

Senato della Repubblica
XV Legislatura
I Commissione Affari Costituzionali

**“Disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati e di
funzionamento delle Autorità indipendenti preposte ai medesimi”
(AS 1366)**

Sen. Massimo Villone

Relazione

I. Il sistema delle Autorità. Profili generali.

La proposta in esame costituisce certamente un elemento di rilievo nella iniziativa legislativa del Governo. Essa vuole essere una innovazione che, pur senza toccare tutte le Autorità, punta a un riordino significativo, a una semplificazione, a una prima ridefinizione in chiave di sistema. Certamente l'esperienza delle Autorità indipendenti ha avuto nel nostro paese un andamento discontinuo, non privo di elementi di occasionale proliferazione. Non si è finora prodotto un disegno organico per un segmento invero importante nella *governance* del sistema paese. E nella relazione alla proposta di questo si dà atto.

L'esigenza di riordino è reale. Quanto alla proliferazione, va ricordato che storicamente, e sul piano dell'esperienza e della letteratura anche internazionale, solo alcune Autorità ricevono un generale riconoscimento. Possiamo individuarle in quella per la concorrenza e i mercati, quella per la privacy, quella per le comunicazioni, ed infine quella per la borsa e i mercati finanziari. Nel nostro ordinamento, com'è noto, nasce per prima la CONSOB, nel 1974, come soggetto garante della regolarità e trasparenza delle negoziazioni nel mercato di Borsa, piuttosto che della concorrenza. Nel 1981 è istituito il Garante dell'editoria, che si trasformerà infine nell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (d'ora in avanti, AGCOM). Nel 1990 viene istituita l'Autorità garante della concorrenza e del

mercato (d'ora in avanti, Antitrust). Nel 1996 nasce il Garante per la protezione dei dati personali.

Non esiste un numero fisiologico, determinabile a priori in termini assoluti, di Autorità indipendenti. In ogni caso, è giusto affermare che la istituzione di soggetti – comunque denominati – in una posizione separata e di più o meno marcata autonomia e indipendenza rispetto al Governo va sempre valutata con prudenza. Il principio giusto può essere formulato così: vanno istituite tutte le Autorità indispensabili, e soltanto quelle indispensabili. La proliferazione va contrastata per almeno quattro ordini di motivi.

Primo. L'istituzione di una Autorità indipendente indebolisce la capacità del Governo di formulare ed attuare l'indirizzo politico, sottraendo all'indirizzo medesimo, in più o meno larga misura, l'oggetto rimesso alla competenza dell'Autorità.

Secondo. L'istituzione dell'Autorità indebolisce il circuito della responsabilità politica, non potendo questa farsi valere contro l'Autorità medesima, e non esistendo più un soggetto al quale far risalire la responsabilità in questione.

Terzo. La proliferazione delle Autorità innalza di molto il rischio – notissimo nella letteratura anche internazionale – della cattura del regolatore da parte del regolato. Questo, com'è noto, è il vero punto debole del sistema delle Autorità. Proprio l'autonomia e l'indipendenza verso l'esecutivo, e la sottrazione al circuito della responsabilità politica, diventano – da questo punto di vista – elementi di debolezza di fronte alla pressione di interessi che possono assumere – e spesso assumono - una rilevantissima portata. Ed è ragionevole affermare il principio che più l'Autorità è di settore, più alto è il rischio di cattura. Un caso da manuale per quanto riguarda il sistema italiano può probabilmente trovarsi nell'ISVAP, nella proposta opportunamente soppressa. Di certo, il modello Autorità ha espresso in quel caso un rendimento particolarmente basso, come testimoniano gli automobilisti italiani vessati dalle società di assicurazione ben più che in ogni altro paese europeo. E non è certo un caso che l'unico vero tentativo di intervenire nel campo sia stato assunto non dall'ISVAP, ma dall'Antitrust.

Quarto. Una proliferazione di Autorità può esprimere una tendenza a distorsioni clientelari, con grande spreco del denaro pubblico. È a tutti noto che le Autorità sono – tra gli apparati pubblici - un segmento assai costoso, con trattamenti economici per il personale in genere molto elevati rispetto alla media del pubblico impiego. Parimenti elevati sono i trattamenti dei membri degli organi di governo delle Autorità. E dunque esse costituiscono un obiettivo interessante per un ceto politico affamato di spazi da occupare.

È la debolezza della politica che in buona parte spiega la proliferazione nel sistema italiano – accanto a quelle “storiche” – di mezze Autorità, quasi Autorità, pseudo Autorità di varia natura e peso. La proliferazione dei soggetti pubblici è di certo uno degli elementi che destano oggi maggiore preoccupazione. È questa la forma più sofisticata e moderna dell’uso distorto e clientelare delle risorse pubbliche, dalle finte Autorità alle società miste di ogni composizione e caratura.

D’altra parte, il problema non è solo italiano. Ecco una citazione da un articolo del *Sunday Times* del 3 settembre 2006, sul tema delle *quangos*, abbreviazione per *QUasi Autonomous Non-Governmental Organisations*. Il termine è usato per descrivere un soggetto pubblico che “has responsibility for developing, managing and delivering public policy objectives at an ‘arm’s length’ from Ministers”. Quindi, in una posizione di indipendenza nominale rispetto all’esecutivo, ancorché di nomina governativa e sostenute da fondi pubblici. Assommano in UK - a quanto sembra - ad alcune migliaia:

“Quangos can prove useful for the government and for those who sit on them. It means that Whitehall can decant civil servants into such outside bodies and claim that it is cutting red tape. It can also use quangos for concealment: many do not have to provide answers under the Freedom of Information Act. For those who sit on the governing bodies they provide a lucrative source of income. Some quango heads earn more than £100,000 a year for just a few days’ work each month. There is a merry-go-round of the same people ... “. E l’articolo prosegue impietosamente con la descrizione delle nomine clientelari, e dello spreco di molti miliardi di sterline in vista di obiettivi - al meglio - evanescenti.

Non sfugge davvero la piena assonanza con le dure polemiche che in Italia hanno di recente investito la politica e le istituzioni, nazionali, regionali e locali.

II. Mercato e mercati. Autorità generaliste o di settore?

Sono dunque da valutare positivamente le proposte di semplificazione e razionalizzazione che il disegno di legge avanza. In particolare, la forte innovazione apportata per i mercati finanziari, con la soppressione, subito o in prospettiva, dell'Ufficio Italiano Cambi, dell'ISVAP, della COVIP, e del Comitato interministeriale credito e risparmio. E va anche ricordata la disciplina sulle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, nell'ambito della quale si dispone la soppressione dell'Autorità nazionale per la regolazione postale.

La disciplina sul settore dei servizi richiede, però, da altro punto di vista, una riflessione puntuale.

Va anzitutto attentamente scrutinata la scelta di collocare fianco a fianco, come si trattasse di realtà omogenee ed assimilabili, i tre soggetti che il disegno di legge individua come Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità: l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas, l'AGCOM, e quella – che la stessa legge istituisce (art. 5) per i servizi e l'uso delle infrastrutture di trasporto.

Sembra giusto infatti ritenere che vi sia una diversità sostanziale tra l'AGCOM e le altre. La genesi già chiarisce tale diversità. Come si è ricordato in precedenza, l'AGCOM discende dal Garante per l'Editoria. Origina dunque dalla necessità di allontanare dal decisore politico – secondo il più classico degli schemi – un settore come quello dell'informazione e della comunicazione, politicamente assai sensibile. Un settore, poi, che non può essere guardato secondo una prospettiva esclusivamente di mercato. Esso tocca gli stessi fondamenti del sistema democratico, e concerne la titolarità e l'esercizio di diritti costituzionalmente protetti: manifestazione del pensiero, informazione, stampa, radiotelevisione, telecomunicazioni. Al merca-

to si guarda nella prospettiva di una necessaria difesa del pluralismo, e di altri interessi costituzionalmente rilevanti, prima che per il corretto equilibrio degli interessi economici degli operatori.

È dunque davvero un particolarissimo “mercato” quello di cui si occupa l’AGCOM. Se così non fosse, quel che fa nel nostro sistema l’AGCOM potrebbe ben essere affidato all’Antitrust. Invece, la nostra esperienza - in piena sintonia con quella dell’Europa e dei paesi che ne fanno parte – vede l’informazione e la comunicazione in tutte le loro forme affidate a distinta e diversa Autorità.

Ma queste ragioni non sostengono le altre due Autorità. Ad entrambe è assegnato un ruolo che guarda al mercato nel senso più stretto. E per esse si pone dunque la domanda se sia opportuno o meno avere Autorità volte specificamente a singoli segmenti del mercato. Ovvero, da altro punto di vista, se il mercato possa essere utilmente segmentato in una serie di mercati specialistici, ciascuno sorretto da una logica propria e diversa. Parallelamente, per le due Autorità si potrebbe bene ipotizzare, almeno in principio, che le loro competenze venissero assegnate all’Antitrust, riunificando in capo a questa un mercato certo diversificato, ma non segmentato. La domanda di fondo: è meglio una Autorità generalista, competente per la concorrenza ed il mercato ovunque emerga la necessità di regolazione e tutela; oppure una molteplicità di Autorità specialistiche e di settore, ognuna competente per un segmento di mercato?

Vi sono argomenti non banali a sostegno dell’unitarietà del mercato e parallelamente dell’unica Autorità generalista per la concorrenza. Argomenti formali e sostanziali.

Notiamo anzitutto che l’attribuzione della concorrenza alla potestà esclusiva dello Stato ex art. 117, comma 2, della Costituzione suggerisce di per sé che l’approccio regolatorio debba essere fortemente caratterizzato in senso unitario. La concorrenza diventa un elemento necessario della competitività di sistema. E quando si considera che la tutela della concorrenza nel mercato è il prodotto di uno sviluppo di tipo giurisprudenziale, attraverso le decisioni caso per caso, intorno al quale si struttura un tessuto di regole, è chiaro che il massimo dell’efficienza regolatoria si può raggiungere

solo attraverso un governo sostanzialmente unitario dei processi – invero complessi – che il regolatore mette in campo. Se la concorrenza deve essere un elemento della competitività di sistema – e non v'è dubbio che sia così – il regolatore unico appare come la scelta da preferire. In termini più banali, del resto, potremmo chiederci perché, nell'ambito di un sistema economico comunque fortemente integrato si debba aprire la porta alla possibilità che pezzi del mercato siano assoggettati a pressioni regolatorie in chiave di concorrenza comparativamente più forti, o più deboli, rispetto ad altri. Possibilità, questa, che inevitabilmente si apre nel caso di molteplicità e separatezza dei soggetti di regolazione. Unica eccezione, come si è detto, l'AGCOM: ma per il solo fatto che in quel caso non di solo di mercato in senso proprio si tratta.

Altro forte argomento viene dalla considerazione che più ristretto è il campo di interesse dell'Autorità, maggiore è la contiguità con gli interessi regolati, e più alto il rischio di cattura. Si è già citato l'ISVAP. Ma anche l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas non ha certo mostrato finora un record di attività entusiasmante. Ad Autorità specializzate non ha certo corrisposto una più efficace tutela della concorrenza. Al contrario. E non si porti l'argomento – invero debole - della insufficienza dei poteri attribuiti.

Probabilmente, poi, è corretto ritenere che la scelta tra Autorità generaliste e Autorità specializzate passi anche per il tipo di regolazione cui si guarda. *Soft law, soft regulation*, autoregolazione, meglio si coniugano con il modello di un'Autorità specializzata nel settore, cui sostanzialmente tocca il ruolo di favorire la migliore sinergia degli interessi permettendo ai portatori dei medesimi interessi di essere i primi attori nella definizione della regola. In questo modello il problema della cattura non esiste o si avverte assai poco, perché è fisiologico che l'Autorità sia vicina agli interessi in campo, e non abbia verso di essi alcun ruolo antagonista.

Al contrario, *hard law, hard regulation*, regolazione eteronoma indicano la necessità di un soggetto regolatore in posizione forte e solidamente autonoma di fronte agli interessi in gioco, in grado di resistere alle pressioni che gli interessi medesimi possono mettere in campo. Qui l'Autorità generalista è certamente più forte, perché la molteplicità dei settori su cui opera è la migliore garanzia che in nessuno di essi la pressione possa salire

tanto da giungere alla cattura. Ed è più forte anche perché in un mercato certo diversificato, ma non formalmente segmentato, è più agevole sviluppare prassi decisionali, prassi regolative e modelli comportamentali più stabili, omogenei e robusti, meglio in grado di resistere al vaglio giurisprudenziale.

Ancor più dal punto di vista dei consumatori e degli utenti può essere preferibile rapportarsi ad una Autorità generalista. Utenti e consumatori, diversamente dagli operatori economici, non si possono utilmente differenziare per segmenti di mercato, per il fatto di occuparsi di biglietti ferroviari piuttosto che di bollette del gas e dell'elettricità. E non è certo un caso che laddove si adottino modelli di regolazione specialistica si veda la nascita di *watchdogs* parallelamente ed esplicitamente diretti alla tutela di settore degli interessi di consumatori ed utenti. Questo anche se la medesima tutela è espressamente ed ex lege parte della *mission* del soggetto regolatore.

S'impone una riflessione approfondita sulla scelta di mantenere in vita l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, aggiungendo anzi ad essa la nuova Autorità per i servizi e l'uso delle infrastrutture di trasporto. Sono entrambe costruite come Autorità di regolazione "pesante". Si potrebbe allora utilmente concentrare tutto in capo all'Antitrust. Né deve far velo la menzione di rito che rimangono ferme le competenze di quest'ultima Autorità. È in realtà proprio ad essa che si sottrae un possibile e utile campo di azione, perché le due Autorità di cui si discute guardano appunto al mercato e alla concorrenza. E la prova emerge laddove si menziona che proprio con l'Antitrust debba esserci una necessaria interlocuzione.

Dunque, siamo di fronte a una scelta opinabile, e certamente molto costosa in termini di risorse. E non si risponda che pagano gli operatori interessati, perché il fatto che le Autorità si finanzino attraverso una sorta di tassazione occulta non esime certo dal cercare le scelte più razionali, efficienti, e con il massimo rapporto costi-benefici. In ogni caso, una scelta che contraddice in misura non marginale il dichiarato obiettivo di razionalizzazione e semplificazione.

Un'ultima considerazione sul punto del servizio idrico, che viene aggiunto al gas ed all'elettricità in capo all'Autorità di settore. Qui si avverte

in premessa la necessità di chiarire una volta per tutte se si ritiene che l'acqua sia assimilabile ad altri servizi nella prospettiva del mercato.

È ben vero che la proposta fa esplicitamente salvo il punto della natura pubblica (art. 4, comma 1). Ma è difficile sottrarsi all'impressione che si tratti di una salvezza puramente verbale, in omaggio soprattutto alla menzione che si trova nel programma elettorale dell'Unione. È del tutto ovvio, infatti, che l'ingresso dell'Autorità come soggetto regolatore e di tutela di consumatori ed utenti ha un senso solo nella prospettiva di un abbandono, totale o parziale, della natura pubblica anzidetta. Esplicitamente, del resto, il disegno di legge definisce in termini generali il ruolo delle Autorità in una chiave connessa a scenari di privatizzazione (e v. in specie, per il settore idrico, la delega di cui all'art. 4, comma 4).

E allora bisogna dirimere il punto politico. L'acqua è bene indispensabile, non sostituibile, per cui tutta la letteratura anche internazionale prevede una domanda crescente a fronte di un'offerta decrescente. Che in questo contesto si possa utilmente andare a scelte di privatizzazione è del tutto discutibile. Mentre è assolutamente comprensibile che sia fortissima la pressione degli interessi privati per entrare in un business che si mostra prevedibilmente a basso rischio ed alti profitti.

Senza una chiara presa di posizione, non si mostra accettabile l'inserimento apparentemente casuale del servizio idrico in un contesto che si può bene leggere – senza eccessiva malizia – come un suggerimento di scelte di privatizzazione. Com'è noto, esiste un ampio movimento di opinione, in Italia e nel mondo, che contrasta la privatizzazione dell'acqua. Di questo bisogna tener conto, anche nella proposta legislativa qui in discussione.

III. Nomina, indipendenza, finanziamento.

In Italia, il punto che ha maggiormente affaticato politica e dottrina con riguardo all'indipendenza delle Autorità è certamente il metodo di nomina dei componenti. Le soluzioni adottate sono state nel tempo molteplici. Nessuna soddisfacente.

Va detto, in premessa, che in altri sistemi la questione si affronta in modo diverso. L'esperienza britannica – che il disegno di legge in esame sembra avere in generale ben presente – mostra un'attenzione davvero scarsa al punto della nomina. In genere, la nomina fa capo al governo, e persino al singolo *Secretary of State*. Tale è ad esempio il caso dell'OFCOM, equivalente della nostra AGCOM. Una recente riforma (*OFCOM Act* del 2002) ha configurato un modello complesso, in cui il *Secretary of State* nomina un *Chairman* e una *Non-Executive Commission* (di natura sostanzialmente politica e di indirizzo). *Chairman* e membri della Commissione nominano a loro volta una *Executive Commission*, volta all'attività amministrativa e di esecuzione. Alla fine, potremmo dire che tutto fa capo al ministro. In modo non diverso, una recente riforma per la BBC – peraltro ritenuta di notevole portata – ha solo sganciato dal potere monocratico del ministro, attribuendolo alla decisione collegiale nella forma dell'*Order of Council*, la nomina di un *Trust*, che a sua volta nomina il *Board* della BBC, composto di membri *non-executive* ed *executive*.

Viene subito all'attenzione che - nei termini a noi usuali - presidi formali dell'indipendenza non ve ne sono affatto. Ma nessuno ritiene che questo indebolisca in alcuna misura le Autorità o i soggetti che si vogliono indipendenti. E nessuno propone in alternativa complessi e sofisticati modelli. Questo dimostra che l'indipendenza dal decisore politico trova la sua migliore garanzia di effettività nel contesto generale – politico e istituzionale – in cui operano gli attori principali. Di fronte a una politica forte e bene strutturata, consapevole dei propri limiti, l'indipendenza non rimane affidata alla forza apparente di stringenti regole giuridiche. Anche se il soggetto che si vuole indipendente non si allontana molto, in termini formali, dall'istituzione governo. Cosa dovremmo pensare, ad esempio, dell'attribuzione al *Secretary of State* di penetranti poteri di revoca nei confronti dell'OFCOM, anche per clausole generali e assolutamente indeterminate come l'inadempimento e la cattiva esecuzione del mandato?

Il contrario avviene in Italia. Una politica debole ma pervasiva, propensa all'autoreferenzialità ed all'autotutela per le vie poco trasparenti, se non occulte, dell'affiliazione partitica e di clan, genera regole apparentemente rigidissime e tuttavia – come fatalmente ogni regola – suscettibili di

prassi interpretative e applicative utilmente orientate, e tese ad un aggiramento.

La proposta in discussione si apprezza molto per alcuni versi, meno per altri. Si apprezza, ad esempio, l'introduzione – anche qui si avverte l'eco dell'esperienza britannica – di una procedura di evidenza pubblica per la presentazione di formali candidature. Con tale innovazione certamente si fa luce su una delle fasi oggi meno visibili e trasparenti nella procedura di nomina. Tutti ricordano i casi di candidature spuntate dal nulla nel volgere di una notte, come effetto di improvvise difficoltà tra le forze politiche chiamate a decidere. Parimenti si apprezza l'intento di definire una griglia generale di incompatibilità, e la previsione di limiti all'attività di lavoro e professionale anche successivamente alla cessazione dall'incarico. Questi elementi meritano una valutazione particolarmente attenta, perché concorrono in misura significativa a ridurre l'onnipresente rischio di cattura del regolatore da parte dei regolati.

È discutibile invece la previsione che alla nomina si arrivi attraverso la designazione da parte del Governo, e il parere vincolante di una Commissione bicamerale assunto a maggioranza di due terzi dei componenti. Commissione che è al tempo stesso l'interlocutore istituzionale permanente delle Autorità.

Il parere vincolante assicura che la decisione ultima si assuma in sede parlamentare. Di qui la necessità di avere una Commissione bicamerale permanente, per evitare ovviamente il rischio di una espressione divaricata tra le due Camere. Ed è chiaro che la previsione di un voto qualificato vorrebbe garantire la convergenza di maggioranza e opposizione su nomi di comune gradimento: convergenza in principio motivata dalla elevata qualità dei nomi medesimi.

Se andasse davvero così, il modello non sarebbe privo di pregio. Ma abbiamo già esperienza di voti in sede bicamerale a maggioranza qualificata. Così si vota per la Corte costituzionale, e di sicuro si genera la necessità di una convergenza bipartisan. Ma i precedenti dicono in chiaro che la spinta è verso la spartizione dei nomi tra maggioranza ed opposizione, a pre-

scindere dalla qualità. Se da una parte o dall'altra si proponesse il cavallo di Caligola, questo sarebbe – più o meno lietamente - votato da tutti.

Preoccupa, anche, che il meccanismo di nomina sia radicato in una Commissione bicamerale istituita ad hoc, che è ad un tempo l'interlocutore istituzionale permanente delle Autorità. Anzitutto, va detto che i numeri ristretti, e la minore esposizione pubblica, di certo non favoriscono le *best practices*. Al contrario. È alto il rischio di una eccessiva concentrazione di potere, da un lato, e del venire in essere di rapporti privilegiati – della cui qualità politica si potrebbe certo dubitare – tra commissari ed Autorità. L'esperienza recente dimostra poi che partiti e gruppi esercitano un controllo assai labile sui singoli parlamentari. Attribuire a pochi parlamentari in via esclusiva poteri di grande rilevanza per la durata di un'intera legislatura può essere di per sé ulteriore elemento di destrutturazione. In ogni caso, e in termini generali e di principio, come può lo stesso soggetto essere efficacemente titolare da un lato del cruciale potere di nomina, e dall'altro di poteri di vigilanza e controllo su chi ha nominato?

Si aggiunga che la trasversalità intrinseca ad ogni regolazione renderebbe difficile il rapporto tra la Commissione bicamerale e le Commissioni permanenti. Ad esempio: la valutazione degli effetti conseguenti alla regolazione rimarrebbe nella valutazione della Commissione bicamerale? E le Commissioni di merito? Sarebbe ovviamente alta la probabilità di sovrapposizioni, ovvero di ritagli ed espropriazioni a danno delle Commissioni permanenti. Da questo punto di vista, rischia di rimanere un puro omaggio verbale la previsione di salvezza delle Commissioni permanenti di cui all'art. 21, comma 4. Con ricadute negative evidenti sulla qualità del lavoro parlamentare, ed una possibilità non marginale di invasione della riserva di regolamento parlamentare.

È opportuno dunque ripensare il meccanismo proposto nell'art. 15, comma 3 e nell'art. 21. Anche volendo mantenere il parere vincolante a maggioranza qualificata della Commissione bicamerale – nonostante i limiti prima evidenziati – si potrebbe pensare che la stessa Commissione venisse istituita ad inizio di legislatura, ma per attivarsi esclusivamente in occasione delle nomine, e solo per quel fine. Un organo quiescente salvo che per l'occasione specifica. Lasciando alle Commissioni permanenti tutto il

resto. Questo consentirebbe un impatto minore sulla ordinaria organizzazione parlamentare, e ridurrebbe il rischio di ricadute negative sul *political process* concernente le Autorità. Probabilmente, potrebbe anche evitare la creazione dell'ennesimo carrozzone parlamentare, o almeno ridurne dimensioni e costo.

Una parola va infine spesa per il finanziamento. Nella proposta si fa una scelta generale per il finanziamento a carico dei regolati. Questa è sicuramente una opzione che trova ampi riscontri anche nell'esperienza comparata. Va però sottolineato che anche questo elemento va considerato da molteplici punti di vista.

Tra questi, non sembra marginale il peso che il finanziamento può avere sul rischio di cattura del regolatore, più volte menzionato. Se ci si trovasse di fronte ad un modello essenzialmente di autoregolazione, il finanziamento da parte degli operatori potrebbe ben apparire fisiologico e giustificato. Ma una Autorità portatrice di una regolazione pesante, soprattutto se in ambito settoriale e ristretto, il cui finanziamento fosse totalmente a carico degli operatori? Sembra ragionevole ipotizzare che in questa situazione potrebbero crescere i rischi di cattura. Ed è appunto questo il modello che emerge nella proposta.

È opportuno segnalare che non vanno considerate esclusivamente o prioritariamente le esigenze della finanza pubblica e di risparmio sui costi, pur rilevantissime. Le ricadute sul modello di *governance* complessivamente inteso sono rilevanti. E dunque per Autorità titolari di una regolazione "pesante", soprattutto se a carattere settoriale, probabilmente si consiglia un finanziamento di base a carico dell'erario, eventualmente prevedendo un concorso degli operatori a titolo di integrazione. Del resto, lo schema del finanziamento a carico degli operatori, con Autorità titolari di ampi poteri di auto-organizzazione, può favorire sprechi e costi impropri, non meno odiosi per il fatto che sono a carico del privato piuttosto che del pubblico, e persino più pericolosi per la capacità di indurre indebiti condizionamenti nelle decisioni regolatorie.

IV. Regolazione asimmetrica, concorrenza, antitrust.

Il ricorso alla regolazione asimmetrica è sicuramente un intervento particolarmente pesante sugli assetti che diversamente si formerebbero spontaneamente nel mercato. L'asimmetria è in ipotesi un intervento regolatorio differenziato su uno o più operatori, volto a correggere gli squilibri che li vedono in posizione di maggior forza rispetto ad altri, in una condizione che pesa negativamente sul dispiegarsi di una piena ed effettiva concorrenza.

La regolazione asimmetrica penalizza dunque alcuni operatori, favorisce altri, al fine di raggiungere un equilibrio ottimale per la concorrenza. Essa trova pertanto giustificazione in una insufficienza della lex mercatoria, e nella contemporanea esistenza di un soggetto dominante, così definito alla luce della disciplina antitrust applicabile. Questo immediatamente suggerisce che non si può guardare alla regolazione asimmetrica in sé, senza considerare ad un tempo la disciplina antitrust comunque operante. La regolazione asimmetrica entra dove la disciplina antitrust non è sufficiente, ad esempio a fronte dello squilibrio che comunque deriva dalla presenza di un ex-monopolista.

Disciplina antitrust e regolazione asimmetrica sono pertanto elementi costitutivi di un meccanismo regolatorio concettualmente unitario, e non possono certo operare al meglio in condizioni di separatezza decisionale ed operativa. Notiamo anzitutto che questo offre forti argomenti a supporto della tesi di un soggetto unico preposto alla concorrenza ed al mercato, di cui prima si è discusso. La regolazione asimmetrica è ancillare rispetto a quella antitrust. Sarebbe dunque più opportuno concentrarla nelle mani della relativa Autorità, che possiede le conoscenze e la competenza tecnica necessaria per valutarne i presupposti e la portata. Si eviterebbe così anche il rischio di contrasto tra regolazione asimmetrica delle Autorità di settore e regolazione antitrust dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Il nesso non è adeguatamente colto nell'art. 2 della proposta, che si limita nel comma 1 ad un richiamo – invero assai debole e indeterminato – al parere dell'Antitrust. Parimenti generico, e inidoneo a garantire coesione e sinergie, il riferimento ai limiti di legge di cui al medesimo comma 1. È

illuminante a tale proposito il confronto con la disciplina comunitaria, che introduce la regolazione asimmetrica nel settore delle comunicazioni elettroniche (Direttiva 21/2002: cd. Direttiva Quadro), subordinandola appunto all'accertamento della dominanza dell'ex monopolista, nonché all'insufficienza della disciplina antitrust. Da ultimo, il XII Rapporto della Commissione Europea sulle Comunicazioni elettroniche indica, tra i punti di riforma suggeriti, l'introduzione di più stringenti rapporti tra le Autorità di settore e le Antitrust nazionali. Mentre l'esperienza in UK, pur peculiare per molti versi, è sul punto interessante perché tra OFCOM e OFT (*Office of Fair Trade*, equivalente della nostra Antitrust) esistono procedure non lontane da quello che noi definiremmo come intesa o codecisione.

Né l'articolo 2 si mostra pienamente consapevole del fatto che la regolazione asimmetrica deve strettamente aderire alla tipologia e portata dei *defeats* del mercato. La misura asimmetrica ideale è idonea a correggere in via continuativa gli squilibri del mercato, e si applica con intensità continuamente decrescente, in parallelo alla correzione che viene in essere. La "temporaneità" richiamata nell'art. 2 si mostra invece come una misura staticamente sempre uguale a se stessa, vigente per un tempo determinato, breve o lungo che sia. È un concetto sbagliato. Ed è bene capire che una misura asimmetrica male definita ed attuata può conseguire l'effetto opposto a quello voluto, aprendo la porta a rischi di iper-regolazione, e divenendo essa un elemento di freno per il raggiungimento nel mercato di una più elevata efficienza competitiva.

Infine, una notazione sul punto della natura giuridica della regolazione, che viene suggerito dal generico richiamo ai limiti di legge di cui al comma 1. È oggetto di dibattito in dottrina la precisa collocazione nella gerarchia delle fonti del potere regolatorio. Senza aprire una discussione più appropriata in una sede scientifica, basterà qui sottolineare l'esigenza di una più puntuale definizione da parte del legislatore dei limiti e degli indirizzi di fondo che il soggetto regolatore deve osservare. Ciò sia per un'esigenza di sistema: riportare al decisore politico le scelte di cui è appropriato che qualcuno assuma una specifica responsabilità. Sia per l'esigenza pratica di non consegnare ad una conflittualità caso per caso attraverso l'impugnativa delle decisioni davanti al giudice la precisazione di quegli

stessi limiti. Anche da questo punto di vista la proposta in esame appare suscettibile di miglioramento.

V. Il procedimento. Regolazione e interessi. Consumatori e utenti.

Nella filosofia del disegno di legge la tutela dei consumatori e degli utenti viene assorbita nel complessivo modello di *governance* per Autorità. È appunto alle Autorità che quella tutela viene affidata in più punti (v. ad es. art. 2, comma 2; art. 4, commi 1 e 5; art. 5, commi 2 e 3; art. 6, comma 1, lett. a), d), f), h); art. 6, comma 2, lett. h), q), r). Si ritiene, quindi, che l’Autorità possa riassumere in sé la cura di una molteplicità anche eterogenea di interessi collettivi, da comporre in un disegno armonico. Ma proprio in questo possiamo trovare un punto debole nell’architettura della proposta.

L’autonomia e l’indipendenza delle Autorità sono teoricamente ad un tempo verso l’esecutivo e verso gli interessi economici in campo. Ma l’esperienza suggerisce che teoria e prassi non coincidono. E senza dubbio gli interessi dei consumatori e degli utenti sono, tra quelli in gioco, di fatto i più deboli.

Non è un caso che l’esperienza di altri paesi veda accanto all’Autorità di regolazione – nella fase più recente – la nascita di soggetti pubblici con la missione specifica di dare voce ad utenti e consumatori. Tale è il caso, ad esempio, in UK del *Consumer Council for Water*, del *Consumer Council for Postal Services*, o del *Rail Passengers Council*, ora *Passenger Focus*. Simbolicamente significativa la denominazione talora utilizzata di *watchdogs*: in senso letterale, cani da guardia. Se si ritenesse l’Autorità in grado di rispondere esaustivamente sul punto della tutela degli interessi di consumatori ed utenti, di un *watchdog* non vi sarebbe alcun bisogno. E tanto più significativo è l’esempio inglese in quanto il soggetto regolatore spesso non è in una situazione di netta separatezza rispetto all’istituzione governo, come si è visto. Ed è dunque almeno concettualmente non lontano da un soggetto in ipotesi esponenziale degli interessi di tutta la collettività. E si trova da questo punto di vista in una condizione di maggior forza rispetto all’ipotesi di cattura da parte dei regolati.

Vi è poi un altro elemento da considerare sul punto in esame. Davanti a qualunque Autorità gli interessi si confrontano e si compongono nell'ambito del procedimento attraverso il quale le decisioni regolatorie si formano e si adottano. E dunque, se si vuole valutare l'idoneità del modello a tener conto degli interessi di consumatori ed utenti, anzitutto al procedimento bisogna guardare.

La scelta fatta dall'AS 1366 è quella del *notice and comment* (art. 18). Un modello molto sperimentato, che si trova nell'*Administrative Procedure Act* (USA, 1946). Esso si articola essenzialmente in tre fasi. Anzitutto, il regolatore presenta una proposta ai soggetti che ritiene interessati (*notice*). Sulla proposta acquisisce le valutazioni di quei soggetti (*comment*). Su questa base, perviene ad una decisione conclusiva.

Per lungo tempo, questo modello è stato ritenuto idoneo ad assicurare una efficace partecipazione. E probabilmente in buona misura tale assunto risponde al vero. Ma sono almeno due i punti deboli. Anzitutto, è il soggetto regolatore che formula ed avanza una proposta. In questa fase preliminare non vi è partecipazione, né presentazione di interessi contrapposti. Soprattutto qui è alto il rischio di cattura del regolatore ad opera dei regolati. Se la cattura si realizza, la proposta sarà definita in conformità degli interessi dei regolati. I portatori di interessi diversi, e magari contrapposti – tipicamente quelli degli utenti e consumatori - partono con il peso di un handicap che può essere anche considerevole, e difficilmente recuperabile. Soprattutto considerando che – ed è questo il secondo punto debole - può essere lo stesso regolatore a scegliere gli interlocutori cui si richiede il *comment*. Ed è ovvio che anche questa scelta può essere fatta in modo – più o meno consapevolmente - volto a indebolire la capacità di effettivo contraddittorio.

Proprio la consapevolezza di questi punti deboli ha condotto ad una importante innovazione. Al *notice and comment* si è aggiunto – nell'esperienza statunitense – il modello della *negotiated procedure* (1990). Viene meno la proposta iniziale del soggetto regolatore, su cui separatamente si esprimono i soggetti, chiamati ad una valutazione secondo criteri di *standing* fondati già nella legge. La proposta si lascia emergere nel confronto e nel contraddittorio tra tutti gli interessi in gioco. Nessuna proposta

parte in vantaggio, e dunque nessun portatore di interessi definisce il campo di gioco e la mossa di apertura.

Si tratta, com'è evidente, di un modello congeniale ad una regolazione *soft*, a settori d'intervento in cui la molteplicità degli interessi contrapposti e il livello di possibile contrasto sono più limitati. Altresì, è un modello che garantisce strutturalmente meglio la visibilità degli interessi meno forti, che anzi – secondo una critica – ne ricevono un indebito vantaggio. In realtà, nessun modello procedimentale può garantire in termini assoluti che non prevalgano alla fine gli interessi più forti. Ed in specie garantire che utenti e consumatori non siano schiacciati alla potenza degli interessi economici. Ma è chiaro che il modello della *negotiated procedure* ha inteso rispondere alle critiche che l'esperienza pluridecennale del *notice and comment* aveva stimolato. E che almeno in principio costituisce un utile completamento del primo in vista di un modello di *governance* nel complesso equilibrato. Può essere forse collocato – nell'ambito di una lettura sistematica - in una posizione mediana fra etero-regolazione ed auto-regolazione.

Su questo punto la proposta suggerisce una riflessione ulteriore. La scelta di un modello unico, e in modo sostanzialmente rigido, merita attenzione. Va considerata la possibilità di soluzioni più flessibili ed aperte, che consentano approcci anche innovativi ad un'esperienza che di certo si segnala per il continuo cambiamento. E va sottolineata l'opportunità di una più specifica attenzione al profilo della tutela di consumatori ed utenti.

Sen. Massimo Villone

Roma, 12 aprile 2007