

LUCA LO SCHIAVO\*

## L’AIR NELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI

1. *L’introduzione dell’AIR nelle autorità indipendenti*1.1. *Preoccupazioni per la potestà regolamentare delle autorità*

A pochissimi anni dalla legge n. 481 del 1995, che per la prima volta forniva un quadro organico dei poteri e delle forme di *accountability* delle autorità indipendenti di regolazione dei servizi di pubblica utilità, da un’indagine conoscitiva avviata sul finire della XIII legislatura emergevano le prime preoccupazioni del Parlamento in merito ai nuovi organismi indipendenti: «Il problema di fondo resta la giustificazione teorica di poteri di produzione normativa in capo ad organismi che non godono di legittimazione democratica e che in ogni caso non rispondono agli organi del circuito rappresentativo. (...) La questione è ancora più delicata se si considera che la potestà regolamentare delle autorità si colloca in un contesto differente da quella governativa, per la sostanziale carenza dei vincoli procedurali per l’emanazione di un regolamento governativo posti dalla legge n. 400 del 1988» (Camera dei deputati, Commissione I, 2000, 212).

Negli stessi anni, era l’Ocse, *sponsor* globale della diffusione dell’AIR, a presentare nella prima *Regulatory reform review* dedicata all’Italia una soluzione alle preoccupazioni del Parlamento: richiamando la «necessità di sorvegliarne continuamente il funzionamento» e l’esigenza di «crescente attenzione ai profili di trasparenza e al funzionamento degli organismi» indipendenti di regolazione, l’Ocse osservava: «l’AIR italiana rispetta la maggior parte dei criteri di qualità della regolazione raccomandati dall’Ocse. (...) Si rilevano tuttavia alcune carenze di un certo rilievo. L’AIR copre soltanto i provvedimenti legislativi dell’esecutivo, e non anche i regolamenti emanati da altri soggetti pubblici come le autorità indipendenti» [Oecd, 2001].

Mentre in Italia, all’inizio della XIV legislatura, il Governo avviava tentativi di riforma delle Autorità indipendenti, con la dichiarata intenzione di ridurre alcune di queste al rango di agenzie governative, laddove non esercitassero funzioni di garanzia ma solo di regolazione, in altri Paesi d’Europa si muovevano i primi passi verso forme di rafforzamento della trasparenza dei regolatori indipendenti. Con l’esperienza della *External Efficiency Review* [WS Atkins Management Consultants and Oxera, 2001], in Gran Bretagna venivano in rilievo non tanto le garanzie procedurali, a cui iniziavano a guardare in Italia soggetti competenti portatori di interessi organizzati [Assonime, 2003], ma meccanismi nuovi, basati soprattutto sulla partecipazione dei soggetti interessati alla programmazione dei lavori degli ormai già numerosi organismi di regolazione indipendente britannici [Lo Schiavo, 2003].

Nel frattempo, alcune Autorità indipendenti di regolazione avevano già adottato in forma sistematica procedure di consultazione scritta preventiva rispetto all’emanazione di provvedimenti a carattere generale. Gli studiosi più attenti apprezzavano questa novità, arrivando a parlare di «democrazia del procedimento» [Cassese, 1999], di consultazione come «gioco cooperativo (a somma positiva) tra il regolatore, che acquisisce informazioni utili per decidere, e i soggetti regolati, che hanno possibilità di esprimere il proprio punto di vista e di influenzare il processo di regolazione» [Clarich, 2005] o come modalità di «legittimazione dal basso» [Chieppa, 2005], sovente indicando espressamente l’Autorità

---

\* Le opinioni riportate in questo articolo sono espresse a titolo *esclusivamente personale* e pertanto non impegnano in alcun modo l’istituzione di appartenenza.

per l’energia come modello nel modo di fare *notice and comment* preliminare all’adozione di provvedimenti generali [La Spina, Cavatorto, 2008].

### *Il quadro legislativo*

In Italia, l’AIR per le Autorità indipendenti di regolazione è stato introdotto nell’ordinamento con la legge di semplificazione n. 229/03: si è trattato «del riconoscimento della rilevanza assunta dalla regolazione indipendente nel sistema giuridico italiano ... e dell’esigenza di sottoporre a valutazione di impatto tutte le regolazioni generali rilevanti, indipendentemente dalla natura del regolatore» [Rangone, 2006]. In base all’articolo 12, comma 1, della legge n. 229/2003, sono vincolate a dotarsi di «nei modi previsti dai rispettivi ordinamenti, di forme o metodi di analisi dell’impatto della regolamentazione» le autorità amministrative indipendenti per l’emanazione «degli atti di loro competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione, e, comunque, di regolazione».

Nell’individuazione soggettiva del campo di applicazione, la norma si riferisce a «le autorità amministrative indipendenti, cui la normativa attribuisce funzioni di controllo, di vigilanza o regolatorie», anche se ai fini dell’applicazione dell’AIR vengono in rilievo «in particolare» le funzioni regolatorie generali. E’ stato notato che solo in via interpretativa è rinvenibile l’elenco degli organismi soggetti a tale vincolo di legge [Rangone, 2008], che non abbraccia solo le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed Autorità per l’energia elettrica ed il gas), ma anche altri organismi di differente natura quali ad esempio l’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, la Consob, l’Isvap, la Covip, il Garante per la protezione dei dati personali e (con tutta probabilità) la Banca d’Italia.

Prima di passare a esaminare alcune peculiarità della norma di cui all’art. 12 della legge n. 229/2003, è opportuno riferire che in alcuni settori tale norma è stata affiancata da altre disposizioni a carattere appunto settoriale che specificano – e in alcuni casi alterano – la previsione originaria. Così per esempio il Codice delle comunicazioni elettroniche, coevo della legge n. 229/2003, in base al quale «l’Autorità [delle garanzie nelle comunicazioni, *N.d.A.*] si dota (...) di forme o metodi di analisi dell’impatto della regolamentazione» (art. 13, comma 8, d.lgs. n. 259/2003); o, per il settore finanziario, la legge di riforma del risparmio ha imposto ai regolatori finanziari (espressamente indicati: Banca d’Italia, Consob, Isvap e Covip) 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» (art. 23 della legge n. 262/2005); o ancora, per l’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, la legge comunitaria 2004 riporta un obbligo del tutto identico a quello già fissato dalla legge n. 229/2003.

Non è questa la sede per un’analisi puntuale delle differenze tra le norme settoriali e la norma primaria “generale” (più precisamente, relativa a tutte le autorità) della legge n. 229/2003, di cui è invece opportuno segnalare alcune caratteristiche. In primo luogo, l’articolo 12 della legge n. 229/2003 parla in modo esplicito di «adozione» dell’AIR, da parte di ciascuna autorità amministrativa indipendente, pur rinviando all’autonomia di questi soggetti con il richiamo all’«ambito dei propri ordinamenti». Il rinvio all’autonomia decisionale delle autorità indipendenti non è venuto meno neanche con le norme in tema di AIR dettate dalla legge n. 246/06, che invece propugna una elevata standardizzazione delle modalità di adozione dell’AIR da parte delle amministrazioni centrali. All’autonomia riconosciuta dalla legge n. 229/2003 alle autorità indipendenti per introdurre l’AIR «nell’ambito dei propri ordinamenti» fa da contrappeso, in qualche modo, la previsione di

riferire al Parlamento: «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), anche se non viene dettata nessuna norma specifica sulle modalità di tale trasmissione (e così non è dato di sapere a quale organo specifico del Parlamento, in quali tempi e con quali effetti deve avvenire tale trasmissione). Infine, su un tema che potrebbe avere un notevole sviluppo, la valutazione degli effetti, la legge n. 229/2003 detta una norma che prevede la “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” (art. 12, comma 3, legge n. 229/2003). Tale norma, per il suo «carattere oscuro e lacunoso» [Rangone, 2008] sembra non aver avuto allo stato alcun riscontro attuativo, pur essendo il collegamento tra l’AIR e la valutazione degli effetti della regolazione (anche detta VIR, Valutazione dell’impatto della regolazione) di rilevanza cruciale per il successo della regolazione in generale e di quella indipendente in particolare.

## *2. Esperienze di analisi di impatto della regolazione indipendente*

A sei anni di tempo dall’introduzione della norma primaria della legge n. 229/2003, lo stato dell’attuazione dell’Analisi di impatto della regolazione indipendente è quanto mai differenziato, andando da una ormai pluriennale sperimentazione (come per l’Autorità per l’energia elettrica ed il gas e l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni), alle prime riflessioni (Consob e Isvap), alla completa assenza di interventi al riguardo (come nel caso dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, del Garante per la protezione dei dati personali, della Covip e, apparentemente, della Banca d’Italia).

### *2.1. Le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*

Senza dubbio le due le autorità indipendenti di regolazione dei servizi pubblici (per l’energia e per le telecomunicazioni) sono quelle che hanno dato maggiore attenzione – soprattutto nella attuazione pratica – al vincolo posto dalla legge n. 229/2003 (e per quanto riguarda in particolare i provvedimenti in materia di telecomunicazioni, dal Codice delle comunicazioni elettroniche). I percorsi sono stati diversi, ma assimilabili sotto almeno un profilo, peraltro importantissimo: quello dell’integrazione dell’AIR nel procedimento amministrativo di formazione dell’atto generale di regolazione. Le differenze sono peraltro piuttosto rilevanti, soprattutto sul versante procedurale di adozione dell’AIR, mentre a livello pratico entrambe le Autorità vantano una decina di casi concreti di applicazione dell’analisi di impatto a propri provvedimenti con pubblicazione delle relazioni AIR sul proprio sito internet – anche se la profondità di analisi appare piuttosto diversa tra le due Autorità.

L’Autorità per l’energia elettrica e il gas (Aeeg) ha recentemente concluso un proprio percorso di sperimentazione triennale dell’analisi di impatto, avviata nel 2005 a seguito di una pubblica consultazione [Aeeg, 2005a, 2005b]. Al termine della sperimentazione l’Autorità per l’energia ha adottato con espresso provvedimento pubblico una Guida AIR che, per quanto sia stata pubblicata sul sito internet dell’Autorità, «costituisce un documento a uso prevalentemente interno» [Aeeg, 2008, 3]. L’Aeeg è al momento l’unica autorità indipendente ad aver adempiuto formalmente al dettato di legge, adottando formalmente un proprio metodo di analisi di impatto della regolazione, oltre che dando regolarmente conto dell’andamento della sperimentazione e delle singole analisi effettuate: l’Aeeg ha infatti dedicato all’AIR una sezione della propria Relazione annuale, allegando altresì le relazioni AIR che venivano via via prodotte e pubblicate, in tal modo ottemperando l’obbligo di trasmettere le analisi al Parlamento fissato dalla legge 229/03.

L’approccio dell’Aeeg si caratterizza per alcuni aspetti che sono stati così sintetizzati in una recente pubblicazione del Servizio qualità degli atti normativi del Senato dedicato proprio all’esperienza dell’Aeeg in tema di AIR: «l’AIR quale configurata dalla Guida (dell’Aeeg, *N.d.A.*) ... può dirsi avere carattere *flessibile, processuale, programmatico e selettivo*» [Senato della Repubblica, 2008, III; corsivo nel testo]. Il giudizio degli Uffici del Senato appare in effetti particolarmente calzante: per quanto riguarda la flessibilità, la Guida non indica un unico percorso predeterminato ma piuttosto si limita a segnalare, per ciascuna delle questioni-chiave dell’AIR, i *requisiti minimi* (tavola 1), lasciando ampia flessibilità alla determinazione della specifica modalità di analisi in relazione a diversi fattori contingenti quali ad esempio la disponibilità delle informazioni, la concreta tipologia di regolazione in esame, il settore e l’attività a cui si riferisce.

Oltre alla peculiarità dell’approccio per *requisiti minimi*, un elemento importante dell’approccio Aeeg è effettivamente la processualità, nel senso che è evidente non solo dalla Guida ma dai casi concreti di applicazione dell’AIR (che sono tutti reperibili sul sito internet dell’Autorità) si evince lo sforzo di integrare l’AIR nel *mainstream* del processo regolatorio [Jacobs, 2006], nelle varie tappe che questo attraversa, dalla delibera di avvio del procedimento via via attraverso le fasi di consultazioni (ne sono previste di norma almeno due, una sulle “opzioni” e una sulle proposte finali, in modo da assicurare la più ampia partecipazione alla scelta dell’opzione preferita) fino all’adozione del provvedimento e alla pubblicazione integrale della relazione AIR. L’aspetto selettivo e programmatico dell’approccio AIR dell’Aeeg rileva soprattutto nell’inserimento della selezione dei procedimenti generali a cui applicare l’AIR nel quadro del processo di pianificazione strategica triennale e di programmazione operativa.

L’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) non ha seguito un processo formale di adozione dell’AIR ma ha comunque effettuato delle analisi di impatto, pubblicate sul sito dell’Autorità. Come per l’Aeeg, l’AIR si inserisce in un contesto di consultazioni pubbliche che per il settore delle telecomunicazioni avvengono a livello comunitario secondo una procedura comune a livello europeo. Un tipico documento di consultazione pubblica europea è composto di tre parti: la definizione del mercato, l’analisi della concorrenza (utilizzando procedure di analisi di mercato notevolmente standardizzate e armonizzate a livello europeo) e la valutazione dei possibili obblighi da imporre nel caso l’analisi della concorrenza si risolve nell’identificazione di un operatore dominante. L’eventuale imposizione di obblighi deve essere ispirata a principi e obiettivi comunitari, e può utilizzare un set di obblighi predefinito. In questo contesto, l’Agcom correda i provvedimenti di adozione di obblighi nei confronti di operatori dominanti con un “Allegato B” che contiene un’analisi di impatto che è sempre qualitativa ma deve essere letta insieme all’ “Allegato A”, ovvero l’analisi economica del mercato e della concorrenza.

**Tavola 1** - Contenuti minimi dell'Air indicati dalla Guida AIR dell'AEEG [delibera GOP 46/08, All.A; *in corsivo, sono indicati possibili contenuti facoltativi*]

Percorso	Logico							
	Contesto normativo	Motivazioni	Obiettivi	Ambito	Opzioni	Valutazione delle opzioni	Ricognizione e Consultazioni	
Cronologico	Delibera avvio	<b>SI</b> Solo elenco norme	<b>NO</b>	<b>SI</b> Solo obiettivi generali	<b>SI</b> Indicare il settore specifico su cui si interviene e i destinatari	<b>NO</b>	<b>NO</b>	<b>NO</b>
	Ricognizione (eventuale)	<b>SI</b> Se esiste un doc. di ricognizione	<b>SI</b> Specificare che possono essere modificate a seguito della ricognizione	<b>SI</b> Solo obiettivi generali	<b>NO</b>	<b>NO</b>	<b>NO</b>	<b>SI</b> Se esiste un doc. di ricognizione, indicazione dei tempi del procedimento (cfr. All. 5)
	I Doc. consultazione (termine min. per risposte: 4 settimane)	<b>SI</b>	<b>SI</b>	<b>SI</b> Obiettivi generali e specifici <i>Indicatori e valori obiettivo</i>	<b>SI</b> Indicazione settore e destinatari. <i>Caratteristiche destinatari (n., dimensioni, ecc.)</i>	<b>SI</b> Almeno 2 opzioni. <i>Opzioni da approfondire/da scartare</i>	<b>SI</b> Indicazione dei criteri di valutazione. Analisi qualitativa delle opzioni	<b>SI</b> Tempi del procedimento. Sintesi dei risultati della ricognizione (inclusi incontri tematici)
	Eventuale II Doc. consultazione (termine min. per risposte: 4 settimane)	<b>SI</b> Sintesi, rinviando al I doc di cons.	<b>SI</b> Sintesi, rinviando al I doc di cons.	<b>SI</b> <i>Indicatori e valori obiettivo</i>	<b>SI</b> Indicazione settore e destinatari. <i>Caratteristiche destinatari (n., dimensioni, ecc.)</i>	<b>SI</b> Descrizione opzione preferita e indicazione motivazioni della scelta	<b>SI</b> Approfondimento analisi qualitativa. Indicazione dei principali effetti delle opzioni. Comparazione delle opzioni. <i>Quantificazione principali effetti delle opzioni. Analisi concorrenza ed impatto ambientale</i>	<b>SI</b> Sintesi risultati I consultaz. e conseguenti decisioni dell'Autorità
	Relazione Air	<b>SI</b>	<b>SI</b>	<b>SI</b>	<b>SI</b>	<b>SI</b> Sintesi delle opzioni presentate nei vari documenti. Descrizione opzione preferita e motivazioni della scelta, evidenziando le variazioni rispetto al II doc. consultaz.	<b>SI</b> Sintesi delle valutazioni effettuate. Specificare se ed in che modo le valutazioni dell'Autorità sono cambiate rispetto al II doc. di consultaz.	<b>SI</b> Sintesi risultati II consultaz. e conseguenti decisioni dell'Autorità

Le analisi di impatto di Agcom hanno quindi di fatto una funzione ancillare, che completa l’analisi di mercato compiendo alcune valutazioni aggiuntive: ma è necessario tenere presente che l’analisi strutturata del mercato e del grado di concorrenza nella sostanza soddisfa già molti requisiti tipici della procedura AIR (in particolare per quanto concerne la consultazione, la discussione con i soggetti interessati, l’analisi economica della concorrenza e la motivazione del provvedimento finale).

Pur nella differenza notevole del percorso di adozione, le due Autorità indipendenti di regolazione dei servizi di pubblica utilità hanno effettivamente individuato forme e metodi originali di analisi di impatto, e si sono concentrate più di tutto nell’armonizzare l’AIR con le procedure di consultazione e di analisi economica già in essere, a prescindere dall’AIR. Le due Autorità scontano anche lo stesso limite: la mancanza o la limitatezza di analisi costi/benefici quantitative, che sono invece considerate dagli studiosi più attenti elementi essenziali e qualificanti dell’AIR: «non è 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. 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» [Rangone, 2008].

## 2.2. Le Autorità di regolazione del settore finanziario

A seguito della norma contenuta nella legge di riforma del risparmio (articolo 23 della legge n. 262 del 28 dicembre 2005), concernente i procedimenti per l’adozione di atti di regolazione, alcune autorità indipendenti del settore finanziario hanno avviato recentemente una consultazione pubblica sulle norme regolamentari di attuazione.

La Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob), ad esempio, ha emanato un proprio documento di consultazione (aprile 2007) nel quale ricostruisce il tessuto normativo sulla materia, ricordando in particolare per quanto riguarda gli obblighi di consultazione, l’art. 187-*quaterdecies* del Testo Unico della finanza e, relativamente al principio di proporzionalità, l’art. 12 della legge n. 229/2003, avente ad oggetto l’analisi di impatto delle funzioni di vigilanza e regolazione. La Consob ritiene che entrambe queste norme debbano intendersi assorbite dall’art. 23 della legge n. 262/2005 a tutela del risparmio, o addirittura implicitamente abrogate. In particolare, per quanto riguarda la relazione con la norma primaria “generale” della legge 229/2003, la Consob osserva che «mentre l’art. 12 della legge n. 229/2003 detta una disciplina di contenuto assai generico ... applicabile, in generale, a tutte le autorità amministrative indipendenti, l’art. 23 prevede norme dal contenuto maggiormente definito che, disciplinando in materia organica e completa l’intero procedimento amministrativo, si indirizzano, specificatamente, a quattro determinate Autorità» ed avrebbe pertanto valore di «disciplina speciale» [Consob, 2007, 2].

Nel presentare il regolamento attuativo, la Consob osserva che l’art. 23 della legge 262/2005 richiede alle Autorità del settore finanziario «di effettuare un’analisi incentrata essenzialmente sui costi delle varie opzioni praticabili idonee a conseguire, in ugual misura, il fine, con l’obiettivo di scegliere quella più conveniente per i destinatari». Pertanto, conclude la CONSOB, non sarebbe richiesta un’analisi costi/benefici: «il

legislatore, attraverso l’articolo 23, non chiede di accertare che i benefici conseguenti al raggiungimento del fine siano superiori ai costi necessari per acquisirlo» [Consob, 2007, 4]. La Consob pertanto si impegna a adottare «la soluzione che consegue le finalità individuate comportando minori oneri aggiuntivi per le imprese e per gli operatori» ma prevede di omettere l’analisi «nei casi in cui non vi sia una pluralità di opzioni possibili ovvero nei casi in cui la soluzione prescelta non comporti apprezzabili oneri per le imprese e gli operatori». Anche l’Isvap ha recentemente emanato un documento di consultazione, che contiene considerazioni del tutto analoghe a quelle della Consob. In particolare, anche la bozza del regolamento ISVAP contenuta nel documento di consultazione indica che la scelta idonea al conseguimento delle finalità della regolamentazione viene individuata «valutando le possibili scelte regolatorie volto al raggiungimento degli obiettivi stabiliti ... tenuto conto del minore sacrificio degli interessi dei destinatari» [Isvap, 2008]. A differenza della Consob, però, l’Isvap prevede che “l’analisi sulle conseguenze della regolamentazione”, che include la valutazione delle possibili scelte regolatorie (art. 4 dello schema di regolamento Isvap), sia illustrata nel documento di consultazione che precede l’adozione del provvedimento finale, mentre lo schema di regolamento proposto dalla Consob si limita a prevedere la pubblicazione di tale analisi solo nella relazione illustrativa di accompagnamento. Tanto la Consob quanto l’Isvap prevedono di pubblicare sul proprio sito internet delle osservazioni pervenute in esito alla consultazione, ma la Consob si impegna a pubblicare anche «il commento e le valutazioni svolte al riguardo» dalla Commissione (art. 3 dello schema di regolamento Consob).

Al momento, non risulta che né la Consob né l’Isvap abbiano, nonostante siano scaduti i termini previsti dalle consultazioni, effettivamente adottato il regolamento attuativo dei principi dell’art. 23 della legge 262/2005. Non risulta alcuna particolare iniziativa in merito né da parte della Covip né della Banca d’Italia, che pure sono espressamente richiamate da tale norma di legge, anche se in ambito internazionale l’AIR è stata applicata ad alcuni casi di regolamentazione bancaria [Cannata, Quagliariello, 2007].

### 2.3. *L’Autorità antitrust e altri organismi di garanzia*

L’Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) ha dedicato molta attenzione al tema dell’impatto della regolazione. Già nel 2001, in una segnalazione al Parlamento sul disegno di legge che poi portò all’approvazione della legge 229/2003, l’Antitrust suggeriva che «sarebbe opportuno ... che le analisi di impatto si applicassero soprattutto alle regolazioni suscettibili di produrre un impatto di rilievo sull’attività di impresa (*higher impact regulation*)» [Agcm, 2001], consigliando anche che le procedure di consultazione di tipo notice and comment «dovrebbe[ro] applicarsi ai procedimenti per l’adozione di regole tecniche da ministeri, agenzie, autorità indipendenti» (ibidem). Un punto di attenzione particolare dell’Autorità antitrust è stato quello di indicare come particolarmente critica la regolazione delle regioni in tema di attività commerciali: «i processi di consultazione e gli strumenti di valutazione di impatto ... dovrebbero essere applicati anche al livello regionale e locale» (ibidem). Sviluppando questo già elevato livello di attenzione per la qualità della regolazione, l’Agcm ha di recente proposto delle linee guida per un peculiare aspetto dell’AIR: l’analisi di impatto della regolazione della concorrenza [Agcm, 2008] a cui è seguito un caso di applicazione concreta in collaborazione con la Regione Toscana.

È la stessa legge 229/2003 ad escludere dall’AIR «i procedimenti previsti dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni», vale a dire gli interventi dell’Autorità antitrust in materia di intesa restrittiva della concorrenza, di abuso di

posizione dominante o di concentrazione e gli interventi che autorizzano intese. Il riferimento alle «successive modificazioni» della legge 287/1990 assume un rilievo di particolare importanza nel quadro del processo di *modernizzazione* dell’antitrust a livello europeo avviato dal Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, recepito nell’ordinamento italiano con le norme del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223 (noto come “decreto Bersani” e convertito in legge con legge n. 248/2006). Il decreto Bersani ha novellato la legge n. 287/1990 in più punti, il più rilevante dei quali è l’introduzione delle *decisioni con impegni*, ovvero la facoltà per AGCM di chiudere anticipatamente i procedimenti sanzionatori a seguito di impegni presentati dalle imprese coinvolte e a seguito di un *market test* che mira a verificare con i terzi cointeressati l’adeguatezza di tali impegni. Non è questa la sede per una discussione di merito di questa novella della legge italiana di tutela della concorrenza nel sistema della modernizzazione dell’antitrust a livello europeo (che fra l’altro è stata oggetto di un recente volume collettaneo, a cura di G. Bruzzone, 2008), ma appare necessario segnalare almeno che l’introduzione delle decisioni con impegni comporta un notevole aumento della discrezionalità delle autorità di tutela della concorrenza. E’ stato osservato infatti che se tale discrezionalità non venisse in qualche modo limitata «l’Autorità (Agcm, N.d.A.) assumerebbe una vera e propria posizione «regolatoria» definendo di volta in volta, mediante il ricorso al “patteggiamento”, ciò che le imprese possono o non possono fare» [Pera, 2008]. Il *market test* costituisce un primo limite alla discrezionalità, ma l’adozione da parte dell’Agcm di forme particolari di AIR in questo tipo di decisioni, con speciale riferimento ai profili della concorrenza e alla verifica del principio di proporzionalità, sarebbe un modo originale, anche se non richiesto per legge, per fugare del tutto i dubbi di chi segnala che in Italia l’istituto degli impegni gioca un ruolo ben più largo di quello «tendenzialmente marginale» (*ibidem*) che ha avuto finora a livello europeo.

Per completare questa breve rassegna sullo stato di attuazione dell’AIR nelle autorità indipendenti italiane, non resta che citare il silenzio in materia di altri due importanti organismi di garanzia: il Garante per la privacy e l’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (anche se la legge comunitaria 2004 ha chiarito che quest’ultima 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»: art. 25, comma 1, lett. c, legge 262/2005).

### 3. *Indipendenza e AIR: limitazione o rafforzamento?*

La breve rassegna compiuta nel paragrafo precedente permette di trarre conclusioni meno scoraggiate di analoghe analisi, che negli anni passati avevano – correttamente – dipinto uno scenario desolante di mancata attuazione delle norme legislative in tema di analisi di impatto della regolazione indipendente: «l’esperienza concreta, lungi dal far propendere per un esito di questo tipo, è connotata, nella migliore delle ipotesi, da un grave ritardo nell’attivazione del meccanismo AIR e nella formulazione della disciplina interna da parte delle Autorità indipendenti interessate, mentre nulla sembra essere stato fatto quanto all’introduzione della valutazione di impatto della regolazione» [Rangone 2007]; «ancorchè recentissime, le norme legislative adottate in tema di AIR per le autorità regolative sono in effetti rudimentali e lacunose, ben più dei percorsi che una singola Autorità indipendente [AEEG, N.d.A.] ha saputo delineare e perseguire (sia pure sperimentalmente), praticamente da sola» [La Spina, Cavatorto, 2008].

E’ vero da una parte che l’introduzione dell’AIR nei procedimenti delle Autorità indipendenti per la formazione di provvedimenti a carattere normativo generale registra ancora notevoli ritardi nell’attuazione concreta, a cinque anni dalla prima norma legislativa in materia. Ma è anche vero, d’altra parte, che le due autorità di regolazione dei servizi pubblici hanno avviato, con modalità peraltro assai diverse, sperimentazione concrete. Per il resto prevale, come spesso accade in Italia, l’attenzione verso la dimensione formale; di questo tipo almeno appaiono le reazioni di alcune tra le Autorità indipendenti sollecitate da ulteriori norme primarie a livello settoriale. Ma l’adozione di un regolamento interno, pur essendo un passo decisivo, non va confuso con la reale ed effettiva implementazione di questo strumento di supporto alla decisione regolatoria. Sotto questo profilo, l’attuazione dell’AIR nelle Autorità indipendenti non mostra di essere significativamente diversa rispetto alle amministrazioni centrali, dove pure l’attenzione è stata tutta spostata verso l’adozione del regolamento di attuazione previsto dalla legge n. 226/2005: regolamento che è stato poi effettivamente adottato, dopo due pareri interlocutori del Consiglio di Stato, ma senza un’effettiva sperimentazione alle spalle e con numerose criticità e contraddizioni [Natalini e Sarpi, 2009].

Data questa situazione in via di evoluzione, la considerazione meno confortante è la conferma ancora una volta della preminenza, nella cultura amministrativa italiana, della “conformità” rispetto all’attuazione e quindi, in ultima analisi, all’*efficacia*. Se l’evoluzione sarà positiva o meno, dipende da una serie di fattori – non ultimo, le risorse che le autorità sapranno investire per sviluppare specifiche competenze tecniche, anche attraverso inedite forme collaborative o attraverso i propri *network* europei, al momento ancora poco attivi sul tema della *regulatory impact assessment (RIA)*. Tra i fattori istituzionali, sarà in particolare il rapporto tra l’indipendenza e l’AIR, a cui sono dedicate le considerazioni che seguono, a giocare un ruolo decisivo per le prospettive dell’AIR nel panorama della regolazione indipendente (cioè, della regolazione posta in atto dalle autorità amministrative indipendenti).

### 3.1. *Uno strumento al servizio della legittimità della regolazione indipendente*

E’ fuori di dubbio che la norma primaria sia nata in un contesto di controllo delle autorità indipendenti, in particolare da parte del potere legislativo. E’ altrettanto indiscutibile che uno strumento come l’AIR, che rende le decisioni più trasparenti, di fatto limita la discrezionalità del regolatore; anche qualora il Collegio di un’Autorità indipendente volesse discostarsi, nella decisione finale, da quanto emerso in sede di analisi di impatto, dovrebbe comunque motivare la propria decisione e in particolare dovrebbe apportare ulteriori argomenti a favore della difformità rispetto all’opzione preferita dall’AIR, non considerati nel corso dell’AIR, pena la probabile sindacabilità in sede giurisdizionale del provvedimento, nell’ipotesi che l’AIR sia resa pubblica o comunque che non sia negato l’accesso ai soggetti che impugnano il provvedimento.

Secondo alcune analisi [Rangone, 2008], proprio la limitazione della discrezionalità sarebbe una delle ragioni alla base della mancata attuazione dell’AIR da parte delle Autorità indipendenti. E’ possibile che sia così, tuttavia la scarsa attuazione dell’AIR anche da parte delle amministrazioni centrali lascia pensare che la relazione tra indipendenza dei regolatori e AIR non sia a senso unico. Bisogna infatti considerare anche gli effetti sulla legittimità degli atti di regolazione – e quindi, in ultima analisi, sulla credibilità istituzionale delle autorità indipendenti - che l’adozione dell’AIR può comportare, se ben condotta. E qui viene in gioco un tema ancora per molti versi poco esplorato: la qualità dell’AIR.

In un recente contributo che mette a confronto le analisi di impatto svolte negli US a livello federale e in Europa dalla Commissione, si dimostra che il principio di proporzionalità che la Commissione usa nella propria procedura AIR, di fatto indeterminato, non aiuta a valutare la qualità delle analisi, non essendo chiaro se un’AIR di scarsa qualità è tale perché gli analisti non sono stati in grado di effettuarla (o non hanno avuto adeguati incentivi al riguardo) oppure perché hanno giudicato ex ante poco rilevante il provvedimento sottoposto ad AIR e, dunque, in ottemperanza al principio di proporzionalità, hanno effettuato un’analisi “leggera” (*light*). L’analisi è condotta attraverso un sistema di tipo “*scorecard*”, che consiste nell’identificare alcuni criteri essenziali (*key objective criteria*) che ogni analisi di buona qualità dovrebbe rispettare [Cecot *et al.*, 2008].

L’approccio di tipo “*scorecard*” al tema della qualità dell’AIR ha alcuni limiti. All’estremo, per ottenere un buon punteggio si rischia che l’AIR si trasformi in un esercizio del tipo *tick-the-box* e contribuisca a una forma di «ipocrisia organizzativa» dove una cosa è il discorso sull’efficienza delle scelte regolatorie [Radaelli, 2009] e un’altra è la pratica concreta dell’agenzia di regolazione. Per la valutare la qualità regolatoria si può adottare un approccio diverso, più legato al processo che l’AIR attiva: in questo approccio, una buona AIR non è tanto (o meglio: non solo) un’AIR che segue strettamente i passi o rispetta i criteri indicati dal manuale AIR, quanto piuttosto, e soprattutto, un’AIR che è pienamente inserita nel processo di formazione delle decisioni dell’autorità di regolazione. Questo significa che l’analisi di impatto comincia presto (all’inizio del procedimento), considera più di un’opzione, raccoglie evidenze qualitative e ove possibile quantitative da tutti i soggetti interessati, e coinvolge il decisore finale nel senso che «cambia il modo in cui i regolatori pensano la politica pubblica e il modo in cui i soggetti interessati – interessi organizzati, imprese e cittadini – sono coinvolti nel processo di formazione della politica pubblica e comprendono e considerano legittimo il quadro regolatorio» [Radaelli e de Francesco, 2007, 49-50].

E’ vero che la Commissione europea evidenzia che l’*Impact Assessment* della regolazione comunitaria «contribuisce al processo decisionale ma non sostituisce il giudizio politico» [Commissione Europea, 2002, punto 4] e che, 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» (legge n. 246/2005 art. 14, comma 2). Ma è altrettanto vero che l’AIR, una volta introdotta nell’ordinamento (e quindi diventata punto azionabile per l’impugnazione procedurale in sede giurisdizionale) può produrre effetti positivi che in ultima analisi rendono più efficace la regolazione e quindi più riconosciuto il regolatore.

Un esempio concreto di questa affermazione è l’analisi del contenzioso dei provvedimenti dell’Aeeg sottoposti ad analisi di impatto: se si considerano i provvedimenti sottoposti ad AIR adottati dall’Aeeg nel biennio 2007-08, si osserva una notevole riduzione dei ricorsi al giudice amministrativo (in alcuni casi, addirittura l’azzeramento dei ricorsi), a dispetto del livello di contenzioso medio sui provvedimenti generali di regolazione.

### 3.2. L’AIR nell’organizzazione delle Autorità indipendenti

Per esprimere al meglio le proprie potenzialità di elemento in grado di rafforzare la regolazione, e quindi di legittimare favorevolmente il regolatore indipendente in base ai risultati concreti positivi (*outcome*) della regolazione, l’AIR deve essere una linfa dell’organizzazione dell’Autorità indipendente, che si innerva in tutte le unità organizzative che contribuiscono alla formazione dei procedimenti: non deve essere quindi relegata in

funzioni di staff ma portata nelle direzioni di line che istruiscono i procedimenti e discutono con il Collegio le proposte di regolazione sottoposte a consultazione.

Per questi motivi, chi scrive non condivide l’avviso di chi propone una tendenziale separazione organizzativa, all’interno delle Autorità indipendenti, tra le funzioni di istruttoria AIR e quelle decisorie, al fine di evitare che la procedura di analisi sia influenzata da indicazioni estranee a quelle derivanti dall’analisi economica. Le funzioni di istruttoria e di decisione finale sono già separate per legge (ad esempio, per le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, si veda l’art. 2, comma 11, della legge n. 481/95); ma questo non impedisce – anzi, richiede – uno scambio continuo tra gli uffici che conducono l’istruttoria e il vertice collegiale dell’Autorità indipendente. E’ appunto da questa intensa dialettica – non accessibile da parte esterne – che può nascere un provvedimento equilibrato, che tenga conto adeguatamente delle osservazioni pervenute nella consultazione e pertanto accettabile dalle parti in gioco e non foriero di lunghi contenziosi giurisdizionali.

### 3.3. *La pubblicità dell’AIR*

Se è vero che la dialettica tra uffici e vertice collegiale dell’Autorità indipendente non è accessibile da parti esterne, ciò non comporta affatto una minore trasparenza della decisione. Al contrario, proprio il pieno inserimento dell’AIR nel processo regolatorio, a partire dall’avvio stesso del procedimento di regolazione, assicura la massima pubblicità non solo della Relazione AIR conclusiva ma anche – e soprattutto – dei diversi passi procedurali: dalla già richiamata delibera iniziale di avvio del procedimento, ai documenti di consultazione, alle risposte dei soggetti che partecipano alla consultazione (se non si avvalgono di una clausola di riservatezza), fino agli atti finali che indicano le motivazioni del provvedimento assunto in esito alla consultazione e all’analisi di impatto.

La piena pubblicità di tutti i passaggi fondamentali del procedimento costituisce sicuramente un tratto saliente dell’AIR applicata alla regolazione indipendente. Non v’è dubbio che una “relazione AIR” non pubblicata non può nemmeno considerarsi tale; ma la pubblicazione della sola relazione finale di per sé non è sufficiente a integrare quegli elementi di rafforzamento dell’indipendenza delle Autorità che invece una piena integrazione dell’AIR nel procedimento regolatorio può fornire. La piena pubblicizzazione di tutti i passaggi del procedimento (e anche un continuo aggiornamento del piano temporale di sviluppo del procedimento) costituisce anche un aspetto di comunicazione in quanto permette alle Autorità di spiegare meglio le proprie posizioni e le proprie decisioni, anche le più difficili e controverse: «non è da sottovalutare l’importanza della comunicazione dei risultati raggiunti attraverso l’analisi economica, facilitata da una adeguato *drafting* del provvedimento finale, che contribuisce alla comprensibilità degli interventi e del percorso decisionale anche da parte di interlocutori non tecnici in un’ottica di condivisione ed accettazione della regolazione» [Rangone, 2008].

### 3.4. *La selezione dei procedimenti di regolazione a cui applicare l’AIR*

Se dunque l’AIR può costituire un elemento di rafforzamento dell’indipendenza delle Autorità di regolazione, in quanto contribuisce alla loro piena legittimazione di organi tecnici svincolati dal circuito della responsabilità politica, una riflessione completa sul rapporto tra indipendenza delle Autorità e AIR non può prescindere anche dalle funzioni di controllo sull’esercizio effettivo dell’AIR da parte delle stesse Autorità. I profili che vengono in rilievo sono essenzialmente due: la selezione dei casi di procedimenti e

provvedimenti da assoggettare ad analisi di impatto, e le modalità e responsabilità del controllo sull’effettiva attuazione delle disposizioni primarie in tema di AIR per le Autorità indipendenti. Si tratta in entrambi i casi di questioni spinose, che possono mettere a repentaglio l’indipendenza delle Autorità.

La questione della selezione dei casi appare insufficientemente trattata dalle disposizioni di legge in tema di AIR applicata alle Autorità indipendenti. Tutte le disposizioni analizzate, infatti, sembrano riferirsi a un’applicazione integrale dell’AIR a tutti i provvedimenti di regolazione generale (oltre che di pianificazione) adottati dalle Autorità, salvo poi assecondare soluzioni più ragionevoli attraverso il riferimento all’autonormazione. E’ del tutto evidente che l’applicazione “a tappeto” dell’AIR a tutti i provvedimenti di regolazione generale non avrebbe altro effetto che quello di uno scadimento della qualità dell’AIR stessa, che rischierebbe di ridursi alla produzione di ridotte relazioni poco più che illustrative della decisione adottata, vanificando quel pieno inserimento dell’AIR nel processo regolatorio che abbiamo visto essere la condizione essenziale necessaria perché l’AIR diventi strumento di rafforzamento delle Autorità tecniche e della loro legittimazione.

A livello internazionale, non solo tutte le raccomandazioni Ocse vanno nel senso di un’applicazione selettiva dell’AIR, ma è interessante notare che, nel campo delle Autorità indipendenti, proprio l’Autorità britannica di regolazione del settore energetico, Ofgem, sicuramente il campione europeo in tema di AIR tra le Autorità di regolazione dell’energia europee, riporti nell’ultima relazione annuale di aver effettuato solo quattro procedure di AIR nel periodo aprile 2007 – marzo 2008, nonostante che le decisioni regolatorie rilevanti adottate nello stesso periodo siano ben più numerose [Ofgem, 2008, 45-46].

Se una soluzione selettiva è quindi da preferire, resta aperto il non facile problema di come provvedere a identificare i casi a cui applicare l’analisi di impatto (e, inversamente, della profondità dell’analisi economica). Soluzioni basate su indicatori di inclusione/esclusione appaiono a volte troppo meccanicistiche. Una soluzione diversa alla difficile questione della selezione dei casi da sottoporre ad AIR è quella di aprire una discussione pubblica su questo argomento con i soggetti interessati. Questa ipotesi ha il pregio di coinvolgere operatori, consumatori e portatori di interesse organizzati nella decisione di selezione, e di permettere un’utilizzo efficace delle risorse disponibili, senza svilire la qualità dell’AIR. Tuttavia, non è facile da realizzare, sia per i tempi che implica, sia perché richiede una propensione alla pubblicazione della “agenda regolatoria” che, pur essendo stata acquisita da tempo nel panorama dei regolatori anglosassone, è ancora un’eccezione alle nostre latitudini (l’Aeeg ha avviato da alcuni anni una pianificazione strategica triennale e operativa annuale di cui dà conto pubblicamente sul proprio sito internet e nelle audizioni generali annuali).

Una soluzione “mista” potrebbe essere quella di prevedere una “classe” di provvedimenti di regolazione a cui applicare comunque l’AIR e un’altra “classe” di provvedimenti per i quali lasciare discrezionalità caso per caso. La “classe” del primo tipo dovrebbe essere costituita da un numero molto ristretto di provvedimenti generali di grande importanza: nel caso della regolazione dei servizi di pubblica utilità, una siffatta “classe” del primo tipo potrebbe essere costituita, ad esempio per le autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, dai provvedimenti di revisione quadriennale della regolazione infrastrutturale, sia per quanto riguarda le tariffe di rete sia per quanto riguarda la qualità del servizio. La revisione quadriennale, infatti, in accordo con le tempistiche del price-cap tariffario applicato ai servizi infrastrutturali, interessa un numero di provvedimenti di grande rilevanza ma assai limitato anno per anno, e quindi genera un numero di analisi di impatto gestibile; inoltre, la caratteristica periodica di questi provvedimenti permette di

coniugare al meglio l’analisi di impatto con l’analisi degli effetti della regolazione vigente, dando luogo a un’effettiva sincronia tra AIR (del periodo successivo) e VIR (del periodo precedente).

Il collegamento stretto tra analisi *ex-ante* delle proposte e valutazione *ex-post* della regolazione in essere è in effetti una delle linee più caratterizzanti l’approccio dell’Autorità per l’energia [Torriti *et al.*, 2009] ed è foriero di numerosi benefici: «da una parte la riflessione in ordine alle difficoltà incontrate in sede di applicazione (*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» [Rangone, 2008].

Non si può negare in definitiva che la decisione finale sull’ampiezza e la numerosità dei temi di regolazione da sottoporre ad AIR implichi un buon grado di discrezionalità da parte del regolatore; di conseguenza, non si può nemmeno escludere che un domani il giudice amministrativo richieda alle Autorità di motivare la mancata applicazione dell’AIR – anche se in tal caso dovrebbe accettare come motivazione valida l’impossibilità tecnica, a risorse finite, di estendere l’AIR a tutti i provvedimenti di regolazione, qualora ovviamente l’Autorità dimostri di effettuare davvero un numero ragionevole di analisi di impatto ogni anno.

### 3.5. Il controllo sull’applicazione dell’AIR nella regolazione indipendente

Una volta assunto che le decisioni concrete nell’attuazione dell’AIR richiedono inevitabilmente una certa dose di discrezionalità da parte del regolatore, a partire dalla scelta di quali decisioni sottoporre a un’analisi sufficientemente approfondita, si può completare questa disamina del rapporto tra indipendenza e AIR toccando uno dei punti più delicati: chi effettua il monitoraggio e controlla l’effettiva applicazione dell’AIR da parte delle Autorità indipendenti?

Prima di provare a dare una risposta, sono necessarie due constatazioni di fatto. La prima è che l’AIR si è sviluppata in contesti istituzionali, come quello statunitense e quello britannico, fortemente basati da una parte sulla expertise delle agenzie/autorità regolatorie e dall’altra sul ruolo di uffici di valutazione come l’OIRA (*Office for Information and Regulatory Affairs*) statunitense e il britannico NAO (*National Audit Office*). Nel contesto istituzionale italiano, non si vede un’agenzia o un organismo di *evaluation* dotato della stessa forza, autorevolezza e competenza tecnico-economica. La seconda constatazione è che il modello di *accountability* al Parlamento delle AIR delle Autorità indipendenti disegnato dalla legge n. 229/2003 oggettivamente non ha funzionato: un po’ per la vaghezza della norma, ma soprattutto perché non è mai stata attivata una discussione pubblica nel Parlamento sull’attuazione di questa norma [La Spina, Cavatorto, 2008].

Qualunque soluzione tradizionale, di tipo «vincolistico» [Natalini e Sarpi, 2009], quale quella disegnata dal Regolamento di attuazione (DPCM n. 170/2008) previsto dalla legge 246/2006 che affida al Dipartimento degli affari giuridici e legali (DAGL) della Presidenza del Consiglio dei ministri la verifica dell’attuazione dell’AIR da parte delle amministrazioni centrali, è destinata – se applicata alle Autorità indipendenti – o al fallimento o al tradimento dell’indipendenza stessa.

Non costituisce invece, a parere di chi scrive, un tradimento dell’indipendenza la verifica della procedura AIR (o dei motivi della sua mancata applicazione) da parte del giudice amministrativo. Al contrario, visto che le Autorità indipendenti sono forse le uniche amministrazioni operanti a livello nazionale che effettuano la consultazione, e che

gli ultimi orientamenti della giurisprudenza amministrativa vanno nella direzione di ritenere ineludibile questa prassi anche in mancanza di un preciso vincolo legislativo, va visto con favore l’interesse del giudice per le procedure AIR; il vaglio giurisdizionale, anche in questo caso, dovrebbe ovviamente limitarsi alla verifica degli aspetti procedurali – e massimamente dei profili partecipativi – mentre, nel caso di mancata applicazione dell’AIR, dovrebbero essere considerate ammissibili motivazioni relative all’impossibilità pratica di svolgere un numero eccessivo di analisi in un dato periodo di tempo (ad esempio un anno), atteso naturalmente che il numero di AIR effettivamente dimostrabili nello stesso periodo non sia nullo o trascurabile.

E tuttavia, il ruolo ineludibile del giudice amministrativo, lungi dal costituire una minaccia dell’indipendenza (al contrario, il vaglio giurisdizionale è un elemento essenziale dell’indipendenza) non costituisce una soluzione al problema di quale debba essere il centro di verifica della policy dell’AIR per le autorità indipendenti. Per diversi motivi: in primo luogo perché il vaglio giurisdizionale si esercita solo in alcuni casi, e deve essere considerato che un’AIR ben condotta ha tra i propri effetti anche la riduzione del contenzioso, dal momento che le osservazioni dei soggetti interessati dovrebbero essere state adeguatamente tenute in conto fin dalla consultazione; in secondo luogo, perché la natura procedurale-legalistica della verifica del giudice amministrativo non riesce a entrare nel merito delle scelte tecnico-economiche che sono il sale di ogni analisi di impatto.

La soluzione va dunque ricercata proprio nei soggetti interessati dalla regolazione, tanto gli operatori “regolati” quanto i consumatori. E’ la loro voce, soltanto la loro voce, che può esprimere un giudizio sull’efficacia complessiva dell’introduzione dell’AIR nelle autorità indipendenti. Ma come fare? Non è certo una cosa semplice, ma uno spunto è offerto dall’esperienza della Commissione europea. L’idea di un rapporto di valutazione, commissionato da ogni Autorità indipendente a un istituto di valutazione che vada a rilevare la voce dei soggetti interessati, non è poi così peregrina, se anche la Commissione europea ha utilizzato strumenti di questo tipo e, soprattutto, ha pubblicato il rapporto finale di valutazione esterna, pur in presenza di giudizi di notevolissima franchezza tra cui spicca il seguente: “*The main problem reported was that IAs are too often found to be not objective, i.e. written only to justify a policy option that was chosen independently of the IA. As a result, IAs are largely discredited in the Cabinets as well as in the other EU Institutions*” [Evaluation Partnership 2007, 6].

#### 4. Conclusioni: alcune prospettive di policy

Si applicano *a fortiori* anche all’AIR le sagge considerazioni della Commissione europea in tema di consultazione pubblica: «Non è possibile creare una cultura della consultazione mediante norme di legge, che apporterebbero eccessiva rigidità e rischierebbero di rallentare l’adozione di determinate politiche. La cultura della consultazione si basa invece su un codice di condotta comprendente criteri qualitativi minimi (“*standard*”) incentrati su argomenti, tempi, soggetti e modi della consultazione», [Commissione Europea, 2001].

In tema di AIR applicata alle autorità indipendenti, una legge comunque esiste (anzi, come si è visto, più di una), ma non sembra aver funzionato a dovere. Si tratta di una questione delicata, che tocca nelle fondamenta la stessa indipendenza degli organismi di regolazione; è bene quindi, a conclusione di questa breve rassegna, chiedersi in che misura sono necessarie modifiche legislative e in che misura sono necessarie altre modalità di *policy enforcement*.

Senza ripetere qui i suggerimenti già avanzati da ASTRID in altra occasione (in particolare, il più volte citato contributo di N. Rangone, 2008 a cui si rinvia), e rimarcando il carattere squisitamente personale di queste note, un’eventuale *revisione legislativa* dell’art. 12 della legge 229/03 potrebbe essere l’occasione per:

- chiarire in via definitiva il campo di applicazione, preferendo all’indeterminatezza soggettiva un’elencazione precisa dei soggetti tenuti al rispetto di tale norma e precisando meglio il rapporto tra le norme settoriali nel frattempo intervenute e la norma primaria a carattere generale; l’occasione sarebbe propizia anche per riconsiderare l’esclusione, oggi presente nel testo di legge, dell’attività dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, allo scopo di valutare se l’AIR non dovrebbe essere prevista quando essa adotta “decisioni con impegni” che hanno natura prescrittiva, pur innestandosi in un procedimento strettamente individuale (si rinvia, in questo stesso volume, al contributo di G. Mazzantini);
- prevedere esplicitamente la selettività di applicazione dell’AIR ad alcuni provvedimenti di regolazione (non a tutti, ipotesi impraticabile nella realtà e che porta di fatto a eludere il senso della norma o a vanificare la serietà delle analisi), lasciando però alle singole autorità il compito di definire, con propri regolamenti, i criteri di selezione dei casi – in base a modalità diverse che possono spaziare dalla classificazione dei provvedimenti di regolazione a forme partecipate della selezione all’applicazione di criteri quantitativi di selezione; in ogni caso, le autorità dovrebbero da una parte avere riconosciuto il diritto a una elevata discrezionalità di scelta, compensata dall’obbligo di motivazione della mancata applicazione dell’AIR allo specifico provvedimento di regolazione;
- fissare alcuni requisiti minimi di carattere generale per l’applicazione dell’AIR da parte delle autorità indipendenti: tra questi, in particolare, il carattere processuale e pubblico dell’AIR (da cui la necessità che essa venga pienamente integrata nel corso del procedimento di regolazione fin dal suo avvio) e l’integrazione tra analisi di impatto *ex-ante* e valutazione degli effetti *ex-post*. Elevata flessibilità dovrebbe comunque essere lasciata alle singole autorità, a cui spetterebbe di definire, nell’ambito della propria autonomia, le modalità concrete di effettuazione delle analisi di impatto nei singoli casi;
- prevedere un Rapporto periodico di ciascuna autorità sulla propria esperienza di applicazione dell’AIR, rapporto per il quale ogni autorità potrebbe essere tenuta ad affidare periodicamente uno studio di valutazione a un istituto di riconosciuta competenza, basato non solo sulla verifica del rispetto dei requisiti minimi di legge e delle norme autoregolamentari delle singole autorità, ma anche sulle evidenze esterne dell’ “impatto dell’AIR”, da valutarsi in termini sia di effettiva minimizzazione degli oneri amministrativi a fronte dell’efficacia e della stabilità della regolazione, sia in termini di giudizi formulati dai principali soggetti regolati e delle associazioni dei consumatori.

Tuttavia, non c’è dubbio che non sarà la revisione di una norma legislativa a promuovere una politica pubblica – come quella dell’introduzione dell’AIR nelle autorità indipendenti – che finora ha stentato a decollare, salvo alcune eccezioni. L’implementazione di questa *policy* attiene quindi non solo e non tanto alla riedizione dell’art. 12 della legge n. 229/2003 ma piuttosto alle risorse che verranno investite – non solo dalle autorità di regolazione, ma anche e forse soprattutto dalle imprese operanti in contesti regolati – come anche dallo sviluppo di “comunità di pratiche”, che si potranno creare sia tra le autorità di regolazione di diversi settori in Italia, sia tra le autorità dello stesso settore a livello europeo. A questo proposito risulterà cruciale anche il contributo delle scuole di alti studi sulle amministrazioni pubbliche, delle università e dei centri indipendenti di ricerca economica, tecnica e giuridica nel mettere a punto strumenti e modelli di analisi costi/benefici concretamente attivabili nell’ambito dei procedimenti delle

autorità indipendenti, anche sulla base dei dati quantitativi di cui soggetti regolati dispongono.

#### BIBLIOGRAFIA

AGCM – Autorità garante per la concorrenza e il mercato [2001], “Riforma della regolazione e promozione della concorrenza, Segnalazione al Parlamento e al Governo, 20 dicembre 2001

AGCM – Autorità garante per la concorrenza e il mercato [2008], “Analisi di impatto della regolazione sulla concorrenza: linee guida e applicazione al caso della Regione Toscana”, Note e ricerche

Assonime – Associazione italiana fra le società italiane per azioni [2003], Autorità indipendenti: garanzie procedurali, Note e Studi, n. 43, febbraio 2003

AEEG – Autorità per l’energia elettrica e il gas [2005a], “Linee guida per l’introduzione dell’AIR nell’Autorità per l’energia elettrica e il gas”, Allegato alla deliberazione 31 marzo 2005, n. 58/05, [www.autorita.energia.it](http://www.autorita.energia.it)

AEEG – Autorità per l’energia elettrica e il gas [2005b], “Avvio della sperimentazione triennale della metodologia di Analisi di impatto della regolazione - AIR - nell’Autorità per l’energia elettrica e il gas”, deliberazione 28 settembre 2005, n. 203/05 [www.autorita.energia.it](http://www.autorita.energia.it)

AEEG – Autorità per l’energia elettrica e il gas, [2008], Guida per l’analisi dell’impatto della regolazione nell’Autorità per l’energia elettrica e il gas, Allegato alla deliberazione 3 ottobre 2008, GOP 46/08, [www.autorita.energia.it](http://www.autorita.energia.it)

Bruzzone G. (a cura di) [2008], Poteri e garanzie nel diritto antitrust. L’esperienza italiana nel sistema della modernizzazione, Il Mulino

Camera dei Deputati, Commissione I [2000], “Le autorità amministrative indipendenti. Documento conclusivo dell’indagine conoscitiva”, Indagini conoscitive e documentazioni legislative, 31: 203-226.

Cannata F., M. Quagliariello [2007], “Analisi d’impatto della regolamentazione bancaria: metodologie e applicazioni”, *Mercato concorrenza e regole*, a. IX, n. 1, aprile 2007, 161-189

Cassese S. [1999], “Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle autorità indipendenti”, in: *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Quaderni del Consiglio di Stato, 5: 37-42, Torino: Giappichelli

Cecot C., R. Hahn, A. Renda, L. Schrefler [2008], “An evaluation of the quality of impact assessment in the European Union with lessons for the US and the EU”, *Regulation and Governance*, 2, 405-424

Chieppa R. [2005], “Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti”, intervento al convegno “Imparzialità e indipendenza delle *Authorities* nelle recenti dinamiche istituzionali e amministrative”, Consiglio di Stato, 14 dicembre 2005, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Clarich M. [2005], Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello, Il Mulino.

Commissione Europea [2001], “La *Governance* Europea”, Libro Bianco COM (2001)428 definitivo/2, [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/com/2001/com2001\\_0428it02.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/it/com/2001/com2001_0428it02.pdf).

Commissione Europea [2002], “L’impatto della regolazione”, Comunicazione Com (2002) 276 def.

CONSOB – Commissione nazionale per le società e la borsa [2007], “Norme regolamentari di attuazione dell’articolo 23 della legge n. 262 del 28 dic. 2005 concernente i procedimenti per l’adozione di atti di regolazione”, Documento di consultazione 24 aprile 2007.

Evaluation Partnership [2007], *Evaluation of the Commission's Impact Assessment System, Final Report*, 2007, Final report, submitted to EC Secretariat General [www.ec.europa.eu/governance/impact/docs](http://www.ec.europa.eu/governance/impact/docs)

- ISVAP – Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo [2008], “Schema di regolamento sull’applicazione dei principi di cui all’articolo 23 della legge 28 dicembre 2005, n. 262, in materia di procedimenti per l’adozione di atti regolamentari e generali dell’ISVAP”, Documento di consultazione n. 28/2008, [www.isvap.it](http://www.isvap.it)
- Jacobs, S. [2006], “Current Trends in Regulatory Impact Analysis: The Challenges of Mainstreaming RIA into Policy-making” Working Paper, Jacobs and Associates Inc., Washington, DC.
- La Spina A., S. Cavatorto [2008] Le Autorità indipendenti. Il Mulino
- Lo Schiavo L. [2003], Riforma delle autorità indipendenti di regolazione, *accountability* e processi di consultazione, *Azienda pubblica*, anno XVI, numero 3, maggio-giugno 2003, pag. 229-244
- Natalini A., F. Sarpi [2009], L’insostenibile leggerezza dell’AIR, *Giornale di diritto amministrativo*, in corso di pubblicazione
- OECD [2001], Regulatory Reform in Italy, Parigi, Oecd
- Ofgem [2008], Annual Report 2007/8, <http://www.ofgem.gov.uk>.
- Pera A. [2008], “Le decisioni con impegni tra diritto comunitario e diritto nazionale”, in: Bruzzone (a cura di) (2008), p. 61-134
- Radaelli C., F. de Francesco [2007], Regulatory Quality in Europe. Measures, Concepts and Policy Process, Manchester, Manchester University Press
- Radaelli, C. [2009], “The political consequences of regulatory impact assessment”, paper presentato alla Conferenza “*Governing the Regulatory State? Comparing Strategies and Instruments*”, British Academy, London (UK), 15 gennaio 2009
- Rangone N. [2006], “Impatto delle analisi delle regolazioni su procedimento, organizzazione e indipendenza delle Autorità”, *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 39, 3°- 4° trimestre 2006, n. 153-154, p. 79-96
- Rangone N. [2008], “Autorità indipendenti e AIR”, contributo per il Gruppo di lavoro ASTRID “La riforma delle Autorità indipendenti”, *mimeo* (coordinatori: Marco D’Alberti e Alessandro Pajno)
- Senato della Repubblica [2008], “L’AIR entro un’Autorità indipendente”, fascicolo a cura del Servizio per la qualità degli atti normativi, Ufficio per la fattibilità amministrativa e per l’analisi di impatto degli atti *in itinere*, XVI legislatura, n. 12, dicembre 2008
- Torriti J., L. Lo Schiavo, E. Fumagalli [2009], “L’AIR nella pratica di una Autorità indipendente. L’esperienza dell’Autorità per l’energia di applicazione dell’AIR alla regolazione della qualità del servizio”. *Mercato Concorrenza e Regole*, in corso di pubblicazione.
- WS Atkins Management Consultants and Oxera [2001], “External Efficiency Review of Utility Regulators”, Final Report for HM Treasury, [www.hm-treasury.gov.uk](http://www.hm-treasury.gov.uk).