

Autorità indipendenti e AIR*

di Nicoletta Rangone

Sommario: 1 Strumenti tecnici di legittimazione dei regolatori e qualità delle regolazioni - 2 Analisi di impatto della regolazione indipendente: difficoltà, resistenze e possibili soluzioni - 3 Problemi aperti: organizzazione, procedura, decisione finale, supervisione - 4 Qualità della regolazione indipendente: non solo Air – 5 Conclusioni

1 Strumenti tecnici di legittimazione dei regolatori e qualità delle regolazioni

La qualità delle regole ha progressivamente assunto un ruolo centrale nelle politiche di vari paesi europei (e non solo), fino alle più recenti affermazioni italiane, dove tende ad essere riconosciuta come un “interesse pubblico autonomo” rispetto agli interessi pubblici alla base di un intervento di regolazione, da perseguire con strumenti specifici che fanno ampio utilizzo di consultazioni ed analisi economica ¹.

Il perfezionamento di adeguati strumenti di supporto alla definizione di “buone regole” trova stimoli decisivi negli interventi sovranazionali ed ultranazionali. Si pensi alle raccomandazioni Ocse, che dettano i criteri di giustificazione delle regole, giungendo fino a formulare una *Checklist for Regulatory Decision-Making* del 1995 e *Guiding Principles for Regulatory Quality and Performance* del 2005 ² e sottoponendo, anche su queste basi, a *peer reviews* i sistemi nazionali di regolazione. Sul piano comunitario, dal 1990 le direttive di liberalizzazione dei servizi pubblici tendono ad affermare i principi di necessità, residualità e periodica valutazione della persistente adeguatezza delle regolazioni nazionali; dal 2001 si delinea poi una politica di qualità della regolazione nell’ambito della quale viene, tra l’altro, sottoposto a valutazione preventiva l’impatto

* Nota per il gruppo di lavoro Astrid “La riforma delle Autorità indipendenti”, coordinato da Marco D’Alberti e Alessandra Pajno.

¹ L. Carbone, *Qualità della regolazione e competitività: ricette diverse ma ingredienti comuni*, Università La Sapienza, 2007.

² Rispettivamente <http://www.oecd.org/dataoecd/20/10/35220214.pdf> e <http://www.oecd.org/dataoecd/24/6/34976533.pdf>. Tali criteri sono integrati dal draft Competition Assessment Recommendation 30 settembre 2008.

delle direttive e dei regolamenti comunitari di maggior rilievo e si pone l'obiettivo di una semplificazione della regolazione comunitaria ³.

In tale contesto si sono consolidate alcune tecniche di analisi delle regole, come l'Analisi di impatto della regolazione (Air) e la Misurazione degli obblighi amministrativi (Moa). Alla base della loro diffusione vi è la consapevolezza che tutte le regolazioni, sebbene adottate in risposta ad un'esigenza di interesse generale, sono all'origine di costi per i destinatari e per i regolatori. Cosicché, ogni intervento andrebbe giustificato con riferimento allo specifico fallimento del mercato che intende affrontare (come sarebbe in presenza di operatori con rilevante potere di mercato o di asimmetrie informative) o di un fallimento della regolazione stessa (che risulti, in ipotesi, eccessiva o non appropriata) ⁴. In termini giuridici, "la regolazione è legittimata ogni qualvolta non si manifesti il contraddittorio paritario", vale a dire la concorrenza ⁵. Tra le tecniche di analisi della regolazione, l'Air consente di indicare lo strumento che al contempo risolva un fallimento del mercato o della regolazione e presenti un maggior beneficio netto collettivo rispetto alle opzioni alternative e la Moa di quantificare i costi di adempimento ad obblighi informativi imposti da una regolazione esistente o in corso di adozione al fine di formulare ipotesi di riduzione.

Il rilievo assunto dalle tecniche di analisi delle regolazioni è, inoltre, da ricondurre alla più generale esigenza di giustificazione delle discipline a contenuto ed effetti generali nell'età contemporanea. Si tratta di una giustificazione non limitata all'interesse generale perseguito, ma che si estende agli strumenti scelti a questo fine, nella consapevolezza che una medesima esigenza può essere soddisfatta attraverso diverse opzioni di regolazione, che incidono in modo differenziato sui destinatari e sul regolatore ⁶. Queste tecniche costituiscono, inoltre, il veicolo attraverso il quale trova affermazione la "voce" dei soggetti interessati ⁷ (incrementando le garanzie di partecipazione alle procedure di *rulemaking* e *planning*) ed impongono una giustificazione delle decisioni anche in procedimenti regolatori cui non si applicano le generali regole dell'azione amministrativa ⁸, condotti da parte di autorità poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e del circuito

³ Mandelkern Group on Better Regulation, final Report, 13 novembre 2001.

⁴ Nell'ordinamento statunitense tale giustificazione è divenuta un vincolo a seguito dell'approvazione dell'Executive Order n. 13422/2007, che ha imposto alle *agencies* di indicare lo specifico fallimento del mercato o gli altri problemi, quali i *failures of public institutions*, che legittimano un intervento di regolazione.

⁵ F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Il Mulino, 2007, p. 70-71.

⁶ M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Il Mulino, 2008, p. 94 ss.

⁷ M. D'Alberti, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1 ss.

⁸ Così espressamente l'art. 23 legge n. 262/2005 quanto ai provvedimenti di Banca d'Italia, Consob, Isvap e Covip.

di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione. Le consultazioni rappresentano, infatti, un momento centrale dell'Air e l'elemento fondante la Moa, tanto che il legislatore comunitario ne ha delineato i requisiti minimi al fine di arginare il rischi di una loro riduzione a meri adempimenti formali ⁹. Se dunque, come evidenziato dal Consiglio di Stato, le garanzie procedurali costituiscono i presupposti su cui si fonda l'esercizio del potere regolatorio delle autorità indipendenti in assenza di responsabilità e soggezione nei confronti del Governo ¹⁰, le tecniche di analisi della regolazione contribuiscono alla legittimazione della funzione regolatoria indipendente in quanto strumenti per una giustificazione e partecipazione ai procedimenti di formazione delle regole generali.

L'utilizzo dell'Air è, inoltre, suscettibile di rafforzare l'indipendenza delle autorità nella misura in cui consente l'adozione di scelte basate su elementi di evidenza empirica. Si tratta di un esito non scontato, dal momento che il regolatore non è vincolato a dare seguito alle indicazioni che emergono dall'istruttoria tecnica ¹¹, ma che è suscettibile di conseguire a fronte di un utilizzo non formale dello strumento e nella misura in cui si ammetta che la decisione finale non possa prescindere *tout court* dall'analisi svolta. Al contempo, l'utilizzo dell'Air potrebbe, peraltro, astrattamente costituire una minaccia per l'indipendenza dei regolatori, nella misura in cui aprisse il varco ad una supervisione che si estendesse al merito delle scelte di regolazione; a questo riguardo, alcuni contrappesi sono assicurati dalla normativa di riferimento, che lascia all'autoregolazione la definizione concreta degli aspetti procedurali ed organizzativi dell'analisi e, soprattutto, dispone la trasmissione delle relazioni al solo Parlamento ¹².

In conclusione, le tecniche di analisi della regolazione non solo costituiscono una risposta ai menzionati principi di necessità, proporzionalità ed adeguatezza delle regole alla luce di una

⁹ Tra i requisiti delle consultazioni delineati dalla Commissione europea con riferimento alle regolazioni comunitarie, il riconoscimento di un termine minimo di otto settimane per inviare contributi scritti e la valutazione dell'adeguatezza o meno della tecnica "*Notice and Comments*" per il coinvolgimento effettivo di destinatari della regolazione non organizzati costituiscono indicazioni di particolare rilievo per i regolatori indipendenti (si veda rispettivamente Com (2002) 0277 def. e Com (2006) 194 def.; EU IA *Guidelines*, draft ver. aprile 2008).

¹⁰ "Nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio". Così il Consiglio di Stato (VI, n. 7972/2006) con riferimento alle consultazioni dei regolatori indipendenti. Nello stesso senso anche Consiglio di Stato, VI, n. 2007/2006 e n. 2201/2006.

¹¹ La Commissione Ce evidenzia che l'Impact Assessment della regolazione comunitaria "contribuisce al processo decisionale ma non sostituisce il giudizio politico" (punto 4, comunicazione *L'impatto della regolazione*, Com (2002) 276 def); allo stesso modo, l'Air ad uso delle amministrazioni centrali "costituisce supporto alle decisioni dell'organo politico di vertice dell'amministrazione in ordine all'opportunità dell'intervento normativo" (art. 14, comma 2, disegno di legge n. 246/2005).

¹² "Le autorità di cui al comma 1 trasmettono al Parlamento le relazioni di analisi di impatto della regolamentazione da loro realizzate" (art. 12, comma 2, legge n. 229/2003).

valutazione delle alternative meno restrittive per il mercato e contribuiscono alla qualità formale (in termini di chiarezza, intelligibilità ed accessibilità del testo) e sostanziale delle stesse ¹³. Tali tecniche favoriscono anche l'affermarsi di un processo decisionale trasparente, partecipato e potenzialmente basato su elementi di evidenza empirica, così contribuendo alla legittimazione ed al rafforzamento dell'indipendenza della funzione regolatoria.

2 Analisi di impatto della regolazione indipendente: difficoltà, resistenze e possibili soluzioni

Le autorità amministrative indipendenti sono tenute, dal 2003, a sottoporre ad analisi di impatto le ipotesi di regolazione generale ¹⁴. Tale previsione costituisce il portato della rilevanza assunta dalla regolazione indipendente nel nostro ordinamento: il miglioramento del contesto regolamentare non può che coinvolgere anche le autorità amministrative indipendenti. In prospettiva, al fine di onorare l'impegno assunto in sede comunitaria di ridurre gli oneri amministrativi del 25% entro il 31 dicembre 2012, le autorità indipendenti potrebbero, inoltre, essere chiamate a misurare gli oneri derivanti da obblighi informativi imposti dalle loro regolazioni generali ¹⁵.

A cinque anni dall'introduzione del menzionato vincolo, lo stato dell'attuazione dell'Analisi di impatto della regolazione indipendente è quanto mai differenziato, andando dalla recente

¹³ Consiglio di Stato, sez. consultiva atti normativi, parere n. 2024/2007, Piano annuale semplificazione.

¹⁴ Nel nostro ordinamento, l'attenzione per l'Air si afferma solo a partire dagli anni Novanta, laddove tale strumento annovera un'esperienza già consolidata nel Regno Unito e negli Stati Uniti. Introdotta in via sperimentale per gli atti dell'amministrazione centrale nel 1999, nel 2005 la legge di semplificazione n. 246 ne prevede l'utilizzo in forma stabile alla luce di una disciplina procedurale definita con regolamento governativo d.P.C.M. 11 settembre 2008, n. 170.

¹⁵ La Misurazione degli oneri amministrativi (Moa) viene delineata ed applicata nei Paesi Bassi come alternativa all'erogazione di finanziamenti alle imprese sotto forma di definizione annuale di percentuali di risparmio da realizzare attraverso la soppressione di oneri che derivano da obblighi informativi imposti dai pubblici poteri. La tecnica viene, poi, perfezionata attraverso un apposito manuale del 2004, cui contribuiscono anche Danimarca, Svezia, Norvegia, Regno Unito. La Moa (o Standard Cost Model) viene successivamente adottata (con alcuni adattamenti) a livello comunitario per la riduzione degli oneri imposti in tale contesto, fino alla fissazione dell'obiettivo della riduzione del 25% entro il 2012 (Consiglio Europeo dell'8-9 marzo 2007). Con il Piano annuale di semplificazione 2007, l'Italia conferma l'impegno di riduzione e l'Accordo Stato, Regioni, Province autonome, Province, Comuni e Comunità montane (approvato in sede di Conferenza unificata nel 2007) fissa il medesimo obiettivo e concorda sull'esigenza di utilizzare a tutti i livelli di governo gli strumenti di analisi preventiva e successiva della regolazione al fine di migliorarne la qualità.

introduzione a regime (come per l’Autorità per l’energia elettrica ed il gas)¹⁶, ad una ormai pluriennale sperimentazione (quanto all’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni), alle prime riflessioni (Consob), alla completa assenza di interventi al riguardo (come nel caso dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici e del Garante per la protezione dei dati personali).

Un utilizzo così limitato potrebbe apparire paradossale, dal momento che la finalità intrinseca dello strumento (che offre al decisore indicazioni in ordine alla regolazione che presenta il maggior beneficio netto collettivo) dovrebbe far propendere per un ampio utilizzo in un’ottica di *better regulation* a tutto vantaggio di regolatori e regolati. In realtà, diversi fattori sembrano all’origine delle resistenze e dei ritardi.

In primo luogo, la normativa di riferimento non definisce con chiarezza l’ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo dell’obbligo di Air¹⁷. Solo in via interpretativa si ricava, infatti, il riferimento alle autorità di regolazione dei servizi pubblici (Autorità per le garanzie nelle comunicazioni¹⁸ ed Autorità per l’energia elettrica ed il gas), all’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, alla Consob, all’Isvap, alla Banca d’Italia, alla Covip, al Garante per la protezione dei dati personali. Tra questi soggetti, solo le autorità di regolazione dei servizi pubblici si sono immediatamente sentite chiamate all’utilizzo della tecnica Air, laddove i regolatori dei mercati finanziari hanno avviato riflessioni nel 2005, quando la legge di riforma del risparmio ha imposto la redazione di una relazione illustrativa delle “conseguenze sulla regolamentazione, sull’attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori”¹⁹. Allo stesso modo, la legge comunitaria 2004 ha chiarito che l’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici è tenuta a dotarsi “nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di organizzazione e analisi di impatto della normazione per l’emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione”²⁰. Sempre in via interpretativa, sembra di poter desumere che la finalità intrinseca dello strumento, volto a valutare l’impatto di interventi progettati sui destinatari finali (oltre che sul regolatore) comporti un’applicazione ai soli

¹⁶ La delibera GOP n. 96/08 ha sancito la conclusione della sperimentazione triennale nell’ottobre 2008.

¹⁷ “Le autorità amministrative indipendenti, cui la normativa attribuisce funzioni di controllo, di vigilanza o regolatorie, si dotano, nei modi previsti dai rispettivi ordinamenti, di forme o metodi di analisi dell’impatto della regolamentazione per l’emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione, e, comunque, di regolazione” (art. 12, comma 1, legge n. 229/2003).

¹⁸ Una conferma in questo senso deriva dal codice delle comunicazioni elettroniche, in base al quale “l’Autorità si dota (...) di forme o metodi di analisi dell’impatto della regolamentazione” (art. 13, commi 8, d.lgs. n. 259/2003).

¹⁹ Art. 23 della legge n. 262/2005 (si veda il documento di consultazione Consob 24 aprile 2007).

²⁰ Art. 25, comma 1, lett. c), legge n. 262/2005.

interventi generali di natura prescrittiva e con rilievo esterno ²¹. Tale delimitazione consente di escludere dai soggetti tenuti a redigere l’Air l’Autorità garante della concorrenza e del mercato, che adotta decisioni individuali di *adjudication* e segnalazioni/pareri non vincolanti in materia *antitrust* ²², nonché provvedimenti individuali inibitori di pubblicità ingannevole e comparativa illecita.

In secondo luogo, al grave ritardo nell’attuazione hanno presumibilmente contribuito resistenze “culturali” nei confronti di uno strumento che rende le decisioni più trasparenti, limitando la discrezionalità del decisore; l’utilizzo dell’Air comporta, infatti, che la motivazione della decisione finale evidenzia, seppure in estrema sintesi, la metodologia di analisi utilizzata ed i risultati emersi in termini di vantaggi e svantaggi per i destinatari diretti e indiretti a breve e medio-lungo termine, così come l’eventuale difformità rispetto all’opzione preferita. Queste stesse caratteristiche potrebbero, inoltre, far temere un aumento del contenzioso relativo alle regolazioni indipendenti; in realtà, se è pur vero che l’omessa formulazione dell’analisi in mancanza di previsioni che consentano esclusioni o esenzioni prefigura una violazione di legge, la realizzazione di un’analisi di impatto non formale dovrebbe diminuire (non già aumentare) i motivi di contestazione, quanto meno perché consente ai soggetti interessati di prendere parte alla gestazione di un’ipotesi di regolazione ²³.

In terzo luogo, la complessità intrinseca dello strumento (e dunque i tempi ed i costi a questo connessi) è da annoverare tra i fattori all’origine della resistenza all’utilizzo dell’analisi di impatto. Si tratta di difficoltà oggettive, ma il cui impatto può e deve essere circostanziato attraverso un utilizzo dell’Air “equilibrato”. Ciò significa calibrare attentamente le ipotesi di utilizzo ed il grado di approfondimento dell’analisi, come auspicato a livello comunitario e Ocse (e come deriva dall’esperienza di vari paesi); un’applicazione generalizzata dell’analisi rischia, infatti, di avere un

²¹ L’esclusione degli atti interni risulta confortata anche dall’approccio della Commissione Ce (comunicazione 16 marzo 2005) e dall’art. 23 della legge n. 262/2005 quanto ai regolatori dei mercati finanziari.

²² È la stessa legge di semplificazione del 2001 ad escludere dall’Air “i procedimenti previsti dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni”, vale a dire gli interventi di *adjudication* in materia di intesa restrittiva della concorrenza, di abuso di posizione dominante o di concentrazione e gli interventi che autorizzano intese in deroga al divieto. Gli unici provvedimenti generali con rilievo esterno che l’Agcm può adottare riguardano le autorizzazioni di categorie di intese (competenza mai stata esercitata) ed il programma di clemenza in applicazione dell’art. 15, comma *2bis* della legge n. 287/90 (in base al quale “l’Autorità, in conformità all’ordinamento comunitario, definisce con proprio provvedimento generale i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell’accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata ovvero ridotta nelle fattispecie previste dal diritto comunitario”).

²³ È chiaro che un esito di questo tipo dipende dalla “serietà” con cui viene condotta la procedura Air. Dalla meritoria esperienza di sperimentazione Air condotta dall’Autorità per l’energia elettrica ed il gas emerge che i due provvedimenti adottati a seguito di analisi di impatto approfondite non sono stati oggetti di impugnativa.

impatto negativo sull'efficienza delle procedure di regolazione, portando paradossalmente ad un aumento dei costi della regolazione. In quest'ottica andrebbero definiti, in sede di autoregolazione criteri di rilevanza delle regole da sottoporre ad analisi ²⁴. Questa esigenza emerge con chiarezza dalle “Guida per l'analisi di impatto della regolazione” 2008 dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas ²⁵, l'unico regolatore (a livello centrale e locale) ad aver completato e pubblicato analisi di impatto approfondite (e non solo formali). Al fine di giungere al risultato auspicato di un numero limitato di procedimenti/anno da sottoporre ad Air, è inoltre fondamentale la programmazione delle regolazioni generali ²⁶. Ne dovrebbe derivare una vera e propria “agenda regolatoria”, formulata tenendo conto (anche) della necessità di selezionare i provvedimenti più rilevanti in funzione delle risorse umane e finanziarie disponibili e dei tempi dati.

In quarto luogo, tra i fattori che contribuiscono ad ostacolare l'effettiva diffusione dell'Air vi è un frequente fraintendimento in ordine al connotato intrinseco dell'analisi, che in alcune ipotesi porta erroneamente a ritenere utilizzato lo strumento. Non è, infatti, possibile parlare di analisi di impatto in mancanza di una specifica misurazione dei vantaggi e degli svantaggi di un progetto di regolazione per i destinatari rispetto alla *baseline* ed alle opzioni alternative. Non può, dunque, essere considerata espressione di analisi di impatto una procedura caratterizzata dalla sottoposizione a consultazioni (seppure approfondite e ripetute) di una o più opzioni di regolazione, né la semplice considerazione delle “soluzioni alternative e meno gravose per il settore regolato rispetto a quella definitivamente adottata” (la cui mancanza ha portato all'annullamento da parte del giudice amministrativo di un provvedimento dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici) ²⁷. Né, infine, l'analisi economica effettuata in sede Air può essere identificata con quella volta ad individuare l'esistenza di imprese dominanti che costituisce il presupposto della regolazione delle comunicazioni elettroniche: come evidenziato, la prima si basa sulla misurazione degli effetti attesi dall'opzione di intervento preferita realizzata attraverso la quantificazione di vantaggi e svantaggi della *baseline* (la cosiddetta opzione zero) e delle opzioni alternative, mentre la seconda è volta

²⁴ Ad esempio, negli Stati Uniti è stata definita una soglia di rilevanza riferita alle *major rules* (“any rule that the Administrator of the Office of Information and Regulatory Affairs of the Office of Management and Budget finds has resulted in or is likely to result in an annual effect on the economy of \$100,000,000 or more”, 5 U.S. Code 803 2). Criteri di rilevanza non sono stati, invece, definite dal regolamento Air d.P.C.M. n. 170/2008, che si limita ad individuare esclusioni (disegni di legge costituzionale, atti normativi in materia di sicurezza dello Stato, disegni di legge di ratifica di trattati internazionali) e casi di esenzione (concessa dal Dagl su motivata richiesta in caso di necessità ed urgenza, e nelle ipotesi di peculiare complessità e ampiezza dell'intervento normativo e dei suoi possibili effetti).

²⁵ Approvata con delibera GOP n. 96/08.

²⁶ EU *Guidelines IA*.

²⁷ Obbligo che il Tar Lazio, Roma, III, 25 ottobre 2006, n. 1921 riconduce ai “principi di proporzionalità e di minore incisività”.

all'individuazione di una serie di indici di valutazione di diversa natura (quali la quota di mercato, la sua stabilità, la concorrenza potenziale, le risorse tecniche e finanziarie cui l'impresa può fare ricorso, il numero e la forza dei concorrenti, le barriere all'entrata) che contribuiscono a far ritenere che una determinata impresa possa decidere le proprie strategie commerciali senza subire condizionamenti; una volta individuata l'esistenza di operatori in posizione dominante, il regolatore delle comunicazioni elettroniche sceglie tra i rimedi a disposizione senza essere tenuto a quantificarne l'impatto.

3 Problemi aperti: organizzazione, procedura, decisione finale, supervisione

Nell'imporre il vincolo di Air alle autorità di regolazione, il legislatore non ha affrontato una serie di snodi che risultano di cruciale importanza per l'utilizzo a regime dello strumento, lacune solo in parte riconducibili al dovuto rispetto per l'indipendenza dei regolatori. Si tratta di aspetti non marginali che vanno dall'impatto dello strumento sull'assetto organizzativo dei soggetti, al rapporto tra procedura Air e procedimento amministrativo, al valore dell'esito dell'analisi per il decisore finale, alla verifica e supervisione della procedura e della relazione finale Air.

Quanto al primo aspetto dell'impatto sull'assetto organizzativo, la natura di strumento tecnico a supporto di decisioni "politiche" richiederebbe una separazione delle funzioni di istruttoria Air da quelle decisorie, al fine di evitare che la procedura di analisi sia influenzata da indicazioni estranee a quelle derivanti dall'analisi economica. Si tratta di una separazione che non può, peraltro, che essere tendenziale, nella misura in cui la procedura Air è strettamente intrecciata con quella che porta alla decisione finale (soprattutto nelle ipotesi in cui l'avvio della prima coincida con l'avvio del procedimento amministrativo). Inoltre, è lo stesso decisore politico a rilevare di frequente le esigenze di regolazione (che danno avvio alla procedura Air), anche attraverso consultazioni informali, i cui esiti contribuiscono successivamente alla formulazione le ipotesi di intervento.

In ordine al secondo aspetto, la definizione (in sede di autoregolazione) del rapporto tra il procedimento di regolazione e la procedura Air dovrebbe assicurare che l'analisi non si riduca ad un mero adempimento formale. La natura dell'Air comporta, infatti, che debba precedere, logicamente e temporalmente, la scelta dell'opzione di regolazione, per insistere su un'ipotesi di intervento, dovendosi dunque evitare che la scelta del regolatore sia limitata alle due opzioni del non intervento e dell'intervento attraverso lo strumento individuato nel provvedimento di avvio di istruttoria. Vi è,

poi, l'esigenza di rendere coerenti i tempi del procedimento amministrativo con i tempi della procedura Air (difficilmente determinabili *a priori*).

Particolarmente delicato è, inoltre, l'aspetto dell'impatto del risultato dell'analisi sulla decisione finale. Se è pur vero che gli esiti dell'Air non vincolano il decisore politico, da un lato un'analisi di questo tipo non può essere completamente ignorata, dall'altro andrebbe esplicitato in termini generali il valore che il regolatore intende attribuire all'Air, ad di là dell'ovvia natura di adempimento ad un obbligo di legge: un semplice documento che migliora la trasparenza del processo decisionale oppure un'indicazione "forte" dalla quale discostarsi solo sulla base di un'esplicita e specifica motivazione.

Un quarto aspetto riguarda la supervisione dell'attività svolta. A questo riguardo, la normativa ha imposto la trasmissione al Parlamento delle relazioni Air. Tale previsione, che peraltro non ha mai trovato applicazione²⁸, risulta non solo ampiamente indeterminata (nella misura in cui il legislatore non definisce i poteri esercitabili in caso mancanza o incompletezza dell'analisi), ma anche foriera di qualche timore per l'indipendenza dei soggetti interessati. È, dunque, importante che la fase della supervisione (là dove questa trovasse concreta attuazione) sia limitata ad una verifica del rispetto della sequenza procedurale, senza entrare nel merito delle scelte. Appare, invece, quanto mai auspicabile la definizione (in sede di autoregolazione) di un sistema di controllo dell'iter procedurale e sostanziale all'interno del regolatore indipendente, tale da consentire al decisore di verificare la coerenza dell'opzione finale rispetto alle esigenze rilevate, la diversificazione delle opzioni proposte e istruite, l'equidistanza nei confronti dei soggetti portatori degli interessi rappresentati, la congruità del metodo di analisi economica utilizzato. Ne dovrebbe derivare 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 ed assicurare che l'Air non si riduca ad un adempimento formale. Risultati, questi, cui potrebbe contribuire anche un sistematico confronto internazionale delle esperienze Air.

4 Qualità della regolazione indipendente: non solo Air

²⁸ Non sembra, infatti, rispondere all'esigenza di trasmettere al Parlamento le relazioni di analisi di impatto della regolamentazione realizzate (definita dall'art. 12, comma 2, legge 229/2003) neppure il sintetico riferimento alle analisi svolte contenuto nelle relazioni annuali dell'Aeeg sullo stato dei servizi e sull'attività svolta (si veda, ad esempio, la relazione 2007, vol. II, p. 131 ss.).

L'analisi preventiva degli impatti di un'ipotesi di regolazione non esaurisce gli strumenti di *better regulation*. Un passaggio imprescindibile per la qualità delle regolazioni è costituito dall'analisi *ex post* (come quella realizzata attraverso la Valutazione di impatto della regolazione-VIR o il semplice inserimento nella regolazione adottata di clausole di valutazione). Da un lato, infatti, la riflessione in ordine alle difficoltà incontrate in sede di applicazione (il *compliance analysis*) consente di correggere e migliorare le regole, dall'altro la valutazione successiva permette di considerare in concreto la persistente rilevanza, necessità ed adeguatezza delle regolazioni generali in risposta all'esigenza di residualità della regolazione. Inoltre, tale valutazione può essere l'occasione per verificare se l'opzione di regolazione indicata in esito all'analisi di impatto ha risposto alle esigenze ed obiettivi di regolazione individuati.

Una sorta di analisi *ex post* è stata imposta dalla normativa che ha introdotto l'obbligo di Air per le autorità indipendenti di regolazione, peraltro limitata alla "verifica degli effetti derivanti dall'applicazione di contratti predisposti mediante moduli o formulari ovvero di clausole e condizioni contrattuali normativamente previste o a contenuto generale"²⁹. Il carattere oscuro e lacunoso della formulazione ha portato ad una completa inattuazione della previsione. Il legislatore non chiarisce, infatti, il tipo di valutazione richiesta (limitandosi ad imporre una generica "verifica degli effetti"), il soggetto deputato alla supervisione (dal momento che al Parlamento deve essere indirizzata la sola valutazione preventiva) e gli effetti della valutazione (che solo in via presuntiva possono essere individuati in una revoca della regolazione non più adeguata). Né appare condivisibile la limitazione dell'oggetto dell'analisi, che avrebbe potuto più opportunamente estendersi agli effetti di tutte le regolazioni generali di natura prescrittiva e con rilievo esterno, salva la definizione di criteri di rilevanza.

Al contempo, non è da sottovalutare l'importanza della comunicazione dei risultati raggiunti attraverso l'analisi economica, facilitata da una adeguata formulazione del provvedimento finale, che contribuisce alla comprensibilità degli interventi e del percorso decisionale anche da parte di interlocutori non tecnici (ad esempio gli utenti finali di un servizio pubblico o tutti gli interessati dalle previsioni a tutela della privacy) in un'ottica di condivisione ed accettazione della regolazione.

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

5 Conclusioni

L'utilizzo delle tecniche di analisi della regolazione contribuisce significativamente alla qualità delle regole ed alla legittimazione dell'esistenza stessa di una regolazione indipendente, incrementando le garanzie procedurali ed imponendo un arricchimento della motivazione. Ciononostante l'Air (obbligatoria dal 2003) stenta a trovare applicazione nella prassi decisionale di quasi tutti i regolatori indipendenti. La complessità intrinseca dell'analisi di impatto, l'esigenza di competenze multidisciplinari, i costi connessi, la stessa trasparenza del processo decisionale che ne deriva ed il possibile incremento del contenzioso sono tra gli ostacoli principali ad un utilizzo diffuso. A questi fattori che contribuiscono a frenare la diffusione di questa tecnica si aggiungono i rilevati limiti della normativa di riferimento (quanto a regolatori e regolazioni interessate, ai poteri del supervisore ed ai rimedi in caso di mancanza o inadeguatezza dell'analisi). Cospicivamente, se è pur vero che l'introduzione nel nostro ordinamento dell'analisi di impatto della regolazione indipendente costituisce una relativa novità tra i paesi europei (in quanto utilizzata solo nel Regno Unito) tale rilevante innovazione rischia di portare con sé le premesse di una diffusa inattuazione.