



Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione

BERNARDO GIORGIO MATTARELLA

**Analisi di impatto della regolazione
e motivazione del provvedimento
amministrativo**

settembre 2010

INDICE

| | |
|---|----|
| Introduzione | 4 |
| 1. Di sperimentazione in sperimentazione | 4 |
| 2. Analisi di impatto e motivazione del provvedimento | 6 |
| 3. I costi della misurazione dei costi | 7 |
| 4. Cui prodest? | 10 |
| 5. Analisi di impatto e motivazione della legge | 13 |

Questo documento è soggetto a licenza Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 2.5.

Citare questo documento come: B.G. Mattarella, *Analisi di impatto della regolazione e motivazione del provvedimento amministrativo*, Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione, www.osservatorioair.it, settembre 2010.

Introduzione

“Occorrerebbe che al Governo e al Parlamento vi fossero sempre persone pronte a rispondere, a ogni proposta di legge, alle seguenti domande: se ne può fare a meno? Si può, alternativamente, regolare la materia con un articolo unico, delegando il resto e affidando all’esecutivo il potere di regolamentazione? Si può provvedere con la tecnica francese delle norme sostitutive di leggi esistenti? Si può evitare di citare norme vigenti, in modo da non costringere i lettori a defatiganti ricerche legislative? Quante norme abroga ogni nuova norma”.¹

Così, quindici anni or sono, Sabino Cassese segnalava l’esigenza di un uso moderato e consapevole dello strumento legislativo. In Italia si cominciava a parlare dell’analisi di impatto della regolazione - AIR, che era stata inventata e si era diffusa nel mondo anglosassone nel ventennio precedente.

1. Di sperimentazione in sperimentazione

Da allora, molte norme hanno previsto e disciplinato l’AIR, ma relativamente poche analisi di impatto sono state fatte, con effetti trascurabili sulla qualità della legislazione. Essa è stata prevista per la prima volta nel 1999, dalla prima legge di semplificazione². Le successive leggi di semplificazione hanno ripetutamente cercato di (ri)lanciarla, ma si è sempre rimasti al livello della sperimentazione, limitata a pochi atti, non particolarmente complessi. Tanto da potersi affermare che è “difficile un confronto tra Italia e gli altri: tutti gli altri l’AIR la fanno veramente mentre da noi si sono prodotti soprattutto norme e criteri per fare l’analisi ma non AIR effettive”³.

Altrettanto può dirsi per l’analisi tecnico-normativa (ATN), che ha natura più formale, in quanto serve a valutare non l’utilità e gli effetti delle nuove disposizioni, ma il modo in cui esse si inseriscono tra le norme vigenti, nonché il rispetto del diritto nazionale e delle

1 S. Cassese, *E per dicitte mettiamo in codice*, in “Mondo economico”, 29 maggio 1995

2 Art. 5, legge 8 marzo 1999, n. 50.

3 M. Martelli, *L’AIR in chiave comparata*, in “La tela di Penelope. Primo rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica”, a cura di A. Natalini e G. Tiberi, Bologna, Il Mulino, 2010, p. 139.

regole della tecnica legislativa. E anche per la valutazione di impatto della regolazione (VIR), che serve a valutare gli effetti degli atti normativi qualche anno dopo la loro emanazione: evidentemente, per poter eliminare o correggere quelli che non hanno prodotto i risultati attesi. Il che, come è facile immaginare, è spesso illusorio, perché l'approvazione di una nuova legge è spesso sostenuta da una forte volontà politica, che corrisponde alle spesso ingenuie aspettative dei cittadini, mentre l'abrogazione di una legge fallita equivale all'ammissione di un insuccesso, che non piace né ai politici né ai cittadini.

La disciplina legislativa vigente dell'AIR è quella contenuta nella quarta legge di semplificazione⁴: essa è piuttosto ben scritta, ma ha determinato un nuovo rinvio, perché ha demandato a regolamenti governativi la definizione delle norme di dettaglio. Solo nel 2008, con un regolamento governativo a sua volta apprezzabile⁵, la fase sperimentale si è finalmente chiusa e l'AIR è entrata a regime, almeno in teoria. Le norme menzionate, comunque, prevedono l'AIR solo per gli atti normativi del Governo e per i disegni di legge di iniziativa governativa, con esclusione delle leggi di iniziativa parlamentare (che, peraltro, come si è osservato in precedenza, sono oggi una merce molto rara). Nel frattempo, tuttavia, l'AIR è stata introdotta in molte regioni⁶ e si è diffusa per l'attività di regolazione di molte autorità indipendenti⁷, anche in forza di previsioni di legge⁸.

L'AIR è sicuramente uno strumento importante, che in altri paesi ha dato risultati apprezzabili: non nel senso di semplificare il diritto, ma almeno nel senso di non complicarlo inutilmente, evitando di introdurre costi eccessivi e di imporre ai cittadini e alle imprese adempimenti non necessari. Per quanto riguarda l'attività legislativa, però, essa risente non solo della lentezza con la quale è stata introdotta, ma anche della difficoltà di far valere le ragioni della razionalità legislativa, a fronte della frequente irrazionalità delle scelte politiche. Si afferma spesso, per esempio, che uno degli esiti possibili dell'analisi è

4 Art. 14, legge 28 novembre 2005, n. 246.

5 Decreto del Presidente della Repubblica 11 settembre 2008, n. 170. Successivamente sono stati adottati la direttiva del Presidente del Consiglio del 10 settembre 2008, sull'effettuazione dell'analisi tecnico-normativa, e il decreto del Presidente del Consiglio 19 novembre 2009, n. 212, sulla valutazione di impatto della regolazione.

6 Al riguardo, G. Tiberi, *La qualità della regolazione in un sistema di governance multilivello tra Unione europea, stati membri e regioni*, in "La tela di Penelope", cit., p. 33.

7 Ampia documentazione, al riguardo, in www.osservatorioair.it

8 In particolare, l'art. 12, legge 29 luglio 2003, n. 229, e l'art. 23, legge 28 dicembre 2005, n. 262.

l'«opzione zero», cioè la rinuncia ad adottare l'atto analizzato. Ma, perché questa opzione sia realistica, è necessario che la decisione spetti a un soggetto diverso da quello che ne propone l'adozione: un ministro, che propone un disegno di legge come messaggio politico, magari sperando in un ritorno elettorale, non riconoscerà mai che la sua approvazione è inutile o controproducente.

L'AIR, quindi, richiede che a elaborarla o a validarla sia un organo distinto e non eccessivamente condizionabile da quello che propone l'atto (almeno quando quest'ultimo è un organo politico: se invece è un'autorità indipendente, il problema può non esserci). Ciò purtroppo non avviene, perché l'ultima parola spetta sempre all'autorità politica, che da questo punto di vista non incontra limiti o correttivi.

2. Analisi di impatto e motivazione del provvedimento

Le difficoltà dell'AIR riflettono, per diversi aspetti, i problemi dell'ordinamento normativo italiano. Per rendersene conto, può tornare utile un paragone con un istituto tipico del diritto amministrativo: la motivazione del provvedimento.

Vi è, ovviamente, una differenza fondamentale tra l'AIR e l'ATN, da un lato, e la motivazione degli atti giuridici, dall'altro: la seconda accompagna gli atti già perfetti, le prime accompagnano proposte di atti, in vista delle fasi ulteriori del procedimento. Inoltre, dal punto di vista del contenuto, vi sono differenze, in particolare per quanto riguarda l'ATN, che in definitiva serve – tra l'altro – a verificare che le disposizioni normative siano scritte bene, utilizzando le parole giuste, facendo citazioni e rinvii in modo corretto e così via: aspetti che vanno sempre considerati, quando si elabora un atto giuridico, ma che non richiedono di essere considerati nella sua motivazione.

D'altra parte, all'ATN attengono anche aspetti relativi al rispetto dei limiti del potere normativo (per esempio, il rispetto delle competenze delle regioni o del diritto comunitario): aspetti che – per quanto riguarda il provvedimento amministrativo – sono considerati in quella parte della motivazione che viene chiamata “giustificazione”. Similmente, l'AIR attiene alle ragioni per le quali l'atto normativo viene emanato, e alle ragioni per le quali viene emanato con un certo contenuto: con riferimento alle quali, per il provvedimento amministrativo, si parla di “motivazione in senso stretto”. Nel complesso, vi è una

almeno parziale corrispondenza tra il contenuto di AIR e ATN e il contenuto di quella che, a proposito del provvedimento amministrativo, Massimo Severo Giannini chiamava “motivazione in senso largo”⁹. Naturalmente, peraltro, l’AIR dovrebbe dare luogo a un “discorso giustificativo”¹⁰ più approfondito rispetto a quello normalmente richiesto per i provvedimenti amministrativi, più simile forse alle motivazioni dei provvedimenti di alcune autorità indipendenti.

Da questo parallelo derivano alcune indicazioni utili. In primo luogo, la motivazione serve innanzitutto a indicare le ragioni che rendono necessaria l’emanazione del provvedimento e la fanno preferire alla mancata emanazione di esso, cioè al mancato esercizio del potere. In altri termini, l’AIR deve non solo “motivare”, ma anche “giustificare” l’atto normativo.

In secondo luogo, l’AIR, come la motivazione, ha una dimensione formale e una dimensione sostanziale, che devono essere compresenti: deve esserci ed essere completa, ma deve essere anche convincente, facendo riferimento al contenuto del provvedimento e alle ragioni per le quali le scelte in esso racchiuse sono corrette. Per la motivazione, si è storicamente affermato prima il profilo formale: poi i giudici amministrativi hanno imposto anche quello sostanziale, non accontentandosi di quanto le amministrazioni scrivevano nei provvedimenti, ma verificandone la veridicità. Per l’AIR, probabilmente questo passaggio non è ancora compiuto, perché essa viene per lo più compiuta sulla base di un questionario, che i ministeri proponenti compilano in modo un po’ affrettato, e si limita a descrivere il contenuto dispositivo dei provvedimenti proposti.

3. I costi della misurazione dei costi

In terzo luogo, il paragone indica che, come la motivazione del provvedimento amministrativo, anche l’AIR ha un costo, in termini di tempo e lavoro necessari per elaborarla e di rallentamento del procedimento. Il problema è stato ampiamente discusso negli

9 M.S. Giannini, *Motivazione dell’atto amministrativo*, in Enc. dir., XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, p. 256.

10 L’espressione è di A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 28 ss.

ordinamenti nei quali essa è stata introdotta da tempo. Negli Stati Uniti si è creata una forte contrapposizione tra la libertà dei regolati, che induce a limitare l'attività normativa e a esigere rigorose analisi di impatto, e la libertà dei regolatori che, a sua volta, rischia di essere appesantita da un eccessivo processo di analisi di impatto. Si parla di *paralysis by analysis*, cioè di eccesso di analisi di impatto, che determina una paralisi dell'attività stessa di regolazione¹¹.

Peraltro, chi ha misurato l'effetto delle procedure delle analisi di impatto della regolazione per verificare se – imponendo ai regolatori di rispettare alcune regole prima di produrre le norme – l'attività normativa risulta realmente rallentata, ha riscontrato che non vi è alcun rallentamento¹²: non è certo l'AIR a poter arginare il furore regolatorio di parlamenti e governi. L'analisi di impatto complica in parte l'attività normativa, elimina qualche legge o qualche regolamento inutile, ma senza incidere in modo sostanziale sul flusso di quell'attività.

Ciò, comunque, impone di riflettere sull'ambito di applicazione dell'AIR. Occorre considerare l'ipotesi di limitarla agli atti più importanti o più problematici dal punto di vista dell'impatto sul sistema normativo e della tecnica normativa: soprattutto se si considera che gli atti normativi del governo hanno già una relazione illustrativa, rispetto alla quale l'AIR si pone come un approfondimento. A volte, per certi aspetti, essa può perfino essere inutile: per esempio, non ha molto senso considerare l'«opzione zero» per un decreto legislativo, dato che la necessità dell'intervento normativo è stata già valutata in sede di approvazione della legge delega (normalmente, sulla base di un disegno di legge governativo, che avrà avuto la sua AIR). D'altra parte, come la motivazione del provvedimento amministrativo, l'AIR può essere più o meno approfondita, e l'approfondimento andrà graduato in relazione all'importanza e alla problematicità dell'atto.

Se l'AIR va usata in modo selettivo, a beneficiarne devono essere innanzitutto le leggi (o i decreti-legge e i decreti legislativi) più importanti, come quelle che pongono in essere le manovre finanziarie, per verificare i reali effetti che ci si può aspettare dalle varie misure introdotte e i loro costi. Eppure, la disciplina italiana prevede il contrario: a norma del menzionato regolamento del 2008, dell'AIR si può fare a meno non solo «in casi straordinari

11 Un analogo dibattito ha a oggetto il metodo dell'analisi costi-benefici: per una sua difesa, C. Sunstein, *Is Cost-Benefit Analysis for Everyone?*, in "Administrative Law Review", vol. 53, 2001, p. 299.

12 Si v., per es., G. Coglianese, *The Rethoric and Reality of Regulatory Reform*, in "Yale Journal of Regulation", vol. 25, n. 1, 2008, p. 85.

di necessità ed urgenza», ma anche «nelle ipotesi di peculiare complessità e ampiezza dell'intervento normativo e dei suoi possibili effetti». In altri termini, è bene valutare le cose più semplici e meno problematiche, mentre si può fare a meno di valutare le cose più complesse e problematiche.

Anche qui, il paragone con la motivazione dei provvedimenti amministrativi è illuminante. La legge n. 241 del 1990, come è noto, richiede la motivazione per i provvedimenti puntuali e non per gli atti normativi e amministrativi generali. È uno dei più gravi aspetti di arretratezza della disciplina italiana del procedimento amministrativo. La quale, per un verso, impone la motivazione ad atti semplici e non controversi, i quali non ne avrebbero realmente bisogno, e, per un altro verso, ne esonera gli atti più complessi e ampiamente discrezionali, i quali incorporano tante scelte che meriterebbero di essere motivate¹³. Lo stesso vale per le disposizioni in materia di partecipazione degli interessati al procedimento, che è a sua volta materia legata all'AIR, in quanto quest'ultima è un'ottima occasione di partecipazione.

Da questo punto di vista, la legge è arretrata sia rispetto alle leggi sul procedimento di altri paesi (come quella statunitense, che fu introdotta nel 1946 proprio per imporre obblighi procedurali e motivazionali alle agenzie, che negli anni precedenti erano state dotate di rilevanti poteri normativi), sia ad alcune leggi regionali, sia a disposizioni relative alle autorità indipendenti: per queste ultime, le stesse leggi, che impongono l'analisi di impatto della regolazione, richiedono spesso la motivazione.

Dunque, per la partecipazione al procedimento, per la motivazione del provvedimento e per l'AIR, la situazione è la stessa: norme generali inadeguate, che le escludono per gli atti più importanti e complessi, e norme speciali che le prevedono per determinate materie o autorità. Per l'AIR, peraltro, l'inadeguatezza delle norme generali è più grave, perché consente di non operarla, in particolare, per quei decreti-legge che costituiscono attualmente il canale normale di legislazione e che per definizione sono emanati – ovviamente solo in teoria – “in casi straordinari di necessità ed urgenza

13 Sugli effetti negativi di questo approccio si rinvia a B.G. Mattarella, *Il declino della motivazione (commento a Cons. St., sez. V, 8 febbraio 2007, n. 522)*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2007, p. 617.

4. Cui prodest?

Ma a che cosa serve, a chi serve l’AIR? È un processo o un prodotto? Deve essere fatta o deve essere espressa? In altri termini, serve a fare atti normativi migliori o a consentire il controllo sulla loro qualità?

A questo riguardo c’è una certa ambiguità nelle norme. Ma, se si riprende il paragone con la motivazione del provvedimento amministrativo, ci si rende conto che questa ambiguità è analoga all’ambiguità che ha sempre caratterizzato la giurisprudenza amministrativa in materia. Questa giurisprudenza, infatti, ha sempre oscillato tra la necessità che la motivazione ci fosse, come parte dell’atto, come componente della sua esternazione, e la necessità che essa fosse vera, cioè corrispondesse ai motivi reali, e che questi motivi fossero legittimi: la giurisprudenza è passata, cioè, dalla richiesta formale della motivazione a un sindacato di tipo sostanziale, che va oltre la motivazione come esposizione dei motivi (è quella che Giannini chiamava “dequotazione” della motivazione). La conclusione di questo processo è che la motivazione deve soddisfare entrambe le esigenze, quella formale e quella sostanziale: non a caso, la legge n. 241 del 1990 richiede che la motivazione del provvedimento amministrativo ci sia e sia completa, ma stabilisce anche che essa va redatta “in relazione alle risultanze dell’istruttoria”.

Anche l’AIR serve a entrambe le cose: deve essere fatta, perché serve a migliorare i risultati del processo legislativo, a lavorare meglio; ma deve anche essere espressa, perché è necessario un controllo su di essa.

Dal primo punto di vista, l’AIR è un adempimento istruttorio, va fatta mentre si elabora l’atto normativo; non deve essere giustapposta alla fine, per le stesse ragioni per le quali in tutto il mondo la giurisprudenza esclude l’integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento amministrativo (con qualche eccezione nella recente giurisprudenza amministrativa italiana, che da ultimo sembra però essere ritornata sulla retta via).

Dal secondo punto di vista, se non vi fosse un controllo esterno, l’obbligo di fare l’AIR (e di farla correttamente) rimarrebbe non sanzionato, quindi la previsione di essa rimarrebbe lettera morta. Il problema del controllo sulla corretta elaborazione dell’AIR, ha almeno tre profili: quello del soggetto, quello dell’efficacia e quello del rapporto con la motivazione dell’atto.

Che cosa succede se il Dipartimento degli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio, a cui il regolamento del 2008 affida il controllo sull’AIR svolta dai vari ministeri,

ritiene che un'AIR non è stata fatta abbastanza bene, e quindi il testo del provvedimento proposto è migliorabile, magari solo dal punto di vista della tecnica legislativa? In teoria, il Dipartimento può chiedere integrazioni e chiarimenti e formula le proprie valutazioni, ai fini dell'iscrizione del provvedimento all'ordine del giorno del Consiglio dei ministri. In pratica, queste barriere di tipo tecnico possono essere facilmente superate da una decisione politica, se il ministro decide di insistere perché il provvedimento sia iscritto all'ordine del giorno. Il rischio è che le regole sull'AIR facciano la fine di quelle contenute nelle numerose circolari relative alla formulazione tecnica degli atti normativi, che vengono periodicamente riproposte perché regolarmente disattese.

Non che la disciplina del regolamento sia criticabile. Al contrario, essa ha trovato un buon equilibrio tra il centro, cioè la Presidenza del Consiglio, e la periferia, cioè i singoli ministeri. Non altrettanto poteva dirsi per le direttive del Presidente del Consiglio che negli anni precedenti regolavano le varie fasi di sperimentazione: la prima, del 2000¹⁴, enfatizzava il ruolo delle strutture della Presidenza, e in particolare del Nucleo per la semplificazione, soppresso poco dopo; la seconda, del 2001¹⁵, faceva invece riferimento soprattutto ai "settori giuridico-legislativi" dei vari ministeri e all'opportunità di potenziarli, con iniziative di riqualificazione. Era un aspetto di un fenomeno più generale di spostamento del baricentro della politica di normativo. Il regolamento del 2008, invece, dispone correttamente che l'AIR venga condotta a livello periferico, ma prevede un controllo da parte di una struttura centrale. Ma si tratta di una struttura soggetta al potere politico, non meno di quelle periferiche.

Se il controllo è inefficace, l'unica soluzione è elevare il livello del rimedio, quindi investire del controllo anche organi che non siano sottoposti ai ministri. Per gli atti aventi forza di legge, è naturale pensare alla Corte costituzionale: se essa si serve dei lavori parlamentari, perché non dovrebbe servirsi anche dell'AIR e dell'ATN? Ma anche gli altri giudici potrebbero servirsene, per esempio per la valutazione della legittimità dei regolamenti, per la disapplicazione del diritto nazionale contrastante con quello comunitario, per la proposizione di questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia. Tutto ciò sarebbe più facile se la Costituzione italiana contenesse, come fanno altre costituzioni, riferimenti alla qualità

14 D.p.c.m. 27 marzo 2000.

15 D.p.c.m. 21 settembre 2001.

della normazione e ai controlli su di essa: ciò renderebbe evidente che le relative regole dovrebbero essere sottratte alla disponibilità delle maggioranze politiche, anzi dovrebbero operare come correttivi al principio democratico. Ma, anche in assenza di una simile copertura costituzionale, nulla dovrebbe impedire ai giudici di utilizzare l’AIR, quando c’è.

È evidente, peraltro, che, in questo modo, l’AIR cambierebbe funzione: non più soltanto strumento di controllo sul progetto di atto, ma anche strumento di controllo sull’atto. In questa prospettiva, si sfuma la differenza, rilevata prima, con la motivazione degli atti giuridici.

Come dimostrato dal caso del provvedimento amministrativo, la motivazione degli atti giuridici ha diversi scopi: essa serve non solo a consentire il controllo del giudice, ma anche ad assicurare la trasparenza, a consentire il controllo diffuso sugli atti stessi. L’AIR può prestarsi bene a svolgere questo compito: oltre che ai giudici, essa potrebbe essere utile all’opposizione parlamentare e, in generale, al pubblico. Essa, quindi, dovrebbe confluire nel preambolo degli atti normativi, in funzione di motivazione, ma dovrebbe anche essere pubblicate, e non considerata un fatto interno all’elaborazione normativa del governo.

5. Analisi di impatto e motivazione della legge

Ovviamente, attribuire all’AIR le funzioni tipiche della motivazione degli atti giuridici ha senso, allo stato, solo per gli atti normativi del Governo. Non, quindi, per i disegni di legge di iniziativa parlamentare. È ben noto che nel nostro ordinamento la legge non è motivata. Peraltro, una norma ancora vigente della prima legge di semplificazione consente alle commissioni parlamentari di chiedere al governo una relazione contenente l’Air sui progetti di legge e sugli atti normativi al loro esame¹⁶, e simili previsioni sono state introdotte anche nel Regolamento della Camera.

Il discorso sull’AIR, così, finisce fatalmente per sfociare in quello sulla motivazione delle leggi¹⁷. A questo riguardo, si può osservare che sono progressivamente venuti meno gli argomenti che giustificavano l’assenza di motivazione delle leggi.

16 Art. 5, co. 2, legge n. 50 del 1999.

17 Sul quale, di recente, S. Boccalatte, *La motivazione della legge. Profili teorici e giurisprudenziali*, Padova, Cedam, 2008.

La motivazione degli atti dei pubblici poteri, infatti, si è imposta storicamente per due ragioni alternative: per la presenza di controlli sull'atto (è il caso degli atti amministrativi); o perché l'atto è espressione di un potere limitato, è emanato sulla base di una competenza non generale, quindi il suo autore deve "giustificare" l'esercizio del potere (è il caso degli atti normativi comunitari). Per la legge, nessuna di queste due condizioni esisteva in epoca precostituzionale. Poi, la Costituzione del 1948 ha introdotto il controllo della Corte costituzionale (e anche qualche limite alla potestà legislativa statale). La riforma costituzionale del 2001 ha pienamente realizzato anche il secondo presupposto (la potestà legislativa dello Stato non è più generale, ma limitata a determinate materie) e ha rafforzato il primo, almeno in ordine all'allocatione delle funzioni amministrative (in assenza di motivazione della legge, il controllo sul rispetto dell'art. 118 è pressoché impossibile, infatti la Corte costituzionale di fatto non lo svolge).

Entrambe le ragioni della non motivazione delle leggi sono quindi venute meno. L'introduzione dell'AIR, allora, può essere l'occasione per discutere dell'estensione l'obbligo di motivazione a tutti gli atti normativi.