

Luisa Torchia

La regolazione dei mercati di settore fra autorità indipendenti nazionali e organismi europei¹

1. I nuovi organismi europei di regolazione

L'istituzione dei nuovi organismi europei di regolazione – Eba, Esma, Eiopa, Berec, Acer, è una buona occasione per esaminare gli sviluppi recenti della regolazione indipendente nel quadro complessivo dei pubblici poteri². Le tendenze di fondo in materia possono essere illustrate – sinteticamente e non analiticamente, come si conviene ad una relazione di sintesi – guardando, nell'ordine, alle trasformazioni della regolazione di settore negli ordinamenti nazionali, alla valenza della dimensione europea e, infine, al ruolo che la regolazione indipendente va assumendo negli ordinamenti contemporanei.

2. Le trasformazioni della regolazione di settore: un moderno eforato

Le trasformazioni della regolazione di settore sono intelligibili soltanto se è chiaro e definito il quadro di riferimento contro il quale esse possono essere misurate.

Questo quadro di riferimento si è formato, originariamente, in modo diverso nell'ordinamento americano e negli ordinamenti europei³.

Negli Stati Uniti la regolazione si sviluppa con il *New Deal* e si configura come una estensione dell'area del potere pubblico. Le *independent regulatory agencies* sono nuovi apparati amministrativi, che esercitano nuovi poteri ed incidono significativamente su ambiti e materie prima lasciati interamente

¹ Testo della relazione di sintesi tenuta al Convegno dal medesimo titolo tenutosi a Milano il 19 ottobre 2011, con l'aggiunta di riferimenti bibliografici minimi.

² Per l'esame analitico delle caratteristiche di ciascun organismo di regolazione v. gli specifici contributi ad essi dedicati nel presente volume.

³ La differenza originaria fra l'esperienza americana e quella europea è in parte superata, oggi, dalla significativa convergenza degli ordinamenti, ma è ancora utile per spiegare la diversità dei toni e delle valutazioni nel dibattito pubblico sulla regolazione: v. in proposito, D. Moss, J. Cisternino (a cura di) *New Perspectives on Regulation*, 2009 e E. Balleisen, D. Moss (a cura di), *Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation*, ambedue disponibili su <http://www.tobinproject.org>.

all'autodeterminazione delle imprese. La regolazione introduce vincoli ed obblighi prima inesistenti e persegue fini e risultati che il mercato non è in grado di assicurare da solo: la tutela dei consumatori, la qualità dei servizi resi, la cura di interessi pubblici collettivi come, ad esempio, la tutela ambientale.

L'istituzione e lo sviluppo della regolazione indipendente estendono, quindi, i confini dell'influenza pubblica. Se si vuole riassumere con un segno questa tendenza, si può dire che regolazione significa, nell'ordinamento americano, "più Stato".

Di segno diverso è, invece, l'esperienza europea, e italiana in particolare.

Qui l'istituzione delle autorità indipendenti è coeva e strettamente connessa ai processi di privatizzazione e, soprattutto di liberalizzazione. L'apertura di settori prima dominati da monopoli, pubblici o privati, richiede necessariamente che il nuovo mercato sia regolato, innanzitutto per garantire la sua stessa sopravvivenza (altrimenti il monopolista *incumbent* riprenderebbe rapidamente il sopravvento, anche perché spesso mantiene il controllo della rete necessaria per svolgere i servizi) e comunque per garantire il rispetto degli obblighi di servizio pubblico da parte di tutti gli operatori.

Oltre che al fine di assicurare l'accesso al mercato ed impedire comportamenti anticoncorrenziali, a garanzia dei nuovi entranti, la regolazione indipendente diviene indispensabile nei settori in cui resta operante una impresa pubblica. In questi casi non è possibile affidare allo stesso soggetto – lo Stato – il ruolo di imprenditore e di regolatore, per l'evidente conflitto di interessi che si creerebbe. Il regolatore deve essere, quindi, indipendente dal governo e dall'indirizzo politico e la sua opera deve essere caratterizzata dall'assoluta imparzialità e neutralità rispetto agli operatori sul mercato⁴.

L'istituzione e lo sviluppo delle autorità indipendenti si inseriscono, quindi, in un processo di alleggerimento – e non di estensione, come nel caso americano – dell'intervento pubblico. Le autorità indipendenti sostituiscono apparati

⁴ Senza che ciò possa di per sé escludere, naturalmente, il fenomeno spesso denunciato della "cattura" del regolatore da parte dei regolati, a prescindere dalla sua natura indipendente o governativa.

amministrativi già esistenti – basti pensare alla Consob⁵ o all'Agcom⁶, per fare solo due esempi – e contestualmente si sostituisce la regolazione conformativa prima esistente – ispirata al modello del *command and control* -con una regolazione di tipo condizionale, volta a stabilire le regole del gioco e ad assicurarne il rispetto da parte di un arbitro terzo⁷.

Lo sviluppo della regolazione indipendente significa, comporta, quindi, negli ordinamenti dei paesi europei, e in quello italiano in particolare, una riduzione o comunque un alleggerimento della presenza pubblica e significa quindi, sempre per usare sinteticamente un segno, "meno Stato"⁸.

Per quanto riguarda specificamente la dimensione europea occorre fare ancora una ulteriore distinzione. Non esistendo uno Stato europeo, qui il problema della regolazione si pone sin dall'origine in modo diverso, perché la regolazione è l'unico strumento del quale il diritto europeo dispone per entrare nei compacti e complessi ordinamenti nazionali, per influenzarli ed indirizzarli.

Il diritto europeo non ha propri autonomi apparati di *enforcement* e si atteggia quindi come un diritto di regole, che gli apparati nazionali sono tenuti ad applicare negli ordinamenti nazionali, grazie all'elaborazione di strumenti come la primazia, l'effetto utile, l'applicabilità diretta, il mutuo riconoscimento, la responsabilità per violazione del diritto comunitario. Non a caso l'esperienza europea è stata definita come l'epitome dello "Stato regolatore", anche se oggi appaiono sempre più evidenti i limiti di una lettura restrittiva della formula.

Proprio per questo motivo è significativa la recente istituzione di veri e propri regolatori europei, tutti dotati di uno statuto comune e dotati di una struttura articolata, che non coincide con la sola "rete" dei regolatori nazionali. Si registra,

⁵ I controlli sulla borsa erano affidati al ministero del Tesoro, prima della istituzione della Consob.

⁶ La regolazione del settore delle telecomunicazioni era affidata ad un ministero e ad aziende autonome, prima della istituzione dell'Agcom.

⁷ Per un esame in dettaglio delle caratteristiche dei diversi tipi di regolazione sia consentito il rinvio a L. Torchia, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam, 1998.

⁸ Per una riflessione critica che inserisce lo sviluppo delle autorità indipendenti nella politica di liberalizzazione e nelle strategie di riforma degli assetti dei governi nazionali nell'ultimo quarto di secolo v. A. Roberts, *The Logic of Discipline. Global Capitalism and the Architecture of Government*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

infatti, un passaggio importante da una regolazione di natura solo funzionale ad una regolazione che comincia a valersi di strutture proprie e autonome.

Il dato nuovo emerge, non a caso, con l'attribuzione del carattere dell'indipendenza ai nuovi organismi, che di tale indipendenza godono sia nei confronti dei governi nazionali, sia nei confronti della Commissione e delle altre istituzioni europee (oltre che, naturalmente, nei confronti dei soggetti regolati). Lo statuto dell'indipendenza è attribuito, inoltre, con disciplina uniforme a tutti gli organismi, che pure si differenziano, invece, fra loro, a volte per l'organizzazione – come accade per il settore dell'energia – a volte per il tipo di rappresentanza riconosciuto alle autorità nazionali, come accade per l'Eba.

Ci si può allora chiedere se l'istituzione di regolatori europei sia lo specifico e peculiare modo in cui l'ordinamento europeo comincia a dare segni di statualità – sia pure nella forma "debole" delle autorità indipendenti - o se, viceversa, questi regolatori non sono e non saranno altro, in fondo, che una ulteriore proiezione in Europa delle autorità nazionali.

L'esperienza è appena agli inizi ed è quindi difficile dare una risposta definitiva, ma è utile in proposito ricordare che l'emersione di autorità indipendenti è oggi una caratteristica comune a tutti gli ordinamenti nazionali, nei quali è indicativa di una profonda trasformazione in atto nell'assetto generale dei pubblici poteri.

I poteri pubblici contemporanei sono caratterizzati dal superamento del principio di separazione dei poteri, da un accentuato processo di differenziazione degli apparati governativi e dalla diffusione di istituzioni non maggioritarie, poste al di fuori della logica *principal-agent*.

Riprendendo la metafora utilizzata in un recente studio sul diritto pubblico nell'ordinamento anglosassone⁹ si può dire che le autorità indipendenti si atteggiavano, negli ordinamenti contemporanei come un moderno eforato. Gli Efori erano, nell'antica Sparta, magistrati eletti dal popolo, per il periodo di un anno, con l'incarico di sorvegliare la condotta del re, della Gerusia, degli altri poteri dello Stato nonché la stessa attività dei singoli. Per dirla con Licurgo, il loro

⁹ M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 448 ss.

compito era garantire l'osservanza delle leggi ed impedirne la violazione: da parte dei cittadini, ma anche da parte degli altri pubblici poteri¹⁰.

Come gli Efori, le autorità indipendenti sono poteri pubblici capaci di grande impatto sulla società; ma caratterizzati da diversa legittimazione ed *accountability* rispetto ai tradizionali apparati amministrativi. Esse trovano nella dimensione europea, allo stesso tempo, un rafforzamento della propria capacità di regolazione nell'ordinamento interno ed una proiezione ultranazionale e l'interazione fra questi due aspetti diventa più complessa a seguito della recente istituzione di organismi di regolazione europea

3. La dimensione europea

Il processo di integrazione europeo ha assunto anche in relazione alla regolazione indipendente – come è accaduto per i sistemi amministrativi nazionali presi complessivamente - una duplice valenza.

La dimensione europea si è imposta, per un verso, alle amministrazioni nazionali, aggiungendo un ulteriore livello di *compliance* a quelli già esistenti. Le amministrazioni, e le autorità indipendenti, nazionali sono state incaricate dell'applicazione e dell'attuazione del diritto europeo e sono state chiamate a rispondere delle decisioni e dei comportamenti posti in contrasto con lo stesso diritto europeo.

La dimensione europea ha fornito, per altro verso, alle amministrazioni nazionali una proiezione oltre i confini nazionali, sia sul piano funzionale – perché i provvedimenti adottati spesso hanno effetti non limitati all'ordinamento nazionale

¹⁰ Si pensi, per fare qualche esempio relativo all'ordinamento italiano, ai poteri di segnalazione al governo e al parlamento attribuiti a molte autorità indipendenti, ai numerosi casi di pareri obbligatori che organi del governo centrale devono richiedere alle autorità indipendenti per l'adozione di alcune decisioni e, più di recente, alla facoltà, attribuita all'Agcm, di impugnare, dinanzi al giudice amministrativo, i regolamenti, gli atti amministrativi generali o i provvedimenti in contrasto con la tutela della concorrenza (art. 21bis della legge n. 287/1990, come modificato dall' art. 35, comma 1, del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con legge 22 dicembre 2011, n. 214..

di provenienza¹¹ - sia sul piano strutturale, perché i regolatori nazionali sono organizzati in reti, alle quali partecipa, con un ruolo di volta in volta più o meno significativo, anche la Commissione.

Questa seconda tendenza è particolarmente significativa per le autorità indipendenti, perché il diritto europeo ha spesso imposto il carattere della indipendenza come necessario per le amministrazioni nazionali chiamate a regolare o comunque a vigilare sui mercati, sulle reti e sul rispetto degli obblighi di servizio pubblico. L'uniformità, o almeno la convergenza nell'applicazione delle regole europee è, infatti, più facilmente raggiungibile tramite l'opera di autorità nazionali, ciascuna dotata dei medesimi compiti e garantita da un comune statuto di indipendenza, che non attraverso l'opera, inevitabilmente più legata alle contingenze e al contesto di riferimento, dei parlamenti e dei governi nazionali, o anche delle corti.

L'emersione, prima spontanea e poi via via formalizzata, di reti europee di regolatori nazionali ha consentito la creazione di uno scambio e di una consuetudine fra i regolatori nazionali e, allo stesso tempo, ha facilitato l'assunzione di un ruolo di preminenza funzionale, spesso non formalizzato, da parte della Commissione¹².

Questo assetto sta oggi evolvendo rapidamente, in alcuni casi con la creazione di un doppio livello di regolazione, con la contemporanea operatività di un regolatore comune e di un regolatore europeo, come nel caso dell'energia e, in altri casi, con un deciso sviluppo del regolatore europeo, che tende ad inglobare al suo interno la rete dei regolatori nazionali.

¹¹ Gli esempi sono numerosi, fra i più rilevanti basta ricordare le autorizzazioni ad istituzioni bancarie, assicurative o finanziarie, l'autorizzazione alla immissione in commercio dei farmaci, l'autorizzazione all'esercizio di professioni o alla produzione e fornitura di servizi, il rilascio di diplomi di studio e di qualifiche professionali.

¹² Il ruolo della Commissione è, peraltro, assai differenziato a seconda dei settori, anche in ragione del diverso grado di integrazione già raggiunto. basti pensare a settori diversi come il settore bancario, le comunicazioni elettroniche e la concorrenza. V. E. Chiti, *Le trasformazioni delle agenzie europee*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, pp. 57 ss.

L'attribuzione di uno statuto indipendente agli organismi di regolazione indica, almeno potenzialmente, l'evoluzione da un sistema di regolazione composita¹³, entro il quale i regolatori nazionali e la Commissione interagivano strettamente, mantenendo però ferma la distinzione di attribuzioni e la divisione della competenza, ad un sistema di regolazione integrata, nel quale si supera il sistema duale e si crea un centro d'imputazione unitaria della regolazione europea di settore.

La dimensione europea non consente, peraltro, di affrontare e tantomeno risolvere il principale problema della regolazione indipendente e cioè la tendenza al sezionalismo, che porta inevitabilmente con sé il rischio di cattura del regolatore da parte dell'industria regolata. Al coordinamento fra regolatori nazionali e fra regolatori nazionali e organismo di regolazione europeo in un dato settore non corrisponde, poi, naturalmente, un uguale grado di coordinamento dei diversi contesti nazionali in cui i regolatori operano e delle normative complementari – basti pensare alla disciplina dell'ambiente, o della pianificazione territoriale, o della salute – che restano inevitabilmente differenziate e incidono, quindi, con esiti diversi sulla regolazione in ciascun ordinamento.

Lo stesso sezionalismo deve essere considerato, però, oltre che per i suoi limiti, anche per i suoi vantaggi, specialmente evidenti per quanto riguarda la regolazione integrata europea. Il principale vantaggio sta nella concentrazione, in capo al regolatore (ora anche europeo) di settore, di un insieme di conoscenze e di capacità tecniche, di elaborazioni sottoposte alla prova dell'esperienza, di poteri esercitati a seguito di consultazioni e verifiche con gli interessati e, quindi, meno esposti ai venti mutevoli delle contingenze che così spesso indirizzano le decisioni delle istituzioni politiche in senso stretto.

Anche per queste ragioni lo sviluppo della regolazione indipendente nella dimensione europea è significativa di una più generale tendenza di trasformazione nell'assetto dei pubblici poteri contemporanei e della loro collocazione negli ordinamenti democratici.

¹³ In termini generali sul fenomeno v. il recente O. Jansen, B. Schondorf Haubold (a cura di), *European Composite Administration*, Intersentia, 2011.

3. Regolazione indipendente e democrazia

Il rapporto fra regolazione indipendente e democrazia è stata spesso descritto come contrastato, nel dibattito politico come in quello scientifico. Dalla critica della “*headless fourth branch*”¹⁴ nell’ordinamento americano, alla discussione sullo Stato regolatore in Europa¹⁵, alla ricerca di una specifica base di legittimazione per le autorità indipendenti nell’ordinamento italiano¹⁶, il fuoco della discussione si è via via spostato dalla collocazione dei regolatori indipendenti rispetto alla tradizionale e tramandata tripartizione dei poteri, all’esame della loro attività e della loro missione.

La convinzione ormai diffusa che la democrazia non si identifichi e soprattutto non si esaurisca con la tripartizione dei poteri¹⁷ e che la legittimazione del potere pubblico non si ottenga soltanto per mezzo del circuito rappresentativo, consente di guardare alla regolazione indipendente non più come ad una eccezione rispetto ad una regola intangibile, ma come ad uno strumento volto ad assicurare alcune essenziali condizioni di funzionamento della democrazia nell’esperienza contemporanea.

Fra queste condizioni, tre sono particolarmente importanti.

Le autorità indipendenti si pongono, innanzitutto, come fonte di unitarietà e coerenza della regolazione; e come garanzia dell’applicazione coerente ed uniforme della stessa regolazione, a fronte di un potere legislativo sempre più frammentato nell’esercizio e sempre più incoerente negli esiti. La turbolenza legislativa italiana è forse un caso a sé, ma la sovrapproduzione legislativa è un fenomeno comune a tutti gli ordinamenti contemporanei, come del resto

¹⁴ Il termine fu usato per la prima volta dal President’s Committee for Administrative Management (c.d. Brownlow Committee) e poi ripreso da M. Bernstein, *Regulating business by independent commissions*, 1955

¹⁵ Per tutti v. G. Majone, *Regulating Europe*, 1996

¹⁶ Per tutti v. F. Merusi, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000.

¹⁷ Per una acuta critica dell’adesione alla teoria della divisione dei poteri – qualificata come *social nostalgia* . e per la tesi che nella realtà contemporanea i poteri tradizionali – il Parlamento, il Governo, la magistratura – abbiano come compito principale il controllo di apparati amministrativi in continua espansione, v. E. L. Rubin, *Beyond Camelot. Rethinking Politics and Law for the Modern State*, Princeton, Princeton University Press, 2005.

dimostrano i ricorrenti tentativi di codificazione (con esiti ben diversi, peraltro, dalle codificazioni dell'800).

La regolazione indipendente si è dotata, inoltre, di strumenti e meccanismi che operano, allo stesso tempo, come fattori di legittimazione e come fattori di stabilizzazione delle regole. I procedimenti di consultazione e di *notice and comment*, l'obbligo di ricorrere alle analisi di mercato prima di modificare le regole, la diretta sottoposizione delle decisioni di regolazione al sindacato giurisdizionale, la continua interazione con le autorità di regolazione di altri paesi e con il diritto europeo, fanno sì che il potere di regolazione sia esercitato in modo più stabile, continuo e coerente di quanto non avvenga ormai per il potere legislativo, sempre più frequentemente esposto alle contingenze.

I regolatori indipendenti sono ancora nella maggior parte casi, infine, ispirati da una cultura professionale – legata naturalmente al mercato di settore – e non da una cultura manageriale. La cultura manageriale, che va divenendo prevalente negli apparati amministrativi tradizionali a scapito della cultura professionale, porta con sé l'indifferenza alle specificità del fenomeno da gestire e la convinzione che vi sia un insieme di regole – o di buone pratiche, secondo l'ultima moda – sempre liberamente trasferibili dal settore privato al settore pubblico e indistintamente applicabili all'esercizio di qualsiasi funzione pubblica. La regolazione indipendente si fonda, invece, almeno in ipotesi, ancora sul principio secondo il quale la conoscenza specialistica è una preconditione di un'attività di governo efficace¹⁸.

La regolazione indipendente presenta, quindi, forse in forme nuove rispetto al passato, il carattere fondamentale di ogni potere democratico: la limitatezza del potere, non solo quanto ad ambito di esercizio, ma anche e soprattutto quanto a coerenza dei vincoli strutturali e funzionali. La funzione essenziale e di fondo della regolazione resta, così, negli ordinamenti nazionali come in quello europeo, secondo una felice formulazione, “*the public use of private interest*”¹⁹.

¹⁸ F. Vibert, *The Rise of the Unelected: Democracy and the New Separation of Powers*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007-

¹⁹ T. K. McCraw, *Prophets of regulation*. Harvard University Press, 1984.

