttavia, ulteriori forme di controllo esterno. Tra esse rileva innanzitutto l'attività del NAO, organo affiliato al Parlamento, che valuta con cadenza annuale un campione di AIR fornendo suggerimenti su come migliorarne la qualità. Analogamente a quanto visto per il GAO statunitense, si tratta di un contrappeso istituzionale che affida al Parlamento la possibilità di verificare *ex post* l'attività posta in essere dal potere esecutivo. Al tema della qualità della regolazione sembrano, inoltre, interessate anche diverse commissioni parlamentari⁽⁵⁹⁾ che, come indicato dall'OCSE, possono fornire un utile *feed-back* anche sulla qualità dell'AIR che ha sostenuto la proposta regolatoria.

3.3.a) *L'evoluzione del sistema.* Organismi a supporto del processo di analisi di impatto (*Impact Assessment-IA*) e per il controllo della qualità delle relazioni effettuate sono stati previsti anche dall'Unione europea, che nel Consiglio europeo di Lisbona ha posto il tema della *better regulation* al centro dell'agenda politica⁽⁶⁰⁾.

Nel dettaglio, la Commissione ha adottato un sistema di *oversight*

⁽⁵⁹⁾ Ne sono un esempio la *Joint Committee on Statutory Instruments*, la *House of Lords Merits of Statutory Instruments Committee*, la *House of Commons Regulatory Reform Committee*, la *House of Lords Delegated Powers and Regulatory Reform Committee*.

⁽⁶⁰⁾ Le fondamenta della politica europea di *better regulation* e degli strumenti di misurazione della qualità della regolazione, in particolare dell'AIR, sono state poste tra il 2000 e il 2001 ovvero dal Consiglio europeo di Lisbona e a seguire dal Rapporto *Mandelkern* e dal Libro Bianco sulla *Governance* della Commissione. Per una ricostruzione della politica europea di *better regulation* si veda J. WIENER, *Better Regulation in Europe*, in *Duke University Law School Faculty Scholarship Series*, n. 65/2006; J. TORRITI, *(Regulatory) Impact Assessments in the European Union: a tool for better regulation, less regulation or less bad regulation?* In *Journal of Risk Research*, vol. 2, 2007; F. BASSANINI, S. PAPARO, G. TIBERI, *Competitività e regolazione: un intralcio o una risorsa? Metodologie, tecniche e strumenti per la semplificazione burocratica e la qualità della regolazione*, in L. TORCHIA, F. BASSANINI (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese*, Firenze, Passigli editore, 2005.

articolato su tre distinti livelli. Il primo è rappresentato da unità centrali collocate all'interno dei singoli dipartimenti della Commissione stessa: queste hanno il compito di coadiuvare le unità operative nella stesura delle bozze di analisi di impatto nei settori di propria competenza (cd. *inter-service consultation*).

Il secondo livello è rappresentato dal Segretariato generale al quale, invece, spetta il controllo sulla qualità delle bozze delle AIR dei dipartimenti. Si tratta, dunque, di un controllo di tipo «gerarchico», affidato all'ufficio più alto dell'organizzazione amministrativa della Commissione. La finalità è quella di garantire che tutte le nuove iniziative di regolazione europea soddisfino i requisiti di sussidiarietà e proporzionalità, svolgano appropriate consultazioni con tutte le parti in causa e riportino la stima dei costi e dei benefici attesi, in particolare sulle PMI.

Il terzo livello è costituito dal gruppo interdipartimentale (*Inter Service Steering Group*), che riunisce i servizi della Commissione interessati dall'oggetto della proposta. La costituzione di tale gruppo è obbligatoria per tutte le proposte che abbiano un impatto trasversale. Dopo aver superato tutti questi stadi di controllo, il rapporto finale che contiene l'analisi di impatto (definito *commission staff working document*) viene trasmesso in allegato alla proposta regolamentare al Collegio.

Il coinvolgimento di tutti questi attori istituzionali ha portato a una sovrapposizione di controlli e quindi a una pratica piuttosto scoordinata, incentrata soprattutto sul ruolo del Segretariato Generale. Nel 2006, il Presidente della Commissione Barroso, convinto della frammentarietà, incompletezza e inadeguatezza del sistema di controllo europeo così delineato, ha provveduto a riformarlo ⁽⁶¹⁾. La riforma sembra ispirata all'esperienza statunitense. È stato introdotto l'*Impact Assessment Board* (IAB), un comitato che, operando alle dirette dipendenze del Presidente della Commissione, è chiamato a fornire un parere indipendente circa la qualità della valutazione dell'impatto e a emanare pareri mirati sugli aspetti eventualmente da migliorare ⁽⁶²⁾. A

⁽⁶¹⁾ È stato fatto notare che il problema era radicato nell'attitudine «legalistica a interpretare l'AIR in termini di *better legislation*, anziché in termini di governo della *regulatory policy* e, dunque, di *design* istituzionale» (C.M. RADAELLI, *The diffusion of regulatory impact analysis - Best practice or lesson-drawing?*, in *European Journal of Political Research*, vol. 43, 2004, 723-747).

⁽⁶²⁾ Lo IAB è nato ufficialmente con la Comunicazione *Esame strategico del*

differenza del modello statunitense, tuttavia, quello europeo non accentra l'attività di controllo in un unico soggetto; la riforma, infatti, non modifica l'assetto precedente, che continua, viceversa, ad operare. L'intervento dello IAB si colloca a un livello intermedio del sistema europeo (cd. terzo livello ⁽⁶³⁾), ovvero dopo che la proposta è stata vagliata sia dall'unità interna della Direzione generale sia dal Segretariato generale della Commissione, ma prima della verifica fatta dall'*Impact Assessment Steering Group*. Nel 2011, il Presidente Barroso ha deciso di rafforzare la posizione del *Board*, aumentando il numero dei suoi membri da cinque a nove, così come le macro-aree di intervento da cui i membri possono essere scelti.

b) *I profili organizzativi*. Composto da nove alti funzionari ⁽⁶⁴⁾, di cui uno in funzione di Presidente, lo IAB agisce indipendentemente dai dipartimenti incaricati dell'elaborazione delle politiche e riferisce direttamente alla Commissione. La nomina dei membri del comitato è composita: il Presidente è individuato dal Segretario generale; gli altri funzionari, invece, sono designati dai direttori generali dei diversi dipartimenti interessati, previa approvazione del Presidente della Commissione. Ciascun membro, il cui mandato dura due anni, ha un sostituto nominato con la stessa procedura.

La nomina dei membri (e dei sostituti) dello IAB deve tener conto di due criteri fondamentali: la competenza e l'indipendenza. In merito alla competenza, l'art. 1 delle Regole di Procedura ⁽⁶⁵⁾ stabilisce che i candidati devono possedere riscontrate professionalità in una delle macro-aree che caratterizzano l'approccio integrato delle AIR adottate dalla Commissione, ovvero: economico (nei due aspetti micro e macro), sociale e ambientale. La previsione garantisce un esplicito collegamen-

programma per legiferare meglio nell'Unione europea, COM(2006)689, 14 Novembre 2006, con il compito di fornire «consulenza e appoggio nello sviluppo di una cultura della valutazione d'impatto in seno alla Commissione [...] consulenza e controllo in materia di qualità, garantendo al tempo stesso che la responsabilità della preparazione della valutazioni e delle proposte corrispondenti resti dei servizi e dei Commissari competenti».

⁽⁶³⁾ A. ALEMANNO, *A Meeting of Minds on Impact Assessment. When Ex Ante Evaluation Meets Ex Post Judicial Control*, in *European Public Law*, vol. 3, 2011, 490.

⁽⁶⁴⁾ Per la composizione dello IAB si veda http://ec.europa.eu/governance/impact/iab/members_en.htm.

⁽⁶⁵⁾ EUROPEAN COMMISSION, *Rules of Procedure of the Impact Assessment Board*, Bruxelles, http://ec.europa.eu/governance/impact/iab/docs/iab_rules_of_procedure_final_en.pdf.

to tra il contenuto della procedura AIR (che attualmente integra la valutazione economico-quantitativa con quella qualitativa degli interessi concorrenziali, sociali e ambientali) e la composizione dell'organo di controllo che è chiamato ad analizzarla. In altri termini, grazie a tale previsione si garantisce che nell'organo di controllo siano presenti tutte le professionalità necessarie a valutare il processo decisionale cd. *integrato* dell'AIR ⁽⁶⁶⁾.

Con riferimento all'indipendenza, viene richiesto che i candidati agiscano esclusivamente sulla base della loro «capacità personale», ovvero in assenza di istruzioni o condizionamenti da parte dei rispettivi dipartimenti di provenienza. A garanzia del principio dell'indipendenza è prevista anche una specifica disciplina sul conflitto d'interessi che impone ai membri dello IAB il dovere di informare il Presidente ogni qualvolta possa sussistere un pregiudizio nella loro valutazione ⁽⁶⁷⁾. La situazione di conflitto può determinarsi in ragione di interessi personali, economici o professionali rispetto alla proposta regolatoria; oppure — più frequentemente — a causa della posizione assunta in precedenza presso i dipartimenti della Commissione. Nel caso di conflitto, la posizione del membro viene assunta dal sostituto.

L'indipendenza dello IAB non deve, tuttavia, essere sopravvalutata. Il *Board*, infatti, non solo è presieduto dal Segretariato generale aggiunto, ma è sottoposto alle istruzioni del Presidente della Commissione che, di fatto, lo nomina. Questa caratteristica ha sollevato diverse perplessità soprattutto da parte delle altre istituzioni dell'UE. Il Parlamento europeo, in particolare, ha sostenuto — in diverse occasioni — la necessità di esaminare, assieme al Consiglio, le candidature allo IAB prima delle nomine ⁽⁶⁸⁾. Anche il gruppo europeo di *Independent*

⁽⁶⁶⁾ Si ricorda che le macro-aree in cui sono raggruppate le direzioni generali ai fini della nomina dei membri dello IAB sono state aumentate nel 2011; la macro-area economica è stata suddivisa tra quella macroeconomica che contiene, ad esempio, il commercio e la concorrenza e quella microeconomica che, tra gli altri, si riferisce al mercato interno e all'energia. Al riguardo, si veda IAB, *Rules of procedure of the Impact Assessment Board*, art. 1.

⁽⁶⁷⁾ IAB, *Rules of procedure of the Impact Assessment Board*, art. 3.

⁽⁶⁸⁾ Inoltre, «una maggiore trasparenza nell'attività del *Board* potrebbe aiutare a verificare la sua indipendenza nella pratica. A tal fine, il Parlamento ha invitato la Commissione a fornire sintesi di due/quattro pagine, insieme alla valutazione d'impatto integrale, in modo da verificare che tutte le questioni pertinenti siano state trattate senza mettere a rischio l'indipendenza della valutazione influenzandone la stesura» (Parlamento Europeo, *Relazione su come garantire valutazioni d'impatto indipendenti*, (2010/2016(INI)), 18 aprile 2011, par. 31 disponibile alla pag. web <http://>

Watchdogs ha rilevato — tra gli elementi di fragilità del sistema di *oversight* europeo — proprio il basso livello d'indipendenza dello IAB la cui struttura risulta *de facto* alle dipendenze della Commissione ⁽⁶⁹⁾.

c) *I profili procedurali*. Lo IAB fornisce consigli e opinioni sulla qualità delle AIR in corso di elaborazione o già completate. In questo modo, il *Board*, da un lato, sovrintende alla corretta applicazione delle linee guida e degli *standards* in materia di AIR ⁽⁷⁰⁾, dall'altro, suggerisce ai dipartimenti interessati eventuali modifiche necessari al miglioramento dell'analisi stessa.

Il controllo dello IAB riguarda tutti gli aspetti trattati nell' AIR e tutte le fasi del processo, a partire dall'esame preliminare della cd. «tabella di marcia». Rientrano nell'ambito oggettivo del controllo tutte le grandi iniziative legislative, di bilancio e di definizione delle politiche che abbiano un impatto ritenuto significativo. Sono tali tutte le iniziative politiche che sono presentate nella strategia politica annuale o, successivamente, nel programma di lavoro legislativo della Commissione, con alcune eccezioni chiaramente definite. Inoltre, possono essere oggetto di AIR, caso per caso, altre iniziative della Commissione ritenute significative ⁽⁷¹⁾.

Se lo IAB valuta la relazione AIR di qualità non sufficiente, può esigere la presentazione di una nuova relazione (cd. *resubmission*). Ciò nei casi in cui l'AIR presenti un numero limitato di opzioni o affronti in

www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2011-0159+0+DOC+XML+V0//IT).

⁽⁶⁹⁾ ACTAL, NKR, Regelradet, RPC, *The End of the Commission's Action Programme for Reducing Administrative Burdens in the European Union. What comes next?*, il documento è disponibile alla pag. web www.actal.nl/.../Positionpaper-2012-final-2011.

⁽⁷⁰⁾ Si tratta delle indicazioni sull'analisi di impatto, ovvero: 1) individuare il problema economico, sociale, ambientale da affrontare; 2) selezionare gli obiettivi in modo tale da risultare specifici (descritti in modo puntuale e dettagliato), misurabili (attraverso l'attribuzione di un indicatore qualitativo o quantitativo che consenta di verificarne il conseguimento), comprensibili, realistici (realizzabili con gli ordinari strumenti tecnico-giuridici) e determinati nel tempo; 3) individuare le opzioni alternative; 4) individuare il possibile impatto economico, sociale e ambientale; 5) comparare le diverse opzioni; 6) verificare il raggiungimento degli obiettivi. Sulla ricostruzione dell'iter procedurale dell'AIR, si veda F.M. SBATTELLA, *L'Analisi di impatto della Regolamentazione secondo le disposizioni del D.P.C.M. n. 170/08: un confronto con la Valutazione di impatto della legislazione comunitaria*, in Osservatorio sulle Fonti disponibile alla pag. web www.osservatoriosullefonti.it.

⁽⁷¹⁾ EUROPEAN COMMISSION, *Impact Assessment Guidelines*, SEC (2005) 791, p. 6.

maniera non dettagliata gli aspetti relativi alla sussidiarietà e proporzionalità della misura proposta ⁽⁷²⁾. Nel 2008, sono state emanate 43 relazioni di *resubmission* su 135 AIR analizzate ⁽⁷³⁾. A differenza del suo omologo statunitense, tuttavia, lo IAB non può «congelare» le relazioni di valutazione d'impatto (e di conseguenza le relative proposte legislative) ma può semplicemente chiedere che le bozze di AIR siano riviste.

Lo IAB può anche inviare alle direzioni generali le *'prompt letters'*, cioè la richiesta di effettuare un'analisi di impatto su iniziative al di fuori dell'attuale sfera obbligatoria d'azione, ossia quella del *Commission's Legislative Work Programme*.

d) *La funzione del controllo*. La natura *sui generis* dell'organo, alle cui dipendenze lo IAB opera, si riflette sul tipo di controllo esercitato. Infatti, la dialettica tra tecnica e politica, ben evidenziata nell'ordinamento statunitense, qui è notevolmente sfumata.

La vocazione tecnica del controllo, ad esempio, non risulta sufficientemente sostenuta dalle scelte sulla composizione del *Board*. Come già indicato, infatti, lo IAB è composto da funzionari provenienti dalle direzioni generali la cui stessa attività è oggetto di controllo. Anche la nomina del *Board* — lasciata, di fatto, tutta in mano alla Commissione — aumenta il rischio di conflittualità tra la sua attività e quella svolta dalle singole direzioni. Analoghe considerazioni devono essere svolte con riferimento alla struttura organizzativa che coadiuva il *Board*: il Segretariato generale. Maggiormente orientate al profilo tecnico risultano invece le previsioni che riconoscono allo IAB la possibilità di ricorrere ad esperti esterni alla Commissione ovvero a soggetti interni come l'*Impact Assessment Working Group*, l'*Economist network* e l'*Evaluation Network* ⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷²⁾ Il rapporto della Commissione sull'attività dello IAB per il 2010 ha evidenziato che fino al 2010 l'aspetto più rilevante nelle raccomandazioni dello IAB era quello procedurale. Anche a seguito della modifica intervenuta nel 2009 nelle linee guida dell'AIR, lo IAB si è trovato, nell'80% dei casi, a rilevare una scarsa analisi del problema o dell'individuazione delle ipotesi alternative. Nel 2010, invece, gli interventi dello IAB si sono maggiormente concentrati sugli aspetti della proporzionalità della misura.

⁽⁷³⁾ Nonostante i numerosi progressi da parte dei dipartimenti, i casi di *resubmission* sono ancora considerevoli. Nel 2009, ad esempio, hanno rappresentato il 37%; il 42% nel 2010; il 36% nel 2011. Vedi EUROPEAN COMMISSION, *Impact Assessment Board Report For 2011*, SEC (2012) 101 final, p. 15 disponibile alla pag. web http://ec.europa.eu/governance/impact/key_docs/docs/sec_2012_0101_en.pdf.

⁽⁷⁴⁾ EUROPEAN COMMISSION, *Rules*, cit. artt. 14-15.

Neppure la vocazione politica, tuttavia, si è imposta con decisione. Solo di recente, ad esempio, negli orientamenti per la valutazione d'impatto, è stato specificato che i direttori generali dovrebbero assumersi la responsabilità dei documenti AIR apponendo la propria firma prima di presentarli allo IAB. L'assenza di un'esplicita approvazione politica della relazione AIR — come invece accade nell'ordinamento inglese — ha forse contribuito alla definizione di un controllo di «tipo debole». Le valutazioni del comitato, infatti, hanno una scarsa incidenza poiché non sono vincolanti. Ciò non significa che la sua attività non produca effetti. Le sue valutazioni sono immediatamente pubblicate *online* e tale forma di pubblicità contribuisce ad aumentare l'ottemperanza da parte dei servizi della Commissione. Inoltre, le nuove *Guidelines* sull' AIR impongono ai vari uffici di allegare alla relazione finale una nota esplicativa circa la misura nella quale abbiano tenuto conto dei pareri dello IAB.

I dati relativi al 2010 dimostrano che, a seguito dei pareri del comitato, tutte le AIR sono oggetto di revisione. Nel 95% dei casi, il *follow-up* delle raccomandazioni ha portato a modifiche più o meno sostanziali al testo inizialmente proposto. Solamente nel restante 5% dei casi, invece, i pareri hanno avuto un riscontro meramente formale. Inoltre, è stato notato che l'istituzione del *Board* ha portato ad un più attento esame dei principi di sussidiarietà e proporzionalità nelle AIR ⁽⁷⁵⁾.

Anche in ambito europeo, infine, come rilevato nell'ordinamento statunitense, sono stati previsti meccanismi di «*checks and balances*». In questa prospettiva, di particolare interesse risulta il ruolo del *Regulatory Audit Bureau*, istituito presso la Corte dei conti, con il compito di supervisionare l'intero processo regolatorio di tutte le istituzioni comunitarie.

Nel 2010, la Corte dei conti ha predisposto un rapporto sulle valutazioni d'impatto nelle istituzioni dell'Unione Europea. In base alle risultanze della propria indagine, la Corte ha verificato il contributo decisivo dello IAB al miglioramento della qualità complessiva delle valutazioni di impatto realizzate. Tuttavia, diversi sono gli aspetti che — secondo l'opinione della Corte — possono e devono essere ancora perfezionati; tra questi, il momento di esecuzione del

⁽⁷⁵⁾ Vedi PARLAMENTO EUROPEO, *Quindicesima relazione annuale della Commissione sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità* 2009/2142(INI)), 29 giugno 2010.

controllo. In alcuni casi, infatti, il controllo di qualità è stato eseguito in una fase troppo tardiva del processo regolatorio rischiando di vanificare la finalità per cui è stato previsto.

Da ultimo, si segnala che, anche in ambito europeo, l'analisi d'impatto — e più in generale l'attività della Commissione — è oggetto di verifica da parte di soggetti esterni. Nel 2007, ad esempio, l'*Evaluation Partnership Limited* — impresa di consulenza inglese — ha effettuato, su richiesta della Commissione, una valutazione del sistema di *better regulation* e di alcune AIR in concreto effettuate ⁽⁷⁶⁾.

4. Dall'analisi fin qui effettuata emerge che le diverse culture giuridiche, i diversi contesti politico-istituzionali e le diverse scelte effettuate dal legislatore in materia di *better regulation* incidono sulla struttura, sulla composizione, sulla natura dei ROB. Di seguito sono evidenziate le variabili principali.

a) *Le misure oggetto di controllo.* Un primo profilo di differenziazione interessa l'ambito del controllo. Diverso è il criterio di selezione delle misure da sottoporre ad AIR. L'attività dei ROB, infatti, può avere ad oggetto la sola normazione secondaria, come nel caso degli Stati Uniti ovvero tutta la regolazione, compresa quella primaria, come nell'esperienza europea o inglese. L'individuazione concreta delle misure regolatorie sottoposte a valutazione dipende dalla scelta effettuata nell'AIR; se negli Stati Uniti ad essere oggetto di analisi sono le misure regolatorie «significative», nel Regno Unito lo è ogni proposta che impone costi alle imprese o al terzo settore; nell'Unione europea, invece, l'individuazione concreta delle misure non è fatta *a priori* poiché dipende dalle scelte fatte ogni anno dal Segretario generale insieme allo IAB ⁽⁷⁷⁾ e alle singole Direzioni generali coinvolte.

b) *I profili istituzionali.* Possono aversi, in secondo luogo, due distinti approcci sul piano organizzativo: frammentare la funzione tra più soggetti ovvero affidarla interamente a un unico organo ⁽⁷⁸⁾. Nel primo caso, come dimostrato nell'esperienza inglese e in quella euro-

⁽⁷⁶⁾ THE EVALUATION PARTNERSHIP, *Evaluation of the Commission's Impact Assessment System*, April 2007 disponibile alla pag. web http://ec.europa.eu/governance/impact/key_docs/key_docs_en.htm.

⁽⁷⁷⁾ Lo IAB è anche organo di supporto alla Commissione per la scelta delle metodologie e delle procedure nella fase di preparazione delle *Impact Assessment*.

⁽⁷⁸⁾ C. CORDOVA-NOVION, S. JACOBZONE, *Strengthening the Institutional*, cit., 14.

pea, la scelta si inserisce all'interno di una strategia regolatoria graduale in cui il legislatore ha modificato progressivamente le diverse istituzioni coinvolte nella politica di *better regulation*. Nel secondo caso, invece, la scelta si inquadra all'interno di politiche di cambiamento radicali (cd. *big bang approaches*) che, come accaduto negli Stati Uniti, possono modificare, anche significativamente, gli equilibri di pesi e contrappesi dei poteri istituzionali.

Inoltre, il soggetto (o i soggetti) cui è affidata la funzione di *oversight* può essere collocato all'interno o all'esterno dell'apparato esecutivo (o del soggetto su cui grava l'obbligo di AIR). L'OCSE ⁽⁷⁹⁾ ha osservato che la posizione istituzionale dei ROB dipende dalla combinazione di quattro variabili in conflitto tra di loro ovvero l'autonomia, la credibilità, l'*accountability* e la rilevanza. Ad esempio, la posizione al di fuori del governo, in una posizione *super partes* piuttosto che *inter partes*, aumenta la credibilità e l'autonomia dell'organo di valutazione, ma indebolisce il carattere vincolante delle relative decisioni. Al contrario, la collocazione interna al governo, come nel caso dell'OIRA negli USA o dello IAB in EU, rafforza la capacità di condizionare il comportamento degli organi analizzati a discapito, però, dell'autonomia del valutatore ⁽⁸⁰⁾. La diversa posizione istituzionale dei ROB — all'interno o all'esterno dell'esecutivo — assume profonde implicazioni e presuppone, a sua volta, un diverso mandato istituzionale, un'eterogenea attribuzione dei compiti e un differente rapporto tra controllato e controllore.

c) *I tipi di controllo*. In base al mandato istituzionale ricevuto, i compiti affidati ai ROB possono presentare una marcata diversificazione e avere un oggetto più o meno ampio. Nel modello americano, ad esempio, l'OIRA è chiamata a verificare, non solo l'adequatezza della CBA, ma anche la congruità tra l'analisi effettuata e la misura adottata, la compatibilità della proposta regolatoria con gli *Executive Orders* presidenziali e, più in generale, la coerenza delle politiche adottate dai regolatori federali con gli indirizzi della Casa Bianca. A tali attività si devono aggiungere quella di censurare regolazioni non desiderabili,

⁽⁷⁹⁾ *Ibidem*, pp. 38 ss.

⁽⁸⁰⁾ Si noti che lo IAB e l'OIRA sono stati istituiti in modo diverso: l'OIRA, nonostante sia collocata all'interno dell'OMB e la sua attività rifletta gli indirizzi di politica generale espressi dal Presidente, è stata istituita da una legge federale del Congresso ovvero il *Paperwork Reduction Act* del 1980. Al contrario lo IAB è stato direttamente istituito da un atto del Presidente della Commissione.

quella di condurre valutazioni *ex post* e quella di pianificare future regolazioni. In Inghilterra, la RPC è stata istituita per sostenere la politica di *better regulation*, per verificare la qualità delle AIR e per attuare la politica di riduzione degli oneri amministrativi. Allo IAB europeo è riconosciuta anche la competenza di individuare ulteriori ambiti sui quali le direzioni generali devono effettuare un'analisi di impatto.

Nonostante l'eterogeneità dei compiti loro affidati, due sono i principali modelli di controllo riconducibili ai ROB: il controllo *della regolazione* e il controllo *sulla qualità degli strumenti di regolazione*.

Il primo identifica un controllo «di merito», poiché valuta la coerenza della proposta regolatoria con gli indirizzi generali e con le direttive impartite dall'organo politico, e si traduce in una più ampia attività di supervisione della regolazione. Questo modello di controllo, nel caso dell'OIRA statunitense, si inquadra all'interno di un rapporto regolatorio di tipo principale-agente e a una collocazione istituzionale di tipo accentrato, essendo istituito all'interno degli uffici presidenziali. Dal punto di vista metodologico, l'OIRA verifica che la proposta delle agenzie federali sia coerente con i principi generali fissati dal Presidente come, ad esempio, la necessità, la prevedibilità, la certezza della regolazione ⁽⁸¹⁾. Tale funzione — coerente al contesto istituzionale statunitense — giustifica il potere di bloccare la proposta fino a quando il regolatore non si sia riallineato agli indirizzi presidenziali.

Il secondo modello di controllo, che accomuna invece tutti gli organi *oversight*, è quello *sulla qualità* delle tecniche adottate nell'ambito della politica di *better regulation*. Si tratta di un controllo finalizzato a segnalare le cause delle irregolarità o delle inefficienze delle AIR, oltre che sollecitare una loro correzione. Esso viene solitamente affidato ad organi interni all'amministrazione che materialmente adotta l'AIR. La sua natura è di tipo informativo e collaborativo, presentandosi come funzione ausiliaria alla procedura di analisi d'impatto della regolazione.

⁽⁸¹⁾ Ad esempio, è richiesto che «regulatory system must promote predictability and reduce uncertainty» ovvero «must be based on the best available science» (OIRA, *Letter to the Environmental Protection Agency on "Reconsideration of the 2008 Ozone Primary and Secondary National Ambient Air Quality Standards"*). Oppure che «federal agencies should promulgate only such regulations as are required by law, are necessary to interpret the law, or are made necessary by compelling public need» (OIRA, *Letter to the Environmental Protection Agency on "National Ambient Air Quality Standards for ozone"*, March 12, 2008).

Dal punto di vista metodologico, il controllo sugli strumenti di *better regulation* si concentra prevalentemente sul contenuto, ovvero sulla rispondenza formale delle AIR ai requisiti, ai parametri, ai criteri e alle specifiche tecniche previsti da atti che hanno forza di legge (E.O. presidenziali) o, più comunemente, da atti di *soft law* (le linee guida) elaborati dallo stesso organo politico decisionale. Si tratta di una verifica dell'efficacia e dell'efficienza dei singoli passaggi operativi di cui si compone l'AIR (o la CBA). Tale distinzione, nell'esperienza della RPC inglese, rileva anche nella struttura del documento finale di analisi che, per punti, ripercorre i passaggi fondamentali dell'analisi di impatto svolta.

L'analisi è basata su alcuni criteri ricorrenti, quali la chiarezza nella presentazione del problema o dei risultati, l'eshaustività delle opzioni individuate o dei costi/benefici identificati, l'accuratezza della stima effettuata ⁽⁸²⁾. Spesso tali criteri sono individuati *ex ante* dagli stessi ROB, tramite l'emanazione di linee guida che indirizzano e omogeneizzano il comportamento dei diversi regolatori: si pensi, ad esempio, all'attività capillare svolta, in particolare negli anni Novanta del secolo scorso, dall'inglese *Better Regulation Executive* (BRE). Si tratta, dunque, di un accertamento sostanziale di adeguatezza finalizzata all'ottimizzazione del risultato in una logica in cui l'evidenziazione dei problemi assume un valore positivo e propositivo. Meno sviluppata è, invece, la verifica sulla procedura; raramente, infatti, l'attività dei ROB si interessa ai passaggi procedimentali che caratterizzano l'emanazione dell'analisi di impatto della regolazione. Con riferimento alle esperienze analizzate, lo IAB risulta l'organo più sensibile a tale tema; in alcuni casi esso ha rilevato l'opportunità di migliorare la trasparenza

⁽⁸²⁾ Anche in merito al controllo sulla qualità degli strumenti di *better regulation*, il caso dell'OIRA presenta una peculiarità; essa può spingersi fino a verificare il merito delle scelte effettuate dalle *agencies*. Ad esempio, nel 2001, l'OIRA, nel valutare una proposta di regolazione della Federal Aviation Administration (FAA), ha dichiarato la sproporzione tra costi e benefici presentati dalla CBA dell'agenzia. Vedi OIRA, *Return letter, Traffic Alert and Collision Avoidance Systems*, October 22, 2001. Nel 2002, l'OIRA ha emanato una *return letter* in cui indica un'alternativa alla valutazione costi benefici presentata dalla National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA). Vedi OIRA, *Letter to the Department of Transportation's NHTSA on Tire Pressure Monitoring Systems*, February 12, 2002; «[...] the analysis NHTSA has performed to date does not adequately demonstrate that NHTSA has selected the best available method of achieving the regulatory objective: enhanced highway safety. [...] We have identified a regulatory alternative — one that NHTSA has not explicitly analyzed — that may provide more safety to the consumer than the draft version of the final rule».

del procedimento di consultazione per fare, al meglio, emergere le risultanze dell'analisi ⁽⁸³⁾. Più comune è, invece, una verifica di tipo formale relativa alla complessità del linguaggio, alla lunghezza delle osservazioni, all'assenza o alla scarsa chiarezza di legende esemplificative.

d) *Il rapporto tra controllato e controllore*. Le diverse funzioni qui rilevate possono presupporre un diverso rapporto tra controllato e controllore. L'attività di «*regulating the regulators*» ⁽⁸⁴⁾ dell'OIRA, ad esempio, appare — più degli altri — riconducibile alla relazione di delega «principale-agente»: il controllo dell'agente (OIRA), infatti, persegue gli obiettivi del Presidente, secondo le regole e i canoni da questo stabiliti. Questo modello, infatti, si inquadra all'interno dei meccanismi di controllo di tipo accentrato, basato su un'architettura normativa di tipo «*command and control*», che lascia solo spazio residuale alla natura collaborativa del controllo.

In altri contesti, invece, il controllore non dispone di strumenti vincolanti, potendo orientare il comportamento del controllato solo tramite tecniche di «*moral suasion*». In questi casi, il ROB contribuisce ad influenzare le decisioni del *policy-maker* tramite un procedimento di conformazione spontanea. Il regolatore, infatti, giunge al comportamento virtuoso — ovvero la qualità degli strumenti di indirizzo della regolazione — non in ragione della cogenza di una norma o della capacità di condizionamento del principale, bensì sulla base dell'importanza riconosciuta al comportamento ritenuto istituzionalmente corretto. Questo secondo modello richiede che il procedimento di valutazione si sviluppi in parallelo con il procedimento decisionale, interagendo con esso. I risultati ottenuti dallo IAB dimostrano il contributo fondamentale dato dalla «persuasione morale» in un contesto caratterizzato da un approccio collaborativo, attraverso il confronto e la dialettica tra chi realizza l'AIR e il soggetto controllore. In questo modo, la qualità delle AIR tende a migliorare nel corso del tempo, poiché l'autorità o l'amministrazione che svolge l'analisi di impatto acquisisce progressivamente maggiori competenze grazie al dialogo instaurato con il valutatore.

⁽⁸³⁾ IAB, *Opinion on Impact assessment for a regulatory on implementation of European energy infrastructure priorities*, draft version of 27 July 2011; IAB, *Opinion on Impact assessment on an EU initiative on priority substances in the field of water policy*, draft version of 25 May 2011.

⁽⁸⁴⁾ C. CORDOVA-NOVION, S. JACOBZONE, *Strengthening the Institutional*, cit., 38.

e) *I ROB tra tecnica e politica.* Allo sviluppo dei ROB hanno contribuito due spinte, in potenziale conflitto tra loro: le istanze tecnocratiche, che favoriscono la neutralità e l'indipendenza dall'attività oggetto di controllo, e le pressioni politiche che, al contrario, vorrebbero attribuire a questi organi il potere di influenzare il comportamento degli organi di amministrazione attiva. A ben vedere, si tratta della stessa dicotomia che caratterizza gli strumenti di misurazione dell'attività regolatoria. L'AIR, infatti, è lo strumento tecnico che giustifica e rende valutabile dall'esterno la scelta discrezionale del decisore politico. D'altra parte, un'AIR appropriata presuppone il rispetto di diversi prerequisiti che vanno da dati affidabili e pertinenti fino all'applicazione di specifiche tecniche analitiche, alla completezza della consultazione, ad una certa professionalità, alla trasparenza, ad una capacità di valutazione indipendente e all'*accountability*.

Questi elementi depongono a favore di un sistema di competenze professionali che devono essere possedute da chi è chiamato a valutare la qualità dell'AIR. In altri termini, le medesime competenze necessarie al regolatore dovrebbero caratterizzare la composizione degli organismi deputati alla supervisione. A tal proposito, rileva il frequente ricorso a un *mix* di esperti, non solo giuristi ed economisti, capaci di dare un impulso decisivo alla comprensione delle tematiche regolatorie. In ambito europeo, ad esempio, i membri dello IAB sono scelti tenendo conto dei diversi interessi — economici, ambientali e sociali — che sono (o dovrebbero essere) valutati nell'approccio integrato dell'analisi di impatto europea. L'attenzione verso la composizione tecnica dell'organo di *oversight* contribuisce ad aumentare l'autorevolezza di questi organi garantendo che le loro scelte e decisioni si presentino il più possibile neutrali.

A ben vedere, la neutralità non risulta necessariamente in contrapposizione con il rispetto dell'indirizzo politico. Come è stato osservato ⁽⁸⁵⁾, infatti, la qualità della regolazione non è contro la libertà della politica ma attiene all'essenza della politica stessa e al suo necessario adeguamento alla complessità dei tempi.

⁽⁸⁵⁾ Valutare le politiche e le decisioni pubbliche attraverso la qualità della regolazione è «un altro modo di essere dell'*accountability*, sia nella versione minima del mero «rendere conto» dell'agire politico sia in quella più intensiva di poter essere chiamati a rispondere delle conseguenze derivanti dalla valutazione del rendiconto» (A. MORRONE, *La qualità della legislazione regionale. Introduzione*, in Istituzioni del Federalismo, vol. 1, 2011).

La stessa attività di supervisione è essenziale ad una regolazione di qualità. Un controllo adeguato, infatti, contribuisce in modo determinante a far riflettere il regolatore sui benefici di una buona regolazione, su una corretta analisi del rischio associabile a nuovi interventi ⁽⁸⁶⁾, sull'incremento del livello di informazione, sulla conoscenza delle regolazioni, sulla trasparenza del processo decisionale ⁽⁸⁷⁾.

Pertanto, la crescente attenzione posta a questi strumenti di valutazione è giustificata da almeno due obiettivi principali. Innanzitutto quello della legittimazione: per le amministrazioni ad influenza politica l'attività di *oversight* contribuisce ad accrescere l'*accountability* delle proprie scelte. Ciò risulta tanto più evidente in ordinamenti giuridici di tipo frammentato, come gli USA o l'UE, che hanno utilizzato la verifica sull'AIR per estendere e rafforzare il controllo del potere esecutivo⁽⁸⁸⁾. Per altro verso, la verifica della qualità dell'AIR è strumentale al cittadino e, più in generale, a tutti i destinatari della regolazione, in chiave di riconoscibilità delle regole e per l'esigenza di certezza del diritto. Del resto, la complessa articolazione degli interessi pubblici, privati e collettivi che caratterizzano la moderna società, e che sono spesso in conflitto tra di loro, esige non solo che le scelte sull'allocatione delle risorse pubbliche siano effettuate tramite procedure di valutazione razionali, ma anche che esse siano leggibili, chiare, esaustive e adeguate.

5. Come s'inquadra l'esperienza italiana rispetto alle alternative indicate? In verità, il significativo ritardo accumulato dall'Italia nell'attuazione della politica di *better regulation* non consente di svolgere una trattazione dettagliata sul controllo della qualità degli strumenti di miglioramento della regolazione, come per gli altri ordinamenti considerati in precedenza. Di seguito, tuttavia, si tenta di descrivere i caratteri e i limiti dell'esperienza italiana soffermandosi brevemente, dapprima, sull'approccio seguito nei ministeri e, poi, su quello adottato nelle autorità amministrative indipendenti.

a) *Il controllo sull'AIR nelle amministrazioni centrali.* L'art. 5 della

⁽⁸⁶⁾ OECD, *Building an Institutional Framework for Regulatory Impact Analysis. Guidance for policy-makers*, 2008, p. 23.

⁽⁸⁷⁾ Su questi aspetti vedi M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, Il Mulino, 2011, 170-173.

⁽⁸⁸⁾ A. MORRONE, *La qualità della legislazione*, cit., 2.

legge 8 marzo 1999, n. 50 ha introdotto l'AIR⁽⁸⁹⁾, a titolo sperimentale, sugli atti normativi di competenza governativa ossia sugli schemi di atti normativi adottati dal Governo e sugli schemi di regolamenti ministeriali o interministeriali⁽⁹⁰⁾. Con riferimento al tema della valutazione, l'articolo 5 istituisce il Nucleo stabile per la semplificazione delle norme e delle procedure con il compito di fornire un supporto tecnico alle amministrazioni incaricate di redigere le AIR e, contemporaneamente, di agevolare il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi (DAGL) segnalando le carenze e le insufficienze delle relazioni predisposte dalle amministrazioni.

Alla soppressione del Nucleo⁽⁹¹⁾ è corrisposto un ampliamento dei compiti del DAGL, al quale già spettavano funzioni di coordinamento dell'attività normativa del Governo con riferimento alla «valutazione di impatto della regolamentazione»⁽⁹²⁾. La legge 28 novembre 2005, n. 246, in particolare, prevede che «l'amministrazione competente che presenta l'iniziativa normativa provveda all'AIR e comunichi al DAGL i risultati dell'analisi» (comma 7 dell'articolo 14), che «il DAGL assicuri il coordinamento delle amministrazioni, in materia di AIR e di VIR», e che «il DAGL, su motivata richiesta dell'amministrazione interessata, possa consentire l'eventuale esenzione dall'AIR» (comma 8 dell'articolo 14).

Anche il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri dell'11 settembre 2008, n. 170 conferma il ruolo centrale del DAGL in materia di supervisione di AIR riconoscendo ad esso, innanzitutto, la possibilità di richiedere integrazioni e chiarimenti alle amministrazioni che hanno elaborato l'AIR. Inoltre, nel caso di analisi carenti o insufficienti, il DAGL può rinviare lo schema di atto normativo all'amministrazione

⁽⁸⁹⁾ Per una ricostruzione del percorso attuativo dell'AIR in Italia, si veda M. DE BENEDETTO, *Tecniche di analisi della regolazione nell'istruttoria degli atti normativi del Governo: «niente (o assai poco) di nuovo sotto il sole»*, Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione, www.osservatorioair.it, settembre 2010; N. LUPO, *La prima legge annuale di semplificazione. Commento alla legge 50 del 1999*, Milano, Giuffrè, 2000; ID, *A proposito della legge di semplificazione 2005*, in *Rassegna Parlamentare* n. 1/2006, 291 ss.

⁽⁹⁰⁾ La legge n. 246/2005 restringe il campo di applicazione dell'AIR escludendo i regolamenti ministeriali e interministeriali. Dopo la riforma del 2005, l'AIR trova applicazione per tutti gli schemi di atti normativi (primari e secondari) del governo.

⁽⁹¹⁾ Il Nucleo è stato abolito dall'art. 11 della legge 6 luglio 2002, n. 137.

⁽⁹²⁾ Cfr. art. 6, d.lg. n. 303/1999 sull'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri che ridefinisce le competenze del Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi.

proponente e, quando il Ministero di settore non intende conformarsi alle indicazioni fornite, segnala al Presidente del consiglio tali problemi prima della discussione in Consiglio dei ministri.

Tuttavia, la disciplina descritta presenta limiti significativi sia rispetto al procedimento di analisi d'impatto — la cui applicazione rimane, a oggi, ampiamente disattesa — sia all'esercizio delle funzioni di controllo. La normativa, in particolare, non ha dotato il DAGL di un potere sanzionatorio o di un meccanismo alternativo in grado di influenzare il comportamento delle amministrazioni; il Dipartimento, infatti, può solo dialogare con le amministrazioni interessate chiedendo integrazioni e chiarimenti sul procedimento effettuato. Una sua eventuale valutazione negativa può essere facilmente superata da una decisione politica presa in sede di Consiglio dei ministri.

Sul piano applicativo, l'attività fino ad ora svolta dal DAGL si è concentrata su due aspetti: l'attività di indirizzo, definendo i criteri generali di analisi e predisponendo gli strumenti metodologici per attuarli; l'attività di controllo sull'analisi delle prime schede AIR predisposte dalle amministrazioni interessate ⁽⁹³⁾. In merito a quest'ultimo aspetto, il DAGL ha valutato la qualità dell'AIR utilizzando alcuni criteri specifici, quali il grado di approfondimento della relazione, la puntualità e la motivazione delle opzioni regolatorie, l'adequatezza della componente valutativa ecc. I risultati della valutazione dimostrano che le relazioni AIR delle amministrazioni centrali appaiono ancora troppo sintetiche, dedicando scarsa attenzione al profilo valutativo ⁽⁹⁴⁾; inoltre, esse tendono, talvolta, a configurarsi, nella sostanza, come una mera relazione di accompagnamento allo schema di provvedimento, in aggiunta alla relazione illustrativa e a quella tecnico-normativa ⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹³⁾ Le relazioni annuali presentate al Parlamento evidenziano un andamento crescente; nel 2010, ad esempio, si sono registrati 152 casi di integrazione dell'AIR (su un totale di 207 presentate) che le amministrazioni hanno curato su richiesta del DAGL. Il dato è rilevato in: PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Relazione sullo stato di applicazione dell'analisi di impatto della regolazione (AIR). Anni 2009-2010, 2011*.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Relazione al Parlamento sullo stato di attuazione dell'analisi di impatto della regolazione*, 13 luglio 2007; SENATO DELLA REPUBBLICA, *Relazione al Parlamento sullo stato di attuazione dell'analisi dell'impatto della regolamentazione* (Anni 2007-2008), entrambi disponibili alla pag. web <http://www.governo.it/Presidenza/AIR/index.html>.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Relazione al Parlamento*, cit., p. 9.

b) *Il controllo sull'AIR nelle autorità amministrative indipendenti.*

L'art. 12 della legge 29 luglio 2003, n. 229, che impegna le autorità indipendenti (Ai) a dotarsi di metodologie di analisi di impatto della regolazione, introduce l'obbligo di «trasmettere al Parlamento le relazioni AIR da loro realizzate».

La previsione, che peraltro ha trovato limitatissima applicazione⁽⁹⁶⁾, integra un sistema di controllo di tipo «informativo» cioè finalizzato principalmente ad illustrare al Parlamento il percorso logico-formativo della decisione come gli obiettivi, le motivazioni, i destinatari e i contenuti delle opzioni e delle proposte di regolazioni avanzate dall'autorità.

La relazione AIR, dunque, fornisce un ulteriore strumento con cui le autorità riferiscono del proprio operato al Parlamento rispondendo alle esigenze di trasparenza del processo di valutazione *ex ante* piuttosto che a quelle di controllo sull'attività o sulle politiche del regolatore indipendente.

Del resto, la mancanza di poteri sanzionatori delle Camere (da attivare in ipotesi di mancanza o incompletezza delle relazioni di analisi d'impatto), così come il mancato riconoscimento della possibilità di dialogare con le autorità, lascia indeterminato il momento della supervisione dell'attività svolta, che costituisce uno degli snodi fondamentali per assicurare che l'AIR non si riduca a un adempimento puramente formale. A fronte dell'indeterminatezza della previsione normativa, sembra auspicabile la definizione (in sede di autoregolazione) di un sistema interno di controllo sull'AIR. È stato notato, infatti, che da tale scelta deriverebbe una sorta di *accountability* della struttura amministrativa che redige l'AIR rispetto al regolatore, tale da contribuire al mantenimento o al raggiungimento di un elevato livello qualitativo dell'analisi⁽⁹⁷⁾.

c) *I caratteri e i limiti del modello italiano.* La funzione di controllo sulle AIR nei ministeri è stata affidata al DAGL⁽⁹⁸⁾, struttura interna

⁽⁹⁶⁾ L'AEEG è l'unica autorità ad aver dedicato all'AIR una sezione della propria Relazione annuale, allegando altresì le relazioni AIR che venivano via via prodotte e pubblicate, ottemperando, in tal modo, l'obbligo di trasmettere le analisi al Parlamento fissato dalla legge 229/03.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. N. RANGONE, *Autorità indipendenti e AIR*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 147.

⁽⁹⁸⁾ Il DAGL è stato istituito dall'art. 6 del decreto legislativo n. 303/1999

della Presidenza del Consiglio dei ministri. Considerando la posizione istituzionale dell'organo può da subito escludersi che si sia inteso istituire un ROB indipendente dall'influenza politica, sul modello inglese. La scelta ha sollevato critiche: alcuni autori ⁽⁹⁹⁾, infatti, hanno contestato l'assenza di «*independence and sufficient authority*», requisiti indicati dall'OCSE quale importante attributo degli organismi di *oversight* ⁽¹⁰⁰⁾.

Altre finalità, dunque, hanno prevalso. Presumibilmente, l'esigenza prioritaria è stata quella di accrescere la capacità di *enforcement* delle decisioni del DAGL, considerando la necessità di creare *ex novo* una cultura della valutazione nel sistema amministrativo italiano e scontando la presumibile diffidenza delle burocrazie ministeriali rispetto a tali nuovi strumenti di pianificazione dell'attività regolatoria. Si è preferito, allora, mantenere una stretta interdipendenza tra l'attività di controllo e la funzione d'indirizzo politico generale del Presidente del Consiglio, in modo da rendere la prima uno strumento della seconda. La legge, effettivamente, prevede che il DAGL eserciti la sua attività in linea con le direttive della Presidenza a cui esso riporta, periodicamente, i risultati raggiunti. Il modello delineato dalle norme nazionali presenta nuovamente la relazione «*principale-agente*», che caratterizza i ROB a più marcata connotazione politica.

Questa scelta istituzionale, tuttavia, non è stata condotta con la necessaria coerenza fino alle sue naturali conseguenze. Per tracciare un'efficace funzione di coordinamento delle amministrazioni centrali, infatti, sarebbe stato necessario dotare il DAGL di efficaci e vincolanti poteri di condizionamento. Viceversa, il Dipartimento non può imporre alle amministrazioni il riesame delle analisi d'impatto ritenute incomplete o inadeguate, né impedire che la proposta regolatoria sia messa all'ordine del giorno del Consiglio dei ministri. Il regolamento n. 170 del 2008, inoltre, ammette ampie deroghe all'obbligo di AIR. Le amministrazioni possono essere esentate «in casi straordinari di necessità ed urgenza, nonché nelle ipotesi di peculiare complessità e ampiezza dell'intervento normativo e dei suoi possibili effetti» ⁽¹⁰¹⁾. È

(Ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, a norma dell'articolo 11 della l. 15 marzo 1997, n. 59).

⁽⁹⁹⁾ M. DE BENEDETTO, *Tecniche di analisi della regolazione*, cit. 7.

⁽¹⁰⁰⁾ OECD, *Oversight bodies for regulatory reform*, Paris, 2007, 6.

⁽¹⁰¹⁾ La prima fattispecie concerne essenzialmente i decreti-legge: è noto, tuttavia, come lo strumento sia utilizzato con particolare larghezza, diventando un canale

vero che l'esenzione è concessa dallo stesso DAGL «su motivata richiesta dell'amministrazione interessata», ma è stato rilevato che l'eccessiva genericità dei casi di esclusione lasciano «al Dipartimento margini di discrezionalità talmente ampi da consentire determinazioni arbitrarie» ⁽¹⁰²⁾.

L'incertezza che caratterizza il quadro normativo si coglie anche sul piano attuativo. L'esercizio della funzione di controllo è scarsamente sviluppata a causa della limitata attenzione che le amministrazioni centrali dedicano agli obblighi di AIR ⁽¹⁰³⁾. Inoltre, secondo alcuni commentatori, il DAGL non è ancora dotato della competenza tecnica necessaria ad adempiere correttamente alla sua funzione ⁽¹⁰⁴⁾. Infine, scarsamente incisiva sembra anche la funzione di coordinamento *ex ante*. Tale complessiva debolezza appare legata a due consolidati aspetti critici del sistema amministrativo italiano: per un verso, la storica incapacità del Presidente del Consiglio di esercitare con efficacia la funzione di coordinamento politico-amministrativo sui ministri, che si riverbera inevitabilmente sull'influenza degli organi di controllo che ne costituiscono una *longa manus*; per altro verso, la formazione prevalentemente giuridica dei funzionari, che spingono a considerare l'AIR come un mero onere burocratico.

Anche con riferimento alle amministrazioni indipendenti, sotto diverso profilo, il legislatore non è riuscito a delineare compiutamente la funzione di controllo. Le norme, infatti non hanno fornito una chiara indicazione sul contenuto e sugli effetti della valutazione affidata al Parlamento, né hanno esplicitamente imposto al regolatore

ordinario d'iniziativa legislativa, fino a identificare il requisito dell'urgenza con quello della rilevanza politica dell'intervento. Ancor più sorprende la seconda esclusione, laddove proprio la complessità delle scelte e l'ampiezza della discrezionalità dovrebbe indurre ad una analisi di impatto più approfondita.

⁽¹⁰²⁾ Di questo avviso, A. MORELLI, *I controlli sulla qualità degli atti normativi del Governo*, Comunicazione al Convegno del Gruppo di Pisa su «Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici», Milano 10-11 giugno 2011, 5 disponibile alla pag. web <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2011/10/morelli.pdf>.

⁽¹⁰³⁾ Resistenze e ritardi nell'introduzione di metodologie AIR appaiono dipendere da diversi fattori tra cui la molteplicità di competenze necessarie alla sua attuazione. Oltre alle competenze giuridiche, sarebbero, infatti, necessarie professionalità economiche, da finalizzare all'applicazione dell'analisi costi-benefici, e professionalità sociologiche, per individuare la pluralità di ricadute della normativa proposta.

⁽¹⁰⁴⁾ M. DE BENEDETTO, *Tecniche di analisi della regolazione*, cit. p. 7; A. NATALIANI, F. SARPI, *L'insostenibile leggerezza dell'Air*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, vol. 3, 2009, 224.

indipendente di predisporre strutture interne di controllo. Inoltre, l'affidamento del controllo al Parlamento, seppur in linea con il carattere indipendente delle autorità, sconta la tradizionale inefficacia dell'attività di monitoraggio parlamentare e la mancanza di competenze necessarie ad esercitare la valutazione sulla qualità dell'AIR.

In questo contesto, si potrebbe valorizzare il controllo di soggetti esterni all'amministrazione procedente. Il Parlamento, ad esempio, potrebbe ricevere i risultati dell'attività di controllo sulle AIR che accompagnano le proposte regolatorie del governo e delle autorità indipendenti, ma ciò a condizione — come dimostrano l'esperienza inglese del NAO e quella statunitense del GAO — che si istituisca una struttura dedicata stabilmente a tale scopo, composta da personale dotato di competenze specifiche sull'AIR. In questo senso, si potrebbero potenziare i compiti del comitato per la legislazione che, nell'ambito della vigilanza sulla qualità dei testi normativi ⁽¹⁰⁵⁾, può già richiedere, ai fini dello svolgimento dell'istruttoria legislativa, la relazione AIR per schemi di atti normativi e progetti di legge al loro esame ⁽¹⁰⁶⁾. Si tratta, tuttavia, di un organo politico e non tecnico, di carattere esclusivamente consultivo, le cui deliberazioni non hanno efficacia vincolante e cogente.

In alternativa, ci si potrebbe avvalere di strutture operative o centri di studi *ad hoc* interessati al monitoraggio delle AIR realizzate. Ad esempio, è stata considerata con interesse la possibilità di affidare la funzione di controllo al Garante nazionale per le micro, piccole e medie imprese recentemente previsto dall'art. 17, della legge 11 novembre 2011, n. 180 (c.d. *Statuto delle imprese*) ⁽¹⁰⁷⁾. Ci sono, poi, diversi centri di studi che già si occupano del tema dell'analisi di impatto della regolazione tra cui l'«Osservatorio AIR». L'analisi svolta

⁽¹⁰⁵⁾ Come è noto, la Camera dei Deputati ha istituito un apposito Comitato per la legislazione mentre il Senato ha previsto l'istituzione di un Servizio per la qualità della legislazione, incaricato oltre che del *drafting* formale, anche dell'analisi di fattibilità amministrativa, dell'analisi di impatto della regolamentazione, della verifica dell'attuazione delle leggi. Sull'attività del Comitato si veda R. ZACCARIA, *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia, Grafo, 2011.

⁽¹⁰⁶⁾ Su questo aspetto si veda N. LUPO, *La verifica parlamentare della relazione tecnico-finanziaria come modello per l'istruttoria legislativa*, in *Rassegna Parlamentare* n. 2/2001, pp. 398-399.

⁽¹⁰⁷⁾ Di questo avviso è A. NATALINI, si veda *AIR e imprese: una nuova Agenzia per controllare Stato e Autorità*, in *Rassegna Trimestrale Osservatorio AIR* aprile 2010, 28.

da questi soggetti può alimentare il dibattito in materia, mettendo in luce gli elementi necessari all'adozione di una buona AIR e, contemporaneamente, fornire alle amministrazioni interessate le competenze necessarie ad attuare la normativa.

6. Le funzioni svolta dai ROB si presenta mutevole e composita. L'oggetto e l'intensità del controllo possono variare anche significativamente tra i diversi ordinamenti giuridici, talvolta investendo la qualità della regolazione, talaltra spingendosi fino a sindacare il merito politico delle scelte. Il parametro del controllo è ibrido, perché riunisce in sé sia profili di *legittimità* dell'atto controllato, intesa come ottemperanza dell'analisi d'impatto ai canoni fissati dal legislatore; sia profili di *efficacia*, legati alla capacità effettiva dell'AIR di perseguire gli obiettivi stabiliti.

A ben vedere, dunque, si tratta di una categoria di controllo *sui generis*, concepito per rispondere alle tipiche esigenze del contesto in cui si sviluppa, ovvero quello della qualità della regolazione. Da qui, i marcati tratti di peculiarità che la caratterizzano; rispetto ai controlli di legittimità, ad esempio, è differente l'oggetto, perché la relazione AIR non è assimilabile a un provvedimento amministrativo: si tratta, piuttosto, di un adempimento istruttorio che si pone nella fase di elaborazione dell'atto normativo, le cui risultanze devono fornire una motivazione razionale alla scelta finale del decisore ⁽¹⁰⁸⁾. Ma è differente anche il parametro, considerando che le disposizioni che indicano il contenuto di una buona AIR sono solitamente contenute in linee guida e in atti di *soft law* che rappresentano le più importanti indicazioni sul procedimento e sul contenuto dell'analisi di impatto.

Anche con riferimento ai controlli manageriali — con cui la funzione *oversight* condivide l'obiettivo dell'efficacia ed efficienza del risultato — ci sono differenze, in quanto il ROB verifica un'attività che non è prettamente gestionale-amministrativa. L'AIR, infatti, rappresenta il processo sistematico di ricostruzione e valutazione dei proba-

⁽¹⁰⁸⁾ Si noti che tale aspetto di legame tra il contenuto AIR e la motivazione del provvedimento finale si perde nel procedimento di co-decisione che caratterizza l'ordinamento europeo. Come noto, nonostante Parlamento e Consiglio siano stati chiamati a eseguire l'*Impact Assesement* sui maggiori emendamenti delle proposte della Commissione, entrambe le istituzioni non hanno mai avvertito tale compito come obbligatorio. Ne consegue che l'ultima parte di legislazione non risulta mai associata all'analisi originale.

bili effetti dell'intervento regolatorio. I criteri necessari all'emanazione di un'AIR di qualità coincidono con quelli richiesti per una regolazione di qualità: efficienza, proporzionalità, coerenza e adeguatezza al fine.

In definitiva, il controllo effettuato dai ROB segue un approccio legato al processo che l'analisi di impatto della regolazione attiva: in questo approccio, una buona AIR non è solo quella che rispetta strettamente le fasi e i criteri indicati dalle linee guida, ma quella pienamente inserita nel processo di formazione delle decisioni dell'autorità di regolazione ⁽¹⁰⁹⁾. In questa prospettiva, il controllo si risolve in interventi di collaborazione e di indirizzo finalizzati a segnalare devianze, suggerire rimedi e stimolare processi di correzione ⁽¹¹⁰⁾.

Emerge chiaramente, dunque, il ruolo strategico che i ROB hanno progressivamente assunto nell'ambito delle politiche di *better regulation*. L'attività di valutazione contribuisce in modo sostanziale alla qualità delle regole poiché assicura l'effettiva razionalità e adeguatezza della decisione.

Al tempo stesso, tuttavia, essa solleva nuovi e delicati problemi. Per un verso, s'impone una riflessione sugli strumenti per garantire trasparenza e responsabilità dell'operato dei ROB, non solo nelle dinamiche interne alle strutture burocratiche, ma anche nei confronti dei destinatari ultimi della regolazione: cittadini, imprese, utenti, contribuenti, ecc. Per altro verso, il *regulatory oversight* sembra intersecarsi con alcune tecniche di sindacato giurisdizionale forte, fenomeno che spinge a interrogarsi sui possibili rapporti tra le due forme di controllo.

a) *Quale accountability per i ROB?* Diversi autori hanno evocato, con riferimento ai ROB, il problema del «*quis custodiet custodes?*» ⁽¹¹¹⁾,

⁽¹⁰⁹⁾ L. LO SCHIANO, *L'AIR nelle autorità indipendenti*, 2003, in www.astrid-online.it.

⁽¹¹⁰⁾ Questo aspetto caratterizza i controlli interni di gestione. Cfr. M. CLARICH, *Controllo di gestione e audit: l'evoluzione legislativa*, in supplemento della rivista al n.3/4 del Notiziario Fiscale della Scuola Centrale Tributaria, 1995; G. D'AURIA, *Dai controlli di legittimità ai controlli di gestione*, in *Il nuovo sistema di controllo interno nelle pubbliche amministrazioni*, Presidenza del consiglio, Dipartimento della Funzione Pubblica, Poligrafico dello Stato, agosto 1993.

⁽¹¹¹⁾ Lungo questa linea di ragionamento, v. R. MAFFIO, *Quis custodiet ipsos custodes? Il controllo parlamentare dell'attività di governo in prospettiva comparata*, in *Quaderni di Scienza Politica*, vol. IX, 2002, 333 ss.; e da A. ALEMANNO in *Quis Custodet Custodes dans le cadre de l'initiative «Mieux légiférer»? Une analyse des mécanismes de surveillances de la qualité réglementaire au sein de la Commission européenne et la*

evidenziando la necessità di assicurare strumenti per accrescere l'*accountability* e la credibilità della loro azione. L'OCSE ha individuato alcuni di questi strumenti ⁽¹¹²⁾: innanzitutto, la trasparenza dei procedimenti e dei risultati della loro attività. I ROB, effettivamente, hanno progressivamente garantito la visibilità della loro azione e delle loro decisioni. Si pensi, ad esempio, alla pubblicazione delle opinioni dello IAB sulle AIR delle direzioni generali o dei pareri resi dalla *Regulatory Policy Committee* inglese.

Ciononostante, la trasparenza dell'attività dei ROB presenta ancora significativi margini di miglioramento; ad esempio, è stato notato che non è ancora possibile visionare i documenti intermedi dell'azione dell'OIRA; le tabelle di marcia e i progetti delle relazioni di valutazione d'impatto dello IAB ⁽¹¹³⁾, così come le risultanze dell'attività di consultazione svolta durante l'AIR inglese ⁽¹¹⁴⁾. Eppure, la trasparenza dell'attività dei ROB risulta elemento strategico per verificare il punto di equilibrio tra politica e amministrazione e accrescere la credibilità dell'*oversight body* e, più in generale, degli strumenti di qualità della regolazione. In questa prospettiva, risulta apprezzabile la proposta del Governo di coalizione inglese del marzo 2011 di pubblicare i pareri della RPC anche nel caso in cui il Ministro, discostandosi dal parere reso, presenti ugualmente la proposta regolatoria ⁽¹¹⁵⁾.

Un ulteriore elemento che contribuisce ad accrescere l'*accountability* dei ROB è l'individuazione di chiare ed esplicite regole sulla gestione interna della struttura. Si tratta di regole che disciplinano la nomina dei membri, i criteri per la loro selezione, il diritto di voto,

création du Comité d'évaluation des analyses d'impact, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, vol. 1, 2008, 43 ss.

⁽¹¹²⁾ CORDOVA-NOVION, S. JACOBZONE, *Strengthening the Institutional Setting*, cit. 41 ss.

⁽¹¹³⁾ CORTE DEI CONTI EUROPEA, *Le Valutazioni d'Impatto nelle Istituzioni dell'Unione*, cit. 48.

⁽¹¹⁴⁾ BRITISH CHAMBER OF COMMERCE, *Red Tape Challenged?* December 2011, London, 2012, p. 3: «The BCC also recommends that all consultation and final stage RPC opinions are published in order to help ensure that the RPC's proposals are taken seriously by government departments and to increase transparency around the deregulatory agenda».

⁽¹¹⁵⁾ EEF *The manufacturer's organizations, Reforming regulation. One year on*, September 2011, <http://www.eef.org.uk/NR/rdonlyres/88FB8393-A8B7-48F3-9B4D-3912AD5C6738/19573/ReformingRegulationOneYearOn1.pdf>, p. 3.

eventuali incompatibilità, la procedura di decisione, ecc. ⁽¹¹⁶⁾ In tal senso, l'esempio più significativo è rappresentato dallo IAB che, nel 2007, ha emanato apposite discipline sulla composizione dell'organo e sulle sue procedure decisionali.

Anche il controllo dell'attività dei ROB contribuisce a migliorare la loro credibilità. Solitamente i ROB riferiscono della propria attività ad organi esterni — usualmente incardinati all'interno del potere legislativo — che valutano in maniera autonoma l'attività da essi svolta. Si tratta, in generale, di un controllo ampio, finalizzato ad apprezzare l'operato del potere esecutivo e delle istituzioni che ne fanno parte. Come ricordato in precedenza, gli esempi più noti sono il GAO statunitense e il NAO inglese, entrambi riconducibili al potere parlamentare.

b) *Quali rapporti tra i ROB e i giudici?* Tradizionalmente, l'analisi d'impatto della regolazione è stata considerata questione di merito amministrativo, sottratta al sindacato giurisdizionale ⁽¹¹⁷⁾. Oltre a ragioni ideologiche, lo scarso sviluppo del controllo giurisdizionale sugli adempimenti connessi all'AIR si spiegava, sul piano tecnico, sia a causa della disomogenea attuazione dell'obbligo in alcuni ordinamenti giuridici, sia per la mancanza di espliciti vincoli giuridici, come nel caso dell'Ue: come notato, le linee guida per la redazione delle analisi di impatto sono ordinariamente strumenti di *soft law* che non presentano una chiara cogenza legale.

Oggi il quadro è mutato sensibilmente. Nei vari ordinamenti interessati, si sta formando una significativa casistica relativa al controllo del giudice sull'AIR, che sta progressivamente attirando l'attenzione degli studiosi e degli operatori di settore. Il ricorso al giudice è visto non solo come strumento di sanzione nelle mani dei cittadini che vedono lesi i propri diritti o interessi legittimi dalla cattiva qualità della regolazione, ma anche come criterio per valutare empiricamente l'utilità dell'AIR.

In questo contesto, diviene concreta la possibilità di reciproche influenze e sovrapposizioni tra il controllo dei ROB e quello dei giudici. Innanzitutto, un efficace controllo svolto *ex ante* sull'AIR potrebbe avere una portata deflativa del contenzioso *ex post*: come è stato

⁽¹¹⁶⁾ C. CORDOVA-NOVION, S. JACOBZONE, *Strengthening the Institutional Setting*, cit., 38.

⁽¹¹⁷⁾ In America, l'E.O. 12,291 del Presidente Reagan contiene uno specifico divieto di *judicial review*. Cfr. E.O. 12,291, cit., sec. 9.

osservato ⁽¹¹⁸⁾, supervisionare la bontà della procedura adottata nell'ambito del ciclo della regolazione dovrebbe contribuire ad arginare i costi futuri dovuti al fallimento della regolazione e le liti che ne possono seguire. Ma potrebbero esservi anche forme di raccordo più intense fino a prefigurare tecniche comuni di controllo.

Si tratta, a ben vedere, di un tema ancora in formazione ed aperto a sviluppi futuri; tuttavia, la crescente attenzione per il controllo *ex post* del giudice, anche da parte della dottrina che più si è interessata ai ROB, denota un potenziale punto di contatto con l'attività da questi svolta. Può essere utile, in tale ottica, procedere ad una rapida rassegna di alcuni casi decisi in alcuni degli ordinamenti considerati.

Negli Stati Uniti, la *Chamber of Commerce* ⁽¹¹⁹⁾ ha proposto ricorso di fronte alla *United States District Court for the District of Columbia*, lamentando l'arbitrarietà di una decisione della SEC assunta in mancanza di un'adeguata analisi costi-benefici. La Corte ha accolto il ricorso sostenendo che l'assenza di una valutazione dei costi della regolazione rende il procedimento di *rulemaking*, ai sensi dell'*Administrative Procedure Act*, «*arbitrary and capricious*». La decisione è ancor più significativa considerando che la SEC non è una delle agenzie ⁽¹²⁰⁾ su cui grava l'obbligo di analisi di impatto della regolazione ⁽¹²¹⁾: il giudice ha autonomamente riconosciuto il contributo procedimentale strategico dell'AIR, riconducendolo ai principi fissati dall'*Ad-*

⁽¹¹⁸⁾ C. COGLIANESE, H. KILMARTIN, E. MENDELSON, *Transparency and Public Participation in the Federal Rule-making Process: Recommendations for the New Administration*, in *The George Washington Law Review*, vol. 77, 2009, 923 ss.

⁽¹¹⁹⁾ *Chamber of Commerce of the United States of America v. SEC*, 412 F.3d 133, 143 (D.C. Circ. 2005). Per un commento della sentenza si veda E. SHERWIN, *The Cost-Benefit Analysis of Financial Regulation: Lessons from the SEC's Stalled Mutual Fund Reform Effort*, in *Stanford Journal of Law, Business & Finance*, vol. 12, 2006, 17; G. STIGLER, *Public Regulation of the Securities Markets*, in *Journal of Business*, 1964, vol. 34, 124 ss.

⁽¹²⁰⁾ La definizione di «*Independent Regulatory Agency*» è codificata nel 44 U.S. Code § 3502(5) (2000).

⁽¹²¹⁾ Il Vice Presidente degli Stati Uniti ha emanato, nel marzo 1981, una lettera con cui invitava le *independent agencies* a rispettare i contenuti del decreto presidenziale di Reagan, con particolare riferimento ai principi di *better regulation* e alla CBA. A fronte di tale richiesta, la SEC ha provveduto, *de facto*, ad adeguare il proprio processo regolativo integrandolo con una valutazione di impatto. Su questi aspetti, E. SHERWIN, *Cost-Benefit Analysis of Financial Regulation: Why Dollars Don't Always Make Sense in SEC Rulemaking*, in *Harvard Law School*, vol. 27, 2005, 257 ss.; PETER L. STRAUSS, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, in *Columbia Law Review*, vol. 84, 1984, 573 ss.

ministrative Procedure Act APA, cui anche le agenzie indipendenti sono sottoposte. Analogamente, nel 2009, la Corte Suprema ⁽¹²²⁾ è stata chiamata a valutare la legittimità di una decisione dell'*Environmental Protection Agency*-EPA, presa sulla base di un'analisi costi-benefici. La Corte ha chiarito che l'assenza dell'obbligo in capo all'EPA di adottare l'analisi non si traduce automaticamente in divieto; al contrario, come ribadito dal giudice Breyer nella *Concurring Opinion*, nel silenzio del legislatore, la scelta di effettuare l'analisi costi-benefici — purché sia svolta ragionevolmente — deve ritenersi auspicabile ⁽¹²³⁾.

Anche l'ordinamento europeo non è indifferente al tema. Nella controversia sollevata, in via pregiudiziale dalla *High Court of Justice of England and Wales*, sul regolamento *Roaming* sulle reti pubbliche di telefonia mobile ⁽¹²⁴⁾, la Corte di giustizia — per dimostrare la proporzionalità delle scelte compiute dalla Commissione europea — ricorda che quest'ultima ha realizzato «uno studio esaustivo le cui risultanze sono riassunte nell'analisi d'impatto [...]» ⁽¹²⁵⁾.

Sporadici interventi giurisprudenziali in materia di AIR sono rinvenibili anche nell'ordinamento italiano. Nel 2006, ad esempio, il Tar Lazio ha annullato un provvedimento dell'AVCP per non aver considerato le «soluzioni alternative e meno gravose per il settore regolato rispetto a quello definitivamente adottato in violazione della proporzionalità e minore incisività» ⁽¹²⁶⁾.

Queste decisioni, che testimoniano l'attenzione del giudice per l'analisi di impatto della regolazione ⁽¹²⁷⁾, offrono alcune utili indicazioni circa l'approccio seguito dalle corti.

⁽¹²²⁾ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Entergy Corp. v. Riverkeeper, Inc.*, 129 S.Ct. 1498 (U.S. 2009).

⁽¹²³⁾ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Entergy, Corp. v. Riverkeeper, Justice Breyer's Concurring opinion*: «I believe that, [...] an ambiguous text without clear legislative history would, favor cost-benefit analysis». L'opinione del giudice Breyer si pone in rottura rispetto alla classica interpretazione giurisprudenziale che, per lungo tempo, ha riconosciuto la possibilità di adottare il CBA soltanto alle amministrazioni che sono tenute a farlo, in forza di una espressa previsione legislativa. In tal senso, si veda *Am. Textile Mfrs. Inst., Inc. v. Donovan*, 452 U.S. 490 (1981).

⁽¹²⁴⁾ Corte di giustizia, Case C-58/08, *The Queen on the application of Vodafone Ltd and Other v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*.

⁽¹²⁵⁾ Corte di giustizia, Case C-58/08, cit., par. 55: La Corte riprende quanto più dettagliatamente sviluppato dall'avvocato Maduro; vedi Opinion of AG Maduro delivered on 1 October 2009, Case C-58/08, cit., par. 38-39.

⁽¹²⁶⁾ Tar Lazio, Roma, III sez., 25 Ottobre 2006, n. 192.

⁽¹²⁷⁾ Anche il giudice amministrativo francese si è interessato al tema utilizzan-

A differenza del controllo svolto dai ROB, l'Air non costituisce l'oggetto immediato del sindacato dei giudici. Benché alcuni autori lo abbiano ipotizzato, almeno allo stato attuale è difficile ipotizzare impugnativa diretta avverso gli atti del sub-procedimento di analisi di impatto per violazione delle linee guida o delle *policy* di *better regulation* ⁽¹²⁸⁾. Sul piano formale, i giudici preferiscono restare nel solco delle tecniche consolidate del sindacato sulla discrezionalità amministrativa, quali il controllo di congruità della motivazione, la completezza dell'istruttoria, la proporzionalità della misura, il rispetto dei principi generali dell'ordinamento.

Nel suo concreto *modus operandi*, tuttavia, il controllo giudiziale appare qualitativamente non dissimile da quello amministrativo del ROB. Benché la casistica sia limitata, infatti, i giudici sembrano poter sfruttare l'Air come una «cartina di tornasole» del procedimento che ha condotto all'adozione della misura regolatoria, verificando l'attendibilità e la veridicità delle informazioni assunte, l'eshaustività delle opzioni alternative considerate, l'accuratezza delle informazioni fornite al decisore, la validità tecnica delle scelte e la loro capacità di produrre i benefici attesi, la persuasività dell'analisi, con riferimento al contenuto del provvedimento da adottare ⁽¹²⁹⁾.

Da un punto di vista strutturale, le differenze restano pur sempre profonde. Il controllo esercitato dai ROB è di tipo «proattivo», opera all'interno del processo decisionale e mira, in chiave collaborativa, a prestare supporto all'amministrazione nell'elaborazione dell'Air. Al contrario, l'intervento del giudice è necessariamente «reattivo», presuppone una lesione di interessi qualificati e assume una portata

do, come strumenti di controllo dell'analisi costi benefici, il principio di proporzionalità e l'eccesso di potere. Si veda M. PORPORA, *Motivazione, Air e principio di proporzionalità. Una comparazione tra orientamenti giurisprudenziali*, Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione, www.osservatorioair.it, marzo 2012, P 1/2012.

⁽¹²⁸⁾ Alberto Alemanno fa notare che, almeno in astratto, potrebbe essere possibile anche l'impugnazione diretta del documento Air per violazione di obblighi procedurali. In questo caso il giudice sarebbe chiamato a verificare l'esistenza del documento Air, l'eventuale violazione delle regole procedurali che lo caratterizzano e, eventualmente, il mancato rispetto delle indicazioni adottate dall'*oversight body*. Vedi A. ALEMANNI, *A Meeting of Minds on Impact Assessment. When Ex Ante Evaluation Meets Ex Post Judicial Control*, in *European Public Law*, vol. 17, 2011, 485 ss.

⁽¹²⁹⁾ B.G. MATTARELLA, *Analisi di impatto della regolazione e motivazione*, cit., 7. Sul tema, si veda anche A. ALEMANNI, *The Better Regulation Initiative at the Judicial Gate: A Trojan Horse within the Commission's Walls or the Way Forward?*, disponibile alla pag. web <http://www.ssrn.com/>.

potenzialmente repressiva. Si è visto, per altro verso, quanto sia difficile, nel controllo sull'AIR, scindere i profili di legittimità da quelli di merito: un'eccessiva «giurisdizionalizzazione» dell'analisi di impatto potrebbe alterare l'equilibrio tra poteri ⁽¹³⁰⁾ e spingere le amministrazioni ad atteggiamenti difensivi e a maggiore diffidenza verso lo strumento.

Questi profili, tuttavia, non sembrano impedire, almeno in astratto, la circolazione dei parametri di controllo tra autorità amministrative e giurisdizionali. Si tratta ancora di ipotesi di studio, il cui sviluppo futuro dipenderà da diversi fattori, quali l'interesse effettivo che i diversi regolatori dimostreranno alle politiche di *better regulation*; l'orientamento dei giudici sull'AIR e, infine, l'attenzione che i singoli interessati dedicheranno al problema.

⁽¹³⁰⁾ L'opinione è di Marcello Clarich «Per il suo buon funzionamento, l'AIR non deve finire giuridicizzata e deve, dunque, mantenersi su un livello diverso da quello tipico della legalità amministrativa. Semmai, l'AIR dovrebbe essere di ausilio a chi valuta l'operato dell'amministrazione sotto il profilo della buona amministrazione» (http://www.osservatorioair.it/wp-content/uploads/2010/04/Oss_Interviste_Clarich.pdf).