

Maria De Benedetto

## La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani\*

SOMMARIO: 1. Il problema corrente: la qualità della regolazione - 2. L'antecedente: la buona legislazione - 3. Economia regolata e inflazione normativa - 4. La crisi di fiducia nella regolazione e la prospettiva della manutenzione delle regole

ABSTRACT: The traditional topic of the substantial quality of legislation has gained centre stage thanks to OECD Programs on Regulatory Reform even if it is - in some way - foreshadowed by the debate about science of legislation. In contemporary legal systems tools and technics for analysing regulation have been introduced with the purpose of evaluating in advance possible effects of rules, defining possible alternative regulatory options, evaluating ex ante their advantages and disadvantages, monitoring and assessing ex post according to fixed objectives, indicators and informative data bases.

Nonetheless, regulated economies produce a pathological normative inflation which has contributed to generating a deep crisis of confidence in regulation. This crisis can be managed only in the historically grounded perspective of maintenance of rules.

KEYWORDS: legislation, regulation, quality of legislation, quality of regulation, legislative inflation

### 1. Il problema corrente: la qualità della regolazione

A partire dagli anni '90 del secolo scorso, la qualità della regolazione è stata sempre più spesso considerata elemento essenziale per la crescita economica<sup>1</sup>. L'attuale contesto di stringente crisi ha inoltre rafforzato il nesso tra qualità della regolazione e competitività, così che le politiche volte al miglioramento della regolazione sono divenute centrali tanto a livello di Unione Europea<sup>2</sup> che per i governi di molti dei paesi ad economia di mercato<sup>3</sup>.

Un ruolo rilevante nella promozione della buona regolazione è stato nel tempo svolto dall'Ocse che ha veicolato l'idea di una *better regulation* in cui l'adozione di regolazioni è informata al rispetto di *standard* qualitativi, tesa ad evitare l'imposizione di oneri amministrativi non necessari, volta a conseguire gli obiettivi dell'intervento<sup>4</sup>. Nel perseguire i programmi di *Regulatory Reform* l'Ocse ha richiesto ai Governi attività

---

\* Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nel volume a cura di F. Manganaro e M. Cafagno, "L'intervento pubblico nell'economia", nell'ambito dell'opera generale in più volumi sui centocinquanta anni dell'unificazione amministrativa italiana, curata da D. Sorace e L. Ferrara per la Firenze University Press.

<sup>1</sup> Sull'argomento, in generale, punto, v. M. D'Alberti, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. Tesauro-M. D'Alberti M. (curr.) *Regolazione e concorrenza*, Bologna 2001, p. 171. V., anche, A.A. Dar-S. Amirkhalkhali, *On the Impact of Regulation on Economic Growth in OECD Countries*, Barcelona 2011.

<sup>2</sup> Commissione Europea, *Smart Regulation in European Union*, COM(2010)543 def.

<sup>3</sup> Cfr. M. De Benedetto-M. Martelli-N. Rangone, *La qualità delle regole*, Bologna 2011, p. 11-12. V. anche B.J. Wiener, *Better Regulation in Europe*, Duke Law School Research Paper n. 130/2006.

<sup>4</sup> OECD, *Overcoming Barriers to Administrative Simplification Strategies: Guidance for Policy Makers*, 2009, p. 44, dove si parla di regolazione "[...] that meet concrete quality standards, avoid unnecessary regulatory burdens and effectively meets clear objective".

specifiche con l'obiettivo, da un lato, di mantenere lo *stock* di regolazione<sup>5</sup> (semplificandolo e ricapitolandolo alla luce del principio di concorrenza) e, al contempo, di assicurare la qualità del *flow* regolatorio<sup>6</sup> (attivando adeguati meccanismi di valutazione preventiva e successiva degli impatti della regolazione in corso di adozione).

Le note politiche di *better regulation* sono state poi, più di recente, ricapitolate alla luce degli specifici orientamenti delle istituzioni europee e, nel contesto europeo, descritte come *smart regulation*<sup>7</sup> e come regolazione *fit for purpose*<sup>8</sup>.

La nozione di regolazione è stata, peraltro, oggetto di una faticosa perimetrazione da parte della dottrina italiana<sup>9</sup> che ha visto affermarsi ora una nozione più ampia<sup>10</sup> (talvolta riguardante la stessa materia *antitrust*), ora una nozione più puntuale, volta a ricomprendere i soli e specifici interventi di quelle autorità indipendenti intitolate di funzioni regolatorie<sup>11</sup>, di fatto la c.d. regolazione tramite autorità di regolazione<sup>12</sup>.

Pur distinguendo tra regolazione settoriale e *antitrust*<sup>13</sup>, ai fini della presente riflessione è opportuno riferirsi alla nozione utilizzata dalla letteratura internazionale sul tema<sup>14</sup> che presenta un taglio certamente generale<sup>15</sup> e che consente di dar conto

<sup>5</sup> APEC OECD, *Co-operative Initiatives on Regulatory Reform, Symposium on Structural Reform and Capacity Building*, 2005, p. 29. Si veda, inoltre, OECD, *Report "From Intervention to Regulatory Governance"*, 2002.

<sup>6</sup> Sul punto v. C. Radaelli, O. Fritsch, *Evaluating Regulatory Management Tools and Programs*, OECD Expert Papers No. 2/2012.

<sup>7</sup> Commissione Europea, *Smart Regulation in European Union*, cit. Sul punto, v. R. Baldwin, *Is better regulation smarter regulation?*, in "Public Law", 2005, p. 485.

<sup>8</sup> Commissione Europea, *EU Regulatory Fitness*, COM(2012) 746 def.

<sup>9</sup> Per una ricostruzione v. P. Lazzara, *La funzione regolatoria, natura giuridica, funzioni e regime*, in corso di pubblicazione nel volume a cura di F. Manganaro e M. Cafagno, *L'intervento pubblico nell'economia*, nell'ambito dell'opera generale in più volumi sui centocinquanta anni dell'unificazione amministrativa italiana, curata da D. Sorace e L. Ferrara per la Firenze University Press. V. anche A. Zito, voce  *Mercati (regolazione dei)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, III, Milano 2010, p. 805 e L. De Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino 2002.

<sup>10</sup> Sul punto v. M. D'Alberti, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in "Diritto amministrativo", 2013, p. 608: "un'attività che può concretarsi in provvedimenti puntuali tradizionali (come autorizzazioni ad imprese o sanzioni pecuniarie), ma include anche e soprattutto decisioni di tipo quasi-giudiziali [...] e ricomprende altresì l'emanazione di regolamenti di standard, di criteri generali, riconducibili all'idea di un'attività normativa o quasi-normativa (corrispondente al rule-making angloamericano)". Per una nozione ampia di regolazione v. D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna 2007, p. 75: "quella diretta a imporre la propria autorità perché le libertà costituzionali e comunque i diritti dei soggetti dell'ordinamento vengano esercitati senza pericolo per l'esistenza stessa o la salute e comunque per l'esercizio anche delle libertà e dei diritti degli altri".

<sup>11</sup> In questo senso S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesauro-M. D'Alberti (curr.), *Regolazione e concorrenza*, cit., p. 12. e S. Cassese, *Dalle regole dei giochi al gioco con le regole*, in "Mercato concorrenza e regole", 2002, n. 2, p. 266.

<sup>12</sup> A. La Spina-G. Majone, *Lo Stato Regolatore*, Bologna 2000, p. 31.

<sup>13</sup> Sul punto v. D'Alberti M. 2008, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, p. 45.

<sup>14</sup> Sul punto v. R. Baldwin-M. Cave-M. Lodge, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford 2012, e C. Coglianese-R.A. Kagan, *Regulation and Regulatory Processes*, Aldershot 2007.

<sup>15</sup> Sull'argomento v. N. Rangone, voce *Regolazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, V, Milano 2006, p. 5057. Sul punto, v. anche OCSE, *Report on Regulatory Reform*, Parigi 1997, dove si considera la regolazione come "the diverse set of instruments by which governments set requirements in enterprises and citizens".

dell'influenza della funzione di regolazione sulle trasformazioni istituzionali intervenute (per cui si è parlato di uno "Stato regolatore"<sup>16</sup>), sul modo di produzione del diritto (e sulla funzione legislativa), sul ruolo dell'amministrazione e sul rapporto di questa con la politica.

In questa prospettiva, occorre, in primo luogo, rammentare che il concetto di regolazione nasce in ambito economico, *rectius* di politica economica<sup>17</sup>, e da qui contribuisce a strutturare la corrispondente nozione giuridica.

Può ben dirsi che la regolazione è diritto costruito per conseguire gli obiettivi dichiarati, per risolvere effettivamente problemi<sup>18</sup> e per evitare (il più possibile) i propri fallimenti<sup>19</sup>. I fallimenti del mercato (che avevano richiesto interventi regolatori correttivi) non sono i soli, giacché è oggi ben chiaro che anche la regolazione può fallire<sup>20</sup>: la legittimazione delle regole si basa anche sul loro processo genetico (da cui si ricava il loro orientamento alla effettività) e sulla loro manutenzione (attraverso cui l'effettività viene custodita).

Pertanto, la regolazione richiede che si strutturi un nesso robusto tra le regole che la costituiscono (le previsioni specifiche che incidono sull'attività, sulla produzione o sull'organizzazione dei destinatari<sup>21</sup>) e le conseguenze che queste si dispongono a produrre<sup>22</sup>.

Istituzioni e dottrina hanno tentato di ricostruire principi di buona regolazione richiedendo che questa sia adottata secondo procedure trasparenti, sia coerente, residuale, proporzionata nelle misure adottate<sup>23</sup>. La buona regolazione richiede inoltre adeguate garanzie procedurali, competenza, efficienza<sup>24</sup>.

In sintesi, per una buona regolazione occorrono sia *qualità formale* ["trasparenza delle regole tale da consentirne l'accessibilità logica (chiarezza, coerenza e comprensibilità) e fisica (reperibilità)"]<sup>25</sup> che *qualità sostanziale* ["residualità delle regole (riduzione del numero e dei costi), individuazione delle regole più adeguate e meno invasive in risposta a specifiche esigenze di regolazione"]<sup>26</sup>. Un regime regolatorio

<sup>16</sup> A. La Spina-G. Majone, *Lo Stato Regolatore*, cit.

<sup>17</sup> A. Ogas, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Oxford 1994, p. 1.

<sup>18</sup> Cfr. S.G. Breyer-R.B. Stewart, *Administrative Law and Regulatory Policy*, Boston-Toronto 1992, pp. 5-6.

<sup>19</sup> Così, OECD, *Overcoming Barriers to Administrative Simplification Strategies: Guidance for Policy Makers*, cit., p. 44. V. anche R. Baldwin-M. Cave-M. Lodge, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, cit., p. 68.

<sup>20</sup> Sul punto, per un quadro di sintesi, v. G. Napolitano-M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna 2009, in particolare p. 81 dove parla dei fallimenti dello Stato.

<sup>21</sup> Per una definizione di regole e di regolazioni v. M. De Benedetto-M. Martelli-N. Rangone, *La qualità delle regole*, cit., p. 13.

<sup>22</sup> Cfr. C. Coglianese-R.A. Kagan, *Regulation and Regulatory Processes*, cit., p. XI.

<sup>23</sup> Il Legislative and Regulatory Reform Act, 2006, art. 21, sec. (2) statuisce che la funzione regolatoria deve essere informata ad alcuni principi e deve essere: "transparent, accountable, proportionate, consistent [...] and targeted only at cases where action is needed". V., anche, al riguardo Better Regulation Task Force, *Principles of good regulation*, 2003.

<sup>24</sup> R. Baldwin-M. Cave-M. Lodge, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, cit., p. 26-27 dove si richiede per la buona regolazione: "legislative mandate, accountability, due process, expertise and efficiency".

<sup>25</sup> M. De Benedetto-M. Martelli-N. Rangone, *La qualità delle regole*, cit., p. 206.

<sup>26</sup> *Ibid.*

viene considerato di buona qualità<sup>27</sup> se ha considerato adeguatamente la questione della sua efficacia, dunque ponendosi nel corso dell'istruttoria dal punto di vista dell'attuazione (*enforcement*) e dell'adesione da parte dei destinatari (*compliance*)<sup>28</sup>.

Rimane da chiarire il rapporto che intercorre tra legislazione e regolazione: l'uso fungibile dei due termini, soprattutto nel contesto del dibattito sulla qualità (qualità della legislazione, qualità della regolazione), ha generato una sorta di incaglio, in cui le nozioni sono giustapposte ma la loro relazione risulta opaca.

Un contributo dirimente a questo riguardo, viene dalle politiche pubbliche. La regolazione è, infatti, uno tra gli strumenti (di tipo coercitivo) per perseguire politiche pubbliche<sup>29</sup>; la legislazione è una delle forme che la regolazione può assumere<sup>30</sup>. Esistono, pertanto, legislazioni costituite da specifiche disposizioni con contenuto schiettamente regolatorio (le regole, per l'appunto)<sup>31</sup> accanto a disposizioni legislative in cui si affermano principi e che, non avendo, la caratteristica della portata applicativa immediata, non sono regolazione in senso stretto.

Se (e quando) la legislazione presenta un contenuto regolatorio<sup>32</sup> questa deve essere considerata in modo diverso che nel passato: non solo quale enunciato normativo su cui conseguire consenso politico o sequenza di disposizioni di cui occorre assicurare la buona qualità formale. La legislazione è, infatti, come si è visto, anche raccolta di regole volte a conseguire obiettivi, a risolvere problemi e a evitare (il più possibile) fallimenti.

Pertanto, la ciclicità che caratterizza le politiche pubbliche e la regolazione (e che si traduce nella loro programmazione, formulazione, decisione, attuazione e valutazione<sup>33</sup>) caratterizza - a motivo del suo contenuto - anche la legislazione che richiede *ex ante* l'uso di tecniche di valutazione prognostica degli impatti così come, *ex post*, di essere monitorata e valutata nella sua attuazione.

Guardare alla portata regolatoria della legislazione, dunque al suo contenuto e ai suoi effetti<sup>34</sup>, consente peraltro di svolgere alcune considerazioni comuni - in chiave storica, di attualità e di prospettiva - per tutti i tipi di regolatore, siano questi

---

<sup>27</sup> Cfr. *ivi*, p. 38 dove si parla di "good regulatory regime".

<sup>28</sup> Sul punto v. K. Hawkins-J.M. Thomas, *Enforcing Regulation*, Kluwer-Nijhoff Publishing 1984, p. 7. V. anche W. Voermans, *Motive-based Enforcement*, Working Paper Leiden University, 2013, March 23, e OECD, *Reducing the Risk of Policy Failure: Challenges for Regulatory Compliance*, Paris 2000.

<sup>29</sup> Sul punto v. M. Howlett-M. Ramesh, *Come studiare le politiche pubbliche*, Bologna 2003, p. 95.

<sup>30</sup> *Ivi*: "alcune forme di regolazione sono leggi a tutti gli effetti [...] La maggior parte è invece rappresentata da provvedimenti amministrativi creati nei termini di legge e gestiti su base continuativa dai ministeri o da agenzie governative specializzate (che negli Stati Uniti si chiamano *independent regulatory commissions*) [...] La regolazione può consistere di regolamenti, standard, permessi, proibizioni e ordinanze".

<sup>31</sup> Per esemplificazioni al riguardo, v. M. De Benedetto-M. Martelli-N. Rangone, *La qualità delle regole*, cit., p. 13. Sul punto, v. N. Lupo, *La lunga crisi del procedimento legislativo e l'impossibile qualità delle regole*, in "Analisi giuridica dell'economia", 2013, p. 421.

<sup>32</sup> Cfr. C. Coglianesi, *Measuring Regulatory Performance, Evaluating the Impact of Regulation and Regulatory Policy*, Expert Paper No. 1, 2012, August, p. 8, dove si afferma che "Regulation can refer either to individual rules or collections of rules".

<sup>33</sup> Cfr. M. Howlett-M. Ramesh, *Come studiare le politiche pubbliche*, cit., p. 15. V. anche M. De Benedetto-M. Martelli-N. Rangone, *La qualità delle regole*, cit., p. 47 ss.

<sup>34</sup> Sul punto v. F. Denozza, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano 2002.

Parlamenti, Governi, autorità indipendenti o regolatori che operano ad altri livelli di Governo (Regioni o istituzioni sovranazionali).

## 2. L'antecedente: la buona legislazione

Il problema di come conseguire una buona legislazione non è certo nuovo né costituisce scoperta recente di qualche organizzazione internazionale. Per il fatto che la legislazione esprime sovente un contenuto che oggi definiamo regolatorio, può ben dirsi che il dibattito intorno alla buona legislazione rappresenta l'antecedente di quello contemporaneo sulla qualità della regolazione.

Nella storia degli ordinamenti giuridici è emerso primariamente l'obiettivo di assicurare la qualità formale delle regole e, nell'ambito della qualità formale, l'accessibilità fisica delle disposizioni normative: le raccolte di *leges* romane erano ordinate proprio a contrastare la difficoltà di reperire la legislazione<sup>35</sup>. Tuttora questa esigenza muove negli ordinamenti attività volte a rendere disponibile la legislazione vigente attraverso la costruzione (e l'aggiornamento) di banche dati: tra gli esempi più noti, lo *United States Code*, che raccoglie dal 1926 la legislazione federale<sup>36</sup>.

L'esigenza ulteriore di aggiornare, rivedere, correggere e armonizzare la normativa viene affrontato nel Medioevo dei Comuni<sup>37</sup> attraverso l'attività di *statutarii*, una sorta di funzionari *ad hoc*, che avrebbe dovuto svolgere la "delicata mansione" di contrastare la "crescita alluvionale" delle deliberazioni statutarie<sup>38</sup>, anche attraverso il ricorso a rudimentali consultazioni<sup>39</sup>.

Con le codificazioni napoleoniche la legislazione diviene oggetto di una vera e propria ideologia<sup>40</sup>: la moderna idea di codice ambisce, infatti, come mai prima alla completezza, sistematicità e durata della legislazione, grazie all'attività di un legislatore razionale e all'azione ancillare dell'interpretazione di un giudice *bouche de la loi*<sup>41</sup>.

Nel percorso che era stato tracciato dall'*Esprit des lois* di Montesquieu<sup>42</sup>, a margine di questa fase storica campeggiano le opere di due autori.

Da un lato, Gaetano Filangieri, che con la "Scienza della legislazione"<sup>43</sup> elabora tra

<sup>35</sup> Cfr. F. Schulz, *I principi del diritto romano*, Firenze 1946, rist. anast. Firenze 1995, p. 8.

<sup>36</sup> Conseil d'Etat, *Rapport public La sécurité juridique et la complexité du droit*, 2006, p. 328: "perfectionner la codification et adapter les outils informatiques en vue d'une meilleure accessibilité". Si riporta ivi anche l'esperienza di Legifrance, "service public de la diffusion du droit". Raccolta di questo tipo è anche Normattiva, il servizio d'informazioni sulle leggi italiane, operante dal 2010.

<sup>37</sup> Cfr. M. Ascheri, *Istituzioni medievali*, Bologna 1999, p. 287.

<sup>38</sup> F. Calasso, *Medioevo del diritto, I: Le fonti*, Milano 1954, p. 424.

<sup>39</sup> Cfr. *ivi*, p. 425.

<sup>40</sup> Per una ricostruzione v. E. Steiner, *Codification in England: The Need to Move from an Ideological to a Functional Approach – A Bridge Too Far?*, in "Statute Law Review", 2004, p. 209. Nel 1814 si erano fronteggiate due opposte visioni circa la "necessità della codificazione": A.F.J. Thibaut-F.C. Savigny, *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. Marini, Napoli 1992. In particolare, Thibaut è l'autore del noto saggio *Sulla necessità della codificazione*, contro cui si scagliò Savigny con lo scritto *Della vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*.

<sup>41</sup> C.L. Montesquieu, *De l'Esprit des lois* (1750), Libro XI, Capitolo VI, trad. it. *Lo spirito delle leggi*, Milano 1989, p. 317.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> G. Filangieri, *La scienza della legislazione. Benjamin Constant, Comento sulla scienza della legislazione*, a cura

il 1780 e il 1785 una vera e propria “filosofia politica”<sup>44</sup>, una riflessione teorica e sistematica su come conseguire la “bontà” della legislazione dal punto di vista del contenuto, avviando la “scienza della legislazione degli illuministi”<sup>45</sup>.

Dall’altro, Jeremy Bentham che - tra il 1789 e i primi tre decenni dell’ ‘800 - con le altre opere in materia di legislazione<sup>46</sup> e con la *Nomography*<sup>47</sup> - prospetta “un regime certo nelle regole e procedure decisionali nonché penetrante sotto il punto di vista della garanzia della pubblicità”<sup>48</sup> e un “lavoro di compilazione di qualità”<sup>49</sup>. Con i *Principles of Moral and Legislation* viene introdotto il principio della *greatest happiness of the greatest number* come criterio guida della legislazione, dunque l’idea che sia necessaria una valutazione di tipo economico nella decisione legislativa<sup>50</sup> così da rendere possibile “un conto esatto della generale tendenza di un atto che colpisce gli interessi di una comunità”<sup>51</sup>.

In questo contesto teorico - permeato di “legolatria”<sup>52</sup> anche se non ignaro “[dell’]insufficienza e [dei] vizi della tecnica della legislazione”<sup>53</sup> - si inserisce l’ambizioso progetto di unificazione legislativa e amministrativa del Regno d’Italia, ispirato ad una logica uniformante, nell’idea che “calando leggi moderne in una realtà economica poco sviluppata, si possa produrre, per un effetto meccanico, un maggiore sviluppo economico”<sup>54</sup>.

Se al riguardo dell’unificazione legislativa è stato osservato “[...] il recupero pressoché totale della tecnica normativa e degli *itinerari* procedurali indicati dalla Francia come esemplari sin dall’inizio del secolo”<sup>55</sup>, per l’unificazione amministrativa emerge

---

di V. Frosini, revisione critica dei testi di F. Riccobono, Roma 1984, 2 voll.

<sup>44</sup> Così, V. Frosini, Introduzione, in G. Filangieri, *La scienza della legislazione*, cit., p. 1.

<sup>45</sup> A. Cerri, *Tecnica legislativa e giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. Giuliani-N. Picardi (curr.), *L’educazione giuridica, V: Modelli di legislatore e scienza della legislazione, tomo III, La discussione contemporanea*, Napoli 1987, p. 249.

<sup>46</sup> A partire da J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, trad. it., *Introduzione ai principi della morale e della legislazione* (1789), a cura di E. Lecaldano, Torino 1998.

<sup>47</sup> J. Bentham, *The Works of Jeremy Bentham*, London 1838-1843, reprinted New York 1962, Volume 3, *Nomography or the Art of Inditing Laws*. Per una ricostruzione v. P. De Lucia, *Il termine “Nomografia”*, in P. De Lucia (a cura di), *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi. Contributi al seminario promosso dalla Banca d’Italia e dalla prima cattedra di filosofia del diritto dell’Università di Milano (19 novembre 1991)*, Milano 1995, p. I, dove si ricorda che i manoscritti della Nomografia recano date comprese tra il 1811 e il 1831.

<sup>48</sup> P. Scarlatti, *Codificazione e nomografia nell’opera di Jeremy Bentham*, in “Studi parlamentari e di politica costituzionale”, n. 169, 2010, p. 156.

<sup>49</sup> Ivi, p. 159.

<sup>50</sup> J. Bentham, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, cit., cap. I, 1-7, p. 89 ss. e cap. IV, 1-8, pp. 122 ss.

<sup>51</sup> Ivi, p. 123.

<sup>52</sup> P. Grossi, *L’Europa del diritto*, Roma-Bari 2007, p. 134. Sul punto v. anche U. Scarpelli, *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*, in P. De Lucia (cur.), *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi*, cit., p. 5.

<sup>53</sup> F. Vassalli, *La missione del giurista nell’elaborazione delle leggi*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I, Padova 1950, p. 492.

<sup>54</sup> S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari 2007, p. 9.

<sup>55</sup> C. Ghisalberti, *Tecniche normative ed itinerari procedurali nella storia della codificazione. Aspetti e problemi*, in “Clio - Rivista Trimestrale di Studi Storici”, 1992, p. 516.

*l'impasse* “in cui si è trovata la classe dirigente liberal-moderata, a causa del mancato approfondimento, sul piano anche dei problemi tecnico-amministrativi, della prospettiva liberale in rapporto alla realtà del Paese”<sup>56</sup>.

Nondimeno, il dibattito parlamentare che nel 1865 si svolgeva sulle più disparate materie<sup>57</sup> mostra una certa attenzione del legislatore unitario alle informazioni quantitative nell'istruttoria della decisione legislativa<sup>58</sup> che riportava non di rado tabelle, “specchi dimostrativi”, schede, allegati.

Era, d'altra parte, già qualche tempo che si affermava la rilevanza della statistica quale strumento dell'attività di governo<sup>59</sup>, che si andava sviluppando un apparato amministrativo *ad hoc*<sup>60</sup>, che si pubblicavano studi dedicati al tema<sup>61</sup>.

Inoltre, in quella fase, era già chiaro che un sostrato uniforme di legislazione del commercio fosse funzionale allo sviluppo dell'economia nazionale<sup>62</sup>, che presentasse un impatto economico, che dovesse contenere gli oneri destinati a gravare sui cittadini<sup>63</sup>.

Dunque, il tema della qualità sostanziale delle legislazione, anche in campo economico, da procurarsi attraverso un'istruttoria adeguata, era in qualche modo abbozzato anche se nella pratica cedevole.

In seguito, la legislazione “durante la prima guerra mondiale, sancì in misura sempre più larga l'intervento dello Stato nella disciplina dell'economia, con prevalente

---

<sup>56</sup> R. Ruffilli, *Governo, Parlamento e correnti politiche nella genesi della legge 20 marzo 1865*, in F. Benvenuti-G. Miglio (curr.), *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, Vicenza 1969, p. 265.

<sup>57</sup> Si veda, Parlamento nazionale, Camera dei deputati, Sessione 1865, 5, dove si trovano specchi dimostrativi relativamente all'installazione di fili telegrafici (p. 4740) o all'industria privata delle armi (p. 4776).

<sup>58</sup> Si v., ad esempio, il dibattito relativo all'unificazione delle Corti di Cassazione in cui viene ricostruito in una tabella il rapporto tra Corti territorialmente competenti (Firenze, Napoli, Palermo, Milano), popolazione, numero delle cause civili e di quelle penali, Parlamento nazionale, Camera dei deputati, Sessione 1865, 5, Tornata 20 febbraio 1865, p. 4754.

<sup>59</sup> A. Rosmini, *Filosofia della politica* (1837), Milano 1985, p. 139: “Formola unica a cui si riduce ogni problema politico: necessità delle statistiche, e principio rettore secondo il quale essere debbono compilarsi”.

<sup>60</sup> Per una ricostruzione v. M.L. D'Autilia, *La “questione amministrativa della statistica” nella storia dell'Italia Unita*, in “Studi Storici”, 1997, p. 274, dove si ricorda che con R.D. 9 ottobre 1861, n. 294 era stata istituita un Divisione di statistica generale presso il Ministero di Agricoltura, Industria e Commercio.

<sup>61</sup> Il riferimento, in particolare, è a Melchiorre Gioja, *Filosofia della Statistica*, 1-4, Milano 1829. In appendice al volume IV vi è lo scritto di Giandomenico Romagnosi, *Questioni sull'ordinamento delle statistiche*, p. 557: “Datemi un uomo d'affari, scienziato e di buon gusto; fingetelo anche pieno di buona volontà, ma ignaro dello stato di fatto e completo del suo paese. Quest'uomo colle migliori intenzioni del mondo, o agirà male o a caso. Senza di una buona statistica non conoscerà mai nè i veri bisogni nè i mezzi di soddisfazione del dato popolo. Meno poi potrà accorgersi dell'introduzione di abusi o di malori ai quali sarà poi difficile di rimediare. In breve questo uomo agirà alla cieca”.

<sup>62</sup> Nel dibattito intorno all'adozione del codice di commercio l'intervento dell'on. Mancini (Parlamento nazionale, Camera dei deputati, Sessione 1865, 5, Tornata 16 febbraio 1865, p. 4684) sostiene la necessità dell'unificazione proprio nelle leggi commerciali: “Ed invero il commercio è cosmopolita, e cresce in prosperità in ragione dell'ampiezza dei territori aperti alla sua libera azione; e quindi la legislazione che lo regola debbe necessariamente essere nazionale, e non provinciale e locale”.

<sup>63</sup> Parlamento nazionale, Camera dei deputati, Sessione 1865, 5, Tornata del 20 febbraio 1865, p. 4745, dove si trova l'intervento dell'on. Boggio “per me la vera economia consiste nel diminuire i carichi del contribuente, nell'alleviarlo dei carichi superflui e non necessari”.

contenuto di diritto pubblico”<sup>64</sup>. Questa ascesa della legislazione economica<sup>65</sup> è stata spiegata come reazione ai fallimenti del mercato, anzi si è ritenuto che “gli stessi poteri amministrativi, o almeno una parte di essi, possono essere interpretati come altrettante risposte a *market failures*”<sup>66</sup>.

Ma ciò che qui più rileva è che la legislazione tenderà progressivamente ad allontanarsi dalla uniformità che era stata ricercata con l’unificazione legislativa e amministrativa. Elementi di “differenziazione legislativa”<sup>67</sup> verranno introdotti già con le legislazioni speciali (a partire da quella per la città di Napoli)<sup>68</sup> fino a che sarà certificata una vera e propria “fuga” dalla legislazione codificata<sup>69</sup>: l’ideale moderno della codice “che possa nascere privo di lacune e che con la sua sola lettera possa offrire una buona soluzione per tutti i possibili casi del futuro”<sup>70</sup> si prepara ad essere considerata *forme dépassée de législation*<sup>71</sup>.

La dottrina italiana tra gli anni ‘50 e ‘60 del secolo scorso affronta - con una contezza a tratti sorprendente - la questione urgente di un miglioramento della qualità della legislazione, giungendo ad affermare che “fabbricare leggi è diventato come un servizio pubblico, forse il maggiore dei servizi pubblici”<sup>72</sup>.

Il trascurato tema della scienza della legislazione - che trovava eco importante nei paesi di lingua tedesca con il dibattito sulla *Gesetzgebungslehre*<sup>73</sup> - fu, tra l’altro, oggetto di numerosi scritti pubblicati sulla rivista “Il diritto dell’economia” nel 1960.

Nel rileggere quelle pagine appare forse datato il fuoco della diatriba e l’accaloramento che questo generava, se cioè per la legislazione si dovesse parlare di scienza ovvero di tecnica (o di “arte”<sup>74</sup> o, ancora, come verrà affermato in seguito di “artigianato”<sup>75</sup>): ciò che oggi, invece, rimane di quello scambio di dottrina è la corale individuazione di una attività ben delineata e consistente nello “studio degli effetti pratici delle norme concretamente in atto e di quelle ipoteticamente formulabili” avendo riguardo alla “rilevazione di fatti e ad uno studio dei rapporti causali fra detti

---

<sup>64</sup> E. Casetta, *Osservazioni sul cosiddetto diritto amministrativo dell’economia*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, I, Padova 1957, p. 379.

<sup>65</sup> Cfr. T. Ascarelli, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in “Rivista di diritto del lavoro”, 1958, p. 281: “il superamento della convinzione di uno spontaneo autoregolamento del sistema economico e di un suo meccanico e inevitabile equilibrio pone le premesse dell’intervento pubblicistico nel processo economico”.

<sup>66</sup> G. Corso, *Attività amministrativa e mercato*, in “Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi”, 1999, n. 1, p. 7.

<sup>67</sup> Cfr. S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, cit., p. 12.

<sup>68</sup> In particolare, Legge 15 gennaio 1885, n. 2892, “Pel risanamento della città di Napoli” e Legge 8 luglio 1904, n. 351, “Provvedimenti per il risorgimento economico della città di Napoli” cui seguirono legislazioni per la Calabria, la Basilicata, la Sicilia e la Sardegna.

<sup>69</sup> Sull’argomento è fondamentale il lavoro di N. Irti, *L’età della decodificazione*, Milano 1979.

<sup>70</sup> R. Sacco, *Codificare: modo superato di legiferare?*, in “Rivista di diritto civile”, 1983, p. 125.

<sup>71</sup> Ivi, p. 117.

<sup>72</sup> F. Vassalli, *La missione del giurista nell’elaborazione delle leggi*, cit., p. 494.

<sup>73</sup> Su cui, v. P. Nöll, *Gesetzgebungslehre*, Hamburg 1973.

<sup>74</sup> Cfr. F. Carnelutti, *Tecnica e arte legislativa*, in “Il diritto dell’economia”, 1957, p. 263.

<sup>75</sup> Al riguardo si vedano i numerosi contributi in *La tecnica legislativa: un artigianato da valorizzare*, in “Il Foro italiano”, 1985, V, coll. 282 ss.



fatti e le norme” e con la prospettiva di una “ben più difficile opera di previsione di effetti probabili”<sup>76</sup>.

Erano cioè già al tempo piuttosto chiari alcuni passaggi che confluiranno in una logica di sistema solo molto più tardi, con l’affermarsi delle politiche volte al miglioramento della regolazione, negli anni ‘90 del secolo scorso. Questi passaggi riguardavano: la rilevanza dell’attività di valutazione per la legislazione economica<sup>77</sup>; la necessità pregiudiziale di considerare l’opzione di non intervento (cd. opzione zero) e la residualità della legislazione<sup>78</sup>; l’indispensabile analisi del contesto normativo<sup>79</sup>; il necessario ricorso ad una base informativa imperniata sulla statistica<sup>80</sup>; l’esigenza di governare gli interessi che spingono all’adozione di regolazioni che li avvantaggino<sup>81</sup>; l’urgenza di distinguere il contributo delle decisioni tecniche e di quella politica nel procedimento che conduce alla decisione legislativa<sup>82</sup>; la necessaria interdisciplinarietà del lavoro di produzione delle leggi<sup>83</sup>.

D’altro canto, negli Stati Uniti la tradizione di studi e didattica universitaria in materia di *legislation*<sup>84</sup> convergerà con il ricorso all’analisi economica della regolazione che a partire dagli anni ‘70 del secolo scorso veniva richiesta per i progetti di regolazione delle *federal executive agencies*. Anche nel Regno Unito, la tradizionale cultura di *drafting* legislativo si aprirà progressivamente alle nuove tecniche di miglioramento della qualità della regolazione.

Invece, nel paese di Filangieri, “la linguistica giuridica [ha teso] a ridurre la scienza della legislazione a tecnica di redazione delle norme”<sup>85</sup> e negli anni successivi si è

<sup>76</sup> M. Longo, *Per la fondazione di una “scienza della legislazione”*, in “Il diritto dell’economia”, 1960, p. 590.

<sup>77</sup> Ivi, p. 596.

<sup>78</sup> Merita di essere riportato il passaggio di A.M. Sandulli, *A proposito della proposta fondazione di una “scienza della legislazione”. Conoscere per legiferare*, in “Il diritto dell’economia”, 1960, p. 977: “Nel procedimento logico del legislatore il momento giuridico è dunque soltanto l’ultimo. Ed esso può eventualmente anche tradursi in una decisione di non fare, o perchè l’eventuale innovazione legislativa sarebbe controproducente, o perchè l’ordinamento vigente già offra strumenti idonei per il conseguimento dello scopo”; si veda anche R. Lucifredi, *Metodi pratici per preparare buone leggi e favorirne la migliore applicazione*, in “La tecnica dell’organizzazione nelle pubbliche amministrazioni”, 1955, p. 6.

<sup>79</sup> Cfr. M. Longo, *Per la fondazione di una “scienza della legislazione”*, cit. 590. V. anche F. Vassalli, *La missione del giurista nell’elaborazione delle leggi*, cit., p. 496 e R. Lucifredi, *Metodi pratici per preparare buone leggi e favorirne la migliore applicazione*, cit., p. 8.

<sup>80</sup> Cfr. ivi, 598.

<sup>81</sup> Ivi, p. 602.

<sup>82</sup> Ivi, p. 592. V. anche il punto di vista di C. Mortati, *Perplexità e riserve in merito alla fondazione di una “scienza della legislazione”*, in “Il diritto dell’economia”, 1960, p. 829 dove si osserva che “una collaborazione fra politici e tecnici del diritto da effettuarsi sulla base di una netta distinzione fra il punto di vista finalistico e quello tecnico strumentale deve ritenersi illusoria”.

<sup>83</sup> A.M. Sandulli, *A proposito della proposta fondazione di una “scienza della legislazione”*, cit., p. 978.

<sup>84</sup> Sul punto, v. E. Freund, *Standards of American Legislation*, Chicago 1917, (reprint 1965); v. anche R. Pound, *Common Law and Legislation*, in “Harvard Law Review”, 21, 1908, p. 383. Si v. anche S. Bartole, *Note sugli studi di “drafting” legislativo negli Stati Uniti d’America: da Ernst Freund all’Harvard Journal on Legislation*, in *L’educazione giuridica*, V, *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, t. III, *La discussione contemporanea*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, Napoli 1997, p. 167.

<sup>85</sup> S. Cassese, *Introduzione allo studio della normazione*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, 1992, p. 321. Sull’argomento v. anche L. Paladin, *Riflessione sui nessi fra la scienza e la tecnica della legislazione*, in *Scienza e tecnica della legislazione, Atti del Convegno* (Trieste, 28-29 ottobre 1988), Trieste 1988, p. 123.

consolidata una divaricazione fatale per la qualità della legislazione, quella tra la formulazione del contenuto delle regole (spesso costruite dai portatori di interessi) e l'adozione dei testi normativi. Dunque, si è sostenuto che “la progettazione della legge è estranea all'essenza del diritto”<sup>86</sup> anche se, già nel 1930, a proposito della formazione delle leggi, ci si domandava “non so perché, la loro preparazione non conta”<sup>87</sup>.

La “crisi della legge”<sup>88</sup> si è tramutata nella “trappola delle leggi”<sup>89</sup>.

Il tema della qualità sostanziale della legislazione viene riportato al centro del dibattito proprio dai programmi di *Regulatory Reform* e negli ordinamenti vengono progressivamente introdotti strumenti e tecniche di analisi della regolazione con l'obiettivo di valutarne prognosticamente gli effetti, di delineare le diverse opzioni regolatorie praticabili, di stimarne vantaggi e svantaggi, di consentirne un monitoraggio ed una valutazione *ex post* grazie alla fissazione di obiettivi, all'individuazione di indicatori e di basi informative<sup>90</sup>.

Anche nel nostro ordinamento, dopo alcuni tentativi operati sul terreno del *drafting*<sup>91</sup>, sono introdotte nel 1999 tecniche di analisi della regolazione nell'istruttoria normativa del governo, poi per la regolazione delle autorità indipendenti<sup>92</sup> e nella legislazione delle regioni<sup>93</sup>.

Molte cose pertanto dovrebbero essere oggi cambiate<sup>94</sup>: il procedimento che conduce all'adozione di regole è ormai oggetto di indicazioni più o meno prescrittive, in Italia come in tutti gli ordinamenti e si struttura in un tracciato della decisione regolatoria largamente simile<sup>95</sup> che trova la sua disciplina in leggi, *executive orders*, regolamenti, direttive, circolari e *guidelines*.

Eppure, l'uso degli strumenti per il miglioramento della qualità della legislazione italiana è fittizio.

La portata estrema dell'applicazione di una logica regolatoria alla legislazione e la trasparenza che questa richiede sarebbe, infatti, potenzialmente dirompente: la trama reale della decisione legislativa ne risulterebbe infatti più chiara, l'istruttoria più ponderata e impegnativa, evidenti le alternative della decisione, diminuita l'opacità che ha alimentato il rapporto tra politica e interessi.

In sintesi, l'affermazione della qualità della legislazione avrebbe una portata

---

<sup>86</sup> Ivi, p. 309.

<sup>87</sup> F. Carnelutti, *La crisi della legge*, in F. Carnelutti, *Discorsi intorno al diritto*, Padova 1937, p. 173.

<sup>88</sup> Ivi, p. 167.

<sup>89</sup> B.G. Mattarella, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna 2011.

<sup>90</sup> Per una ricognizione sia consentito il rinvio a M. De Benedetto-M. Martelli-N. Rangone, *La qualità delle regole*, cit.

<sup>91</sup> Per una ricostruzione v. R. Pagano, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Milano 2004.

<sup>92</sup> Sull'argomento v. A. Natalini-G. Vesperini, *L'analisi d'impatto della regolazione. Il caso delle autorità indipendenti*, Roma 2012.

<sup>93</sup> Cfr. M. De Benedetto, *Il quasi-procedimento per l'analisi di impatto della regolamentazione*, in “Studi parlamentari e di politica costituzionale”, 2004, n. 3-4, p. 145.

<sup>94</sup> Cfr. S. Cassese, *La qualità delle politiche pubbliche, ovvero del metodo di governare*, Lezione in occasione della presentazione del Rapporto 2012-2013 di Italiadecide, 11 febbraio 2013.

<sup>95</sup> Per un approfondimento cfr. M. De Benedetto-M. Martelli-N. Rangone, *La qualità delle regole*, cit., p. 123. Sul punto, v. anche M. Seidenfeld, *A Table of Requirements for Federal Administrative Rule-making*, in “Florida State University Law Review”, 2000, p. 533.

deflagrante rispetto all'esercizio della funzione legislativa e la disciplina in materia di analisi d'impatto della regolazione costituisce al momento una “*symbolic politics*”<sup>96</sup>.

La stessa normativa attuativa dell'AIR ha procurato un armamentario di norme “in grado di neutralizzare sostanzialmente la portata innovativa di questo strumento, complice anche la scarsa trasparenza consentita dal quadro delle regole”<sup>97</sup>.

### 3. Economia regolata e inflazione legislativa

La tendenza inflattiva della legislazione è una costante nella storia degli ordinamenti così come è costante la convinzione del disvalore che a questa tendenza si lega, a partire dalla affermazione tacitiana “*corruptissima re publica plurimae leges*”<sup>98</sup>.

Per arginarla sono stati elaborati meccanismi volti a dare periodicamente conto della legislazione vigente e ad abrogare, rivedere, correggere, armonizzare la normativa. Gli strumenti più noti a questo riguardo sono lo *Statute Law Revision Act*<sup>99</sup>, i meccanismi di ghigliottina legislativa (come il “taglialeggi” italiano)<sup>100</sup>, la *sunsetting legislation*<sup>101</sup>. Specificamente orientate a questa attività di argine erano i già ricordati medievali *statutari*<sup>102</sup> ma anche le attuali *Law Revision Commissions*<sup>103</sup> operanti nei governi statali degli Stati Uniti.

Con il XX secolo la tendenza inflattiva si è però decisamente manifestata in forma di patologia soprattutto per effetto della richiamata straordinaria crescita della legislazione economica e sociale. Questo incremento esponenziale ha avuto numerose spiegazioni.

Innanzitutto, l'inflazione legislativa è stata considerata “in funzione di un'economia regolata e [...] perdura quanto un'economia regolata”<sup>104</sup>: è cioè

<sup>96</sup> Cfr. C.M. Radaelli, *What do governments get out of regulatory reform? The case of regulatory impact assessment*, paper presentato alla XV Conference of the Nordic Political Science Association, Tromsø, Norway, 6-9 agosto 2008, p. 3. Sul punto v. anche A. Natalini-F. Sarpi, *L'insostenibile leggerezza dell'AIR*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2009, p. 233.

<sup>97</sup> M. De Benedetto 2010, *Tecniche di analisi della regolazione nell'istruttoria degli atti normativi del governo: “niente (o assai poco) di nuovo sotto il sole”*, in [www.osservatorioair.it](http://www.osservatorioair.it), 2010, p. 7. Si consideri che la relazione AIR “può” essere resa pubblica (e non “deve”), “anche” mediante strumenti informatici (d.p.c.m. 11 settembre 2008, n. 170, art. 6, comma 6). In altri termini, le relazioni AIR non sono pubbliche e ciò non comporta conseguenze in punto di legittimità o di responsabilità.

<sup>98</sup> Tacito, *Annales*, libro III, p. 27.

<sup>99</sup> Lo Statute Law Revision Act è un atto normativo a contenuto tipico, adottato allo scopo di abrogare disposizioni con un intervento di removing legislation.

<sup>100</sup> Sull'argomento v. N. Lupo-B.G. Mattarella, *Gli sviluppi del “taglia-leggi”: per ora molta immagine e poca sostanza*, in “Studi parlamentari e di politica costituzionale”, 2008, pp. 161-162.

<sup>101</sup> Anche i meccanismi di *sunsetting* sono tesi a eliminare, in modo più o meno automatico, regolazioni non più adeguate o necessarie.

<sup>102</sup> V. par. 2.

<sup>103</sup> La Law Revision Commission ha compiti di studio e di proposta quanto all'adozione di nuova legislazione, di revisione di legislazione vigente, di drafting nel procedimento di approvazione delle leggi. Operano, tra l'altro, la California Law Revision Commission (1953) in California, nello Stato del Michigan la Law Revision Commission (1965), nello Stato del New Jersey la Law Revision Commission (1985) e nello Stato dell'Oregon una Law Commission (1997).

<sup>104</sup> T. Ascarelli, *Certezza del diritto e autonomia delle parti nella realtà giuridica*, in “Il diritto dell'economia”, 1956, p. 1255.

precocemente evidente il rapporto che lega regolazione economica e inflazione legislativa. Inoltre, la regolazione economica rende “più probabile e nello stesso tempo più grave uno sfasamento tra norma e fatto” dal momento che “[...] l'economicità del fatto, [muove] interessi che più insistentemente chiedono di essere soddisfatti”<sup>105</sup>.

Lo stesso programma di interventi disegnato dalla Costituzione ha impegnato il legislatore nella sempre maggiore produzione di regole<sup>106</sup>, così come l'assimilazione nell'ordinamento nazionale della regolazione economica di derivazione europea.

L'inflazione legislativa è, poi, procurata dalla tendenza alla degenerazione dei sistemi parlamentari<sup>107</sup> e dal ricorso inarrestabile a politiche pubbliche che generano benefici concentrati e costi diffusi, espressione della rilevanza degli interessi organizzati nella produzione legislativa<sup>108</sup>.

Il legislatore, ancora, utilizza sempre più spesso la legislazione in chiave simbolica o per scopi di comunicazione politica<sup>109</sup> e la legislazione “sembra riprodurre continuamente i medesimi contenuti dispositivi, in forma quasi ‘litanica’, rischiando di determinare più di un dubbio sulla propria portata prescrittiva”<sup>110</sup>.

Infine, il legislatore sembra agire “alla cieca”, per usare l'espressione di Romagnosi<sup>111</sup>, perché in assenza di un'adeguata istruttoria normativa e di consultazioni deve intervenire più volte per la correzione, la modifica, l'integrazione delle norme.

Gli effetti del disordine normativo correlato all'inflazione legislativa sono gravi, “la società si è intossicata di regole giuridiche e appare estremamente difficile disintossicarla”<sup>112</sup> approdando all'ambita condizione di *securité juridique*<sup>113</sup>.

In primo luogo, vengono alimentate opportunità di elusione delle norme (ben note nella letteratura internazionale come *creative compliance*)<sup>114</sup> che premiano comportamenti opportunistici resi praticabili in modo massiccio grazie anche alla consulenza di una classe di intermediari nei diversi settori (si pensi alla pianificazione fiscale).

In secondo luogo, premia gli interessi capaci di darsi un'organizzazione<sup>115</sup>,

<sup>105</sup> G. Pugliese, *Il problema dell'adeguamento della norma giuridica al fatto economico*, in “Il diritto dell'economia”, 1956, p. 120.

<sup>106</sup> Cfr. G. Corso, *Perché la “complicazione”?*, in “Nuove autonomie”, 2008, 3-4, p. 326. V. anche S. Cassese-B.G. Mattarella, *L'eccesso di regolazione e i rimedi*, in *L'Italia da semplificare, I: Le istituzioni*, a cura di S. Cassese-G. Galli, Bologna 1998.

<sup>107</sup> Cfr. già G. Arangio Ruiz, *Storia costituzionale del Regno d'Italia (1848-1898)*, Firenze 1898, ed. 1985, pp. 264-265. V. anche G. Pasquino, *Nuovo corso di scienza politica*, Bologna 2009, p. 193.

<sup>108</sup> Cfr. A. La Spina, *La decisione legislativa. Lineamenti di una teoria*, Milano 1989, p. 371.

<sup>109</sup> Sul punto, v. A. La Spina-G. Majone, *Lo Stato regolatore*, cit., p. 151-152. V. anche F. Merusi, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in “Nuove autonomie”, 2008, 3-4, p. 337 e M. Clarich-B.G. Mattarella, *Leggi più amichevoli per la crescita economica*, in “Quaderni costituzionali”, 2010, p. 816.

<sup>110</sup> M. De Benedetto, *Il decreto “salva Italia”. Le liberalizzazioni e i poteri dell'Agcm*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2012, n. 3, p. 241.

<sup>111</sup> G. Romagnosi, *Questioni sull'ordinamento delle statistiche*, cit., p. 557.

<sup>112</sup> F. Carnelutti, *Certezza, autonomia, libertà, diritto*, in “Il diritto dell'economia” 1956, p. 1191.

<sup>113</sup> La *securité juridique* riguarda sia la qualità della legge che la sua prevedibilità; sul punto v. Conseil d'Etat francese, *La securité juridique et la complexité du droit*, febbraio 2006, in particolare, pp. 281 ss.

<sup>114</sup> R. Baldwin, *Rules and Government: Non-Statutory Rules and Administrative Law*, Oxford 1995, p. 185.

<sup>115</sup> Sul punto è fondamentale il contributo di M. Olson, *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Group*, Cambridge 1965, trad. it. *La logica dell'azione collettiva. I beni pubblici e la teoria dei gruppi*, Milano 1983.

prevalentemente quelli economici, trasferendo i costi delle correlate rendite sulla fiscalità generale.

In terzo luogo, l'inflazione legislativa e il disordine normativo che con sé conduce, contribuisce a generare un contenzioso di portata abnorme che accresce i costi di transazione<sup>116</sup> e incide negativamente sulla competitività<sup>117</sup>.

Infine, l'inflazione legislativa (come tutti i fenomeni inflattivi) produce un incremento quantitativo a fronte di una diminuita qualità: legislazione adottata in assenza di una adeguata base informativa, senza consultazioni e con la prospettiva di un'attuazione "alla cieca" è in qualche modo votata a produrre effetti casuali. Già nel 1930 si sosteneva che "l'accrescimento quantitativo determina lo scadimento qualitativo anche nel campo della legislazione"<sup>118</sup>.

Dunque, nel transito dalla buona legislazione alla regolazione di qualità due aspetti risultano chiari già da tempo anche se stentano a generare le conseguenze di novità che pure promettono.

Primo, le regole sono ad oggi adottate in un contesto mutevole, in cui la conoscenza scientifica e tecnologica evolve rapidamente, in cui devono essere attuate<sup>119</sup> e in cui produrranno esiti inintenzionali<sup>120</sup>: se l'approccio della pianificazione non è più praticabile proprio per ragioni epistemologiche<sup>121</sup> (prima ancora che politiche o storiche), nondimeno l'azione del regolatore deve considerarsi non solo occasionalmente ma strutturalmente esposta al fallimento. Esistono, cioè, fenomeni di traslazione degli effetti delle norme, veri e propri *side-effects*, "che possono finire per rovesciare, nella realtà, la portata delle misure prese"<sup>122</sup>.

Secondo, i postulati che hanno fondato l'esclusione dell'obbligo di motivazione della legge sono indeboliti: quello per cui "il fondamento dell'autorità legislativa sta nella sua 'legittimità' e non nella correttezza del procedimento intellettuale attraverso il quale esercita la funzione» e quello per cui il "legislatore non deve 'indebolire' il suo comando assoggettandolo a controllo culturale e intellettuale»<sup>123</sup>. Questa diagnosi, avanzata trentacinque anni or sono, attende ancora la somministrazione di una cura.

#### 4. La crisi di fiducia nella regolazione e la prospettiva della manutenzione delle regole

---

<sup>116</sup> Sul punto v. O.E. Williamson, *The mechanisms of governance*, Oxford 1996, trad. it. *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transazione: concetti, strumenti, applicazioni*, Milano 1998.

<sup>117</sup> I tempi e costi del contenzioso sono uno degli indicatori presi in considerazione dalla World Bank per l'elaborazione del rapporto Doing business.

<sup>118</sup> F. Carnelutti, *La crisi della legge*, cit., p. 178.

<sup>119</sup> Sull'implementazione v. S. Cassese, *Introduzione allo studio della normazione*, cit., p. 329.

<sup>120</sup> Sull'argomento v. il lavoro di G. O'Driscoll-M.J. Rizzo, *The economics of time and ignorance*, London-New York 1996, trad. it. *L'economia del tempo e dell'ignoranza*, di E. Galli, Soveria Mannelli 2002, p. 214.

<sup>121</sup> Sul punto v. K.R. Popper, *The Open Society and Its Enemies*, London 1945, trad. it. *La società aperta e i suoi nemici*, a cura di D. Antiseri, Roma, 2002, p. 613, F.A. Von Hayek, *The Counter-Revolution of Science. Studies on the Abuse of Reason*, New York 1952, trad. it. *L'abuso della ragione*, di R. Pavetto, Roma 1997.

<sup>122</sup> T. Ascarelli, *Certezza del diritto e autonomia delle parti nella realtà giuridica*, cit., p. 1259.

<sup>123</sup> G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano 1980, p. 69.

Il nostro tempo è caratterizzato da una crisi di fiducia nella regolazione<sup>124</sup>. La misura di quanto sia estesa questa crisi (e dei costi che questa produce) potrebbe giungere da due indicatori: il contenzioso e la corruzione. Questi due indicatori, però, sono in qualche modo silenti nel nostro sistema.

Il contenzioso è, infatti, privo di governo ma costituirebbe un insostituibile segnalatore della patologia dei rapporti generata dalla regolazione. Rappresenta, inoltre, uno strumento per l'organizzazione delle giurisdizioni, un contributo al *gathering of evidence* nella valutazione degli impatti regolatori, un indicatore del raggiungimento di obiettivi nella valutazione *ex post*<sup>125</sup>.

La corruzione è, inoltre, un indicatore silente perché essendo caratterizzata da segretezza<sup>126</sup> vede i pubblici poteri operare in un contesto di inferiorità informativa<sup>127</sup>, per cui si rende sempre difficile qualsivoglia stima<sup>128</sup>. Eppure, la diagnosi di corruzione ci rinvia a regole che sono utilizzate, in vario modo, come strumenti per conseguire profitti illeciti<sup>129</sup>, la stessa crisi di fiducia nella regolazione è legata alla "corruzione delle regole"<sup>130</sup> anzi vi sarebbe una relazione di diretta proporzionalità tra l'inflazione legislativa e la diffusione della corruzione<sup>131</sup>.

La corruzione può entrare dentro le regole attraverso il varco delle consultazioni<sup>132</sup>, che pure sono così rilevanti per acquisire il punto di vista dei destinatari.

La corruzione trae, inoltre, profitto dalle imperfezioni delle molte regole, che soprattutto consulenti e intermediari ben conoscono e ben combinano così da eludere regimi normativi o fiscali e da far mantenere una parvenza di legalità<sup>133</sup>.

La corruzione viene resa, poi, più facilmente praticabile da taluni schemi procedurali o da certe formule organizzative, e il regolatore/legislatore vi ricorre (nel

---

<sup>124</sup> C. Coglianesi, *Regulatory Breakdown: The Crisis of Confidence in U.S. Regulation*, Philadelphia 2012. Peraltro, F. Carnelutti, *Certezza, autonomia, libertà, diritto*, cit. p. 1195 osserva che "l'ordinamento giuridico vigente [è] sempre più ispirato dalla sfiducia nell'uomo singolo. L'azione è sempre più non tanto guidata quanto imbavagliata dalle norme giuridiche".

<sup>125</sup> Cfr. M. De Benedetto, *Diritto amministrativo e crescita economica*, in "Il diritto dell'economia", 2014, p. 203.

<sup>126</sup> Sul punto, cfr. A. Shleifer.-R.W. Vishny, *Corruption*, in "The Quarterly Journal of Economics", 1993, August, p. 600.

<sup>127</sup> Sull'argomento della necessità dell'informazione per il contrasto alla corruzione, A. Greycar-R.G. Smith (ed. by), *Handbook of Global Research and practice in Corruption*, Cheltenham 2011, p. 290.

<sup>128</sup> Sulle difficoltà di misurazione della corruzione, cfr. F. Anechiarico-J.B. Jacobs, *The Pursuit of Absolute Integrity. How Corruption Control Makes Government Ineffective*, Chicago 1996, p. 14.

<sup>129</sup> Sul tema v. il contributo di A. Ogus, *Corruption and regulatory structures*, in "Law & Policy", 2004, vol. 26, July-October, p. 329.

<sup>130</sup> Cfr. M. D'Alberty, *I due nemici da combattere: i corrotti e il degrado istituzionale*, in D'Alberty M. (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, in corso di pubblicazione per Rubbettino, p. 8 dove si parla di *corruzione delle regole*. Si veda anche G. Barbieri-F. Giavazzi, *Corruzione a norma di legge. La lobby delle grandi opere che affonda l'Italia*, Milano 2014.

<sup>131</sup> Cfr. M. De Benedetto, *Is it possible to prevent corruption via controls?*, in "Amicus Curiae", 2014, Issue 100, Winter.

<sup>132</sup> Cfr. A. Ogus, *Corruption and regulatory structures*, cit., p. 341, dove si sostiene che le consultazioni "increase the opportunity for corrupt transactions".

<sup>133</sup> Sulla *creative compliance*, R. Baldwin-M. Cave-M. Lodge, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, cit., p. 232.

migliore dei casi) in carenza di contezza che questi siano più forieri di opportunità di profitto illecito<sup>134</sup>.

La corruzione è mossa, infine, da ogni regola che disponga (o produca o indirettamente consenta) un effetto lato di incentivo, tanto positivo (come nel caso di una sovvenzione) quanto negativo (come nel caso di una sanzione)<sup>135</sup>.

D'altro canto, il *secret of law*<sup>136</sup> è proprio nella trasgressione che è sempre inscritta nella legge come possibilità latente<sup>137</sup>.

Ragionare sul piano dei possibili rimedi non è semplice<sup>138</sup> ma può essere di qualche utilità indicare tre piste di intervento.

Dapprima, la giustificazione delle regole: in altri termini, è indispensabile prima di adottare una nuova regolazione e dopo aver considerato l'opzione di non intervento (cd. opzione zero) dar conto di un momento di "valutazione circa l'utilità di una nuova regolazione o del mantenimento di quella esistente"<sup>139</sup> anche grazie all'utilizzo di tecniche di analisi economica della regolazione. Infatti, la regolazione ha costi che gravano su regolatori e regolati i quali sono giustificati solo se sopravanzati dai benefici che producono<sup>140</sup>.

In secondo luogo, la tracciabilità degli interessi. Come nel caso degli ingredienti negli alimenti gli interessi devono essere tracciati nella regolazione/legislazione e oggetto di una sorta di etichettatura<sup>141</sup>.

Si dia il caso di un decreto governativo che interviene in via di urgenza a ridefinire il criterio demografico (*quorum*) utilizzato per la pianta organica delle farmacie con l'obiettivo di una regolazione pro-concorrenziale che, pur nel mantenimento della pianificazione quantitativa, si traduca in un incremento delle autorizzazioni

<sup>134</sup> In generale, sul tema, v. S. Rose Ackerman, *Which bureaucracies are less corruptible?*, in A.J. Heidenheimer-M. Johnston-V.T. Levine (curr.), *Political Corruption. A Handbook*, New Brunswick 1993 third printing (first printing 1989), p. 808.

<sup>135</sup> Sull'argomento si vedano i contributi di R. Klitgaard, *Controlling Corruption*, Berkeley-Los Angeles 1988, p. 77; J.A. Gardiner, *Controlling official corruption and fraud: Bureaucratic incentives and disincentives*, in "Corruption and Reform", 1986, p. 42, S. Rose-Ackerman, *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, Cambridge 1999, p. 78.

<sup>136</sup> M. Nuijten-G. Anders (eds), *Corruption and the Secret of law. A Legal Anthropological Perspective*, Aldershot 2007, p. 12: "the possibility of its transgression or perversion is always already inscribed into the law as hidden possibility. This, then, is the secret of law".

<sup>137</sup> Il tema è oggetto centrale del contributo al diritto della teologia di S. Paolo, con particolare riferimento alla Lettera ai Romani, 3, 20: "Infatti in base alle opere della legge nessun vivente sarà giustificato davanti a Dio, perché per mezzo della legge si ha conoscenza del peccato". Su questo passaggio, v. H. Arendt, *Quaderni e Diari 1950-1973*, Vicenza 2011, p. 202: "*Nullum crimen sine lege*: dunque la legge è effettivamente anteriore al crimine, o nelle parole della lettera ai romani: la legge ha portato il peccato nel mondo. Se si aggiunge che la legge esiste in ragione del crimine possibile, si è già stipulata la natura peccaminosa dell'uomo [...] D'altro canto: se non esiste crimine senza legge, non esiste affatto un crimine in sé".

<sup>138</sup> Cfr. F. Vassalli, *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*, cit., p. 494: "Generale e diffusa è l'invocazione di un rimedio, che si ricerca generalmente sul terreno dell'elaborazione tecnica delle leggi".

<sup>139</sup> M. De Benedetto-M. Martelli-N. Rangone, *La qualità delle regole*, cit., p. 28.

<sup>140</sup> Cfr. *ivi*, p. 29.

<sup>141</sup> Così, M. De Benedetto, *Maintenance of Rules*, intervento alla International Association of Legislation (IAL) Conference "Crowdsourcing Legislation", 12 marzo 2015, Stoccolma.



consentibili. La regolazione precedente, che prevedeva essenzialmente una farmacia ogni 5000 abitanti<sup>142</sup>, viene così modificata nel senso della possibilità di apertura di una farmacia ogni 3000 abitanti<sup>143</sup>. In sede di conversione del decreto legge è stato introdotto solo un piccolo aggiustamento del criterio demografico, portandolo da 3000 a 3300<sup>144</sup>. Ne risulta che, in comuni con popolazione maggiore a 12.500 abitanti, il sistema precedente consentiva l'apertura di tre farmacie, il decreto (prima formulazione), di cinque, il decreto (come convertito), di quattro farmacie. E' evidente come un piccolo intervento possa generare un serio ridimensionamento dell'effetto pro-concorrenziale della legislazione: questo intervento dovrebbe essere tracciato nell'istruttoria normativa, forse proprio grazie all'attività degli uffici delle Camere<sup>145</sup>.

È, in sintesi, rilevante che ci sia modo di capire chi paga e chi trae beneficio in esito all'adozione di una certa regola soprattutto nel caso delle regole che esprimono politiche a benefici concentrati e costi diffusi<sup>146</sup>, quale quella appena descritta: la trasparenza è utile quando rende visibile la sostanza delle cose non solo la loro rappresentazione.

Infine, la disciplina dell'istruttoria per l'adozione delle regole.

L'istruttoria legislativa è, con riferimento all'attività conoscitiva svolta e al rispetto dei criteri di buona regolazione, insufficiente a fronteggiare uno svolgimento della funzione in linea con le attese<sup>147</sup>. L'istruttoria normativa, poi, è espressamente sottratta alla partecipazione per effetto della previsione dell'art. 13 della legge n. 241/1990<sup>148</sup>. Anzi, la carenza di una disciplina generale appare la lacuna più vistosa e più vistosamente trascurata dai numerosi interventi di riforma della legge sul procedimento amministrativo<sup>149</sup>.

Un aspetto importante e sottostimato della disciplina dell'istruttoria delle misure

---

<sup>142</sup> Art. 1, L. 2 aprile 1968, n. 475, Norme concernenti il servizio farmaceutico.

<sup>143</sup> Art. 11, D.l. 24 gennaio 2012, n. 1 "Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività".

<sup>144</sup> L. 24 marzo 2012, n. 27, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività.

<sup>145</sup> N. Lupo, *Il ruolo delle burocrazie parlamentari alla luce dei mutamenti dell'assetto istituzionale, nazionale e sovranazionale*, in "Rassegna Parlamentare", 2012, in particolare pp. 74-75 dove si tratta della "necessità che le burocrazie parlamentari spingano per l'innovazione".

<sup>146</sup> Sul punto è rilevante la classificazione di J.Q. Wilson (ed by), *The Politics of Regulation*, New York 1980, p. 366, ripresa da G. Corso, *Regole e politiche pubbliche: il punto di vista dei destinatari*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano 2005, p. 81.

<sup>147</sup> Sul punto v. la puntuale analisi di N. Lupo, *La lunga crisi del procedimento legislativo e l'impossibile qualità delle regole*, cit., in particolare pp. 432 ss. Si veda anche C. Fatta, *L'analisi d'impatto della regolamentazione (AIR) nella XVI legislatura: evoluzione normativa, problemi e prospettive*, in P. Costanzo (cur.), *La qualità della normazione nella dialettica Governo-Parlamento. Strumenti e tecniche nella XVI legislatura*, Quaderni della Rassegna Parlamentare, Napoli 2011, p. 51.

<sup>148</sup> Sull'argomento, in generale, v. M. D'Alberti, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2000, p. 1. Tale lacuna è stata, peraltro, considerata una vera e propria disfunzione del diritto amministrativo italiano, in M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino 2012, p. 305.

<sup>149</sup> Sul punto v. la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 26 febbraio 2001, Istruttoria degli atti normativi del Governo.



generali è, ancora, la distinzione tra politica e amministrazione che dovrebbe essere garantita tanto nel procedimento come nell'organizzazione dei regolatori<sup>150</sup>: la valutazione (e decisione) politica riguarda l'iniziativa alla regolazione, ne definisce gli obiettivi e individua l'opzione regolatoria preferita; la valutazione (e decisione) tecnico-amministrativa riguarda il contributo informativo, la scelta degli indicatori alla stregua dei quali verificare il conseguimento degli obiettivi, lo svolgimento delle consultazioni dei destinatari, la formulazione delle opzioni alternative.

Ora, la prospettiva che a oggi, consente di rendere percorribile l'azione combinata di questi rimedi (giustificazione delle regole, tracciabilità degli interessi, disciplina dell'istruttoria normativa) è quella della manutenzione delle regole, che - come ho avuto altrove modo di sostenere<sup>151</sup> - è già provvista di alcuni importanti ancoraggi di diritto positivo.

Manutenzione significa, da un lato, operare sullo *stock* normativo, riducendolo quantitativamente<sup>152</sup> e ricapitolandolo, come abbiamo già avuto modo di dire, alla luce del principio di concorrenza: sotto il primo profilo, lo strumento principale si conferma l'adozione di codici che esprime oggi una funzione di consolidazione<sup>153</sup> e opera prevalentemente *à droit constant* in materie di diritto pubblico<sup>154</sup>; sotto il secondo profilo, la diagnosi relativa alla legislazione distorsiva della concorrenza viene assicurata grazie al contributo dell'attività di segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>155</sup> e degli altri poteri in cui si articola la sua cd. funzione di *advocacy*<sup>156</sup>.

---

<sup>150</sup> F. Carnelutti, *La crisi della legge*, cit., p. 175 sosteneva “della necessaria separazione tra il compito politico e giuridico nella formazione delle leggi”. Sul punto v. M. De Benedetto-M. Martelli-N. Rangone, *La qualità delle regole*, cit., p. 126 dove si parla di “decisione tecnica e decisione politica” nelle procedure per la qualità delle regole e p. 150 dove si parla della distinzione tra politica e amministrazione quale principio organizzativo per la qualità della regolazione. V. anche sul tema J. Chevallier, *L'évaluation législative: un enjeu politique*, in *Contrôle parlementaire et évaluation*, a cura di A. Delcamp-J.L. Bergel-A. Dupas, Paris 1995, pp. 20-21. V., infine, i lavori di A. Alesina-G. Tabellini, *Bureaucrats or Politicians? Part I: A Single Policy Task*, in “The American Economic Review”, 97, 2007, p. 169 e A. Alesina-G. Tabellini, *Bureaucrats or Politicians? Part II: Multiple Policy Tasks*, in “Journal of Public Economics”, 2008, 92, p. 426.

<sup>151</sup> Il riferimento è a M. De Benedetto, *La manutenzione delle regole: il perché e il per come*, in “Studi parlamentari e di politica costituzionale”, 2010, n. 170, p. 7.

<sup>152</sup> Cfr. F. Carnelutti, *Certezza, autonomia, libertà, diritto*, cit., p. 1192: “l'ordinamento è diventato come un albero, la cui sovrachia vegetazione gli impedisce di fruttificare: o una vigorosa potatura o l'albero continuerà a dar foglie invece che frutti”.

<sup>153</sup> Sul tema è centrale lo studio di M.E. Viora, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Torino 1967.

<sup>154</sup> Sul punto v. S. Cassese, *Codici e codificazioni: Italia e Francia a confronto*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2005, p. 95. V. anche R. Lucifredi, *Metodi pratici per preparare buone leggi e favorirne la migliore applicazione*, cit., p. 18, dove afferma che il testo unico rappresenta “la forma tipica in cui si manifesta, in materia amministrativa, il procedimento di codificazione” e dove incita ad una “crociata per la riunione in testi unici della nostra dispersa legislazione amministrativa”.

<sup>155</sup> Sull'argomento v. M. Clarich, *L'attività di segnalazione e consultiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in “Diritto amministrativo”, 1997, p. 85. Sia consentito il rinvio a M. De Benedetto, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Bologna 2000, p. 143. V., infine, G. Napolitano, *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa*, in “Giornale di diritto amministrativo”, 2003, p. 1138.

<sup>156</sup> Per una ricostruzione v. N. Rangone, *Nuove frontiere per la competition advocacy. Il contributo dell'analisi*

Manutenzione significa, dall'altro lato, operare sulla nuova regolazione, sul *flow*. Verificare se un intervento regolatorio (adottato da parte di una autorità indipendente o con legge del Parlamento nazionale o con legge regionale poco importa) sia ancora adeguato per conseguire i suoi obiettivi significa preparare quell'intervento avendo già nell'istruttoria il *posterius*: la definizione di obiettivi; la base informativa della decisione; gli indicatori del raggiungimento di obiettivi; le consultazioni, le opzioni regolatorie; la valutazione dei vantaggi e svantaggi dell'opzione regolatoria preferita. Ancora, le tecniche attraverso cui svolgere questo tipo di istruttoria evolvono e non implicano più solo il ricorso ad uno strumentario economico-quantitativo ma si aprono anche alle rilevanti provocazioni dell'economia comportamentale<sup>157</sup> che tende a valorizzare proprio l'effettività della regolazione<sup>158</sup>.

Il modo di adottare le regole dunque cambia, e nell'ottica della regolazione la stessa funzione legislativa si rivela non più bastevole a se stessa. Alcuni esempi dal diritto positivo costituiscono una conferma di questa tendenza.

Con riforma costituzionale del 2008 in Francia si è previsto che una settimana su quattro dell'attività del Senato deve essere dedicata alla valutazione delle politiche pubbliche<sup>159</sup>; nel programma *EU Regulatory Fitness* viene fissato un principio di necessaria previa valutazione dell'assetto normativo vigente (*evaluation first*) in vista

---

dell'impatto della concorrenza ed il ruolo delle autorità antitrust, in "Mercato, concorrenza e regole", 2014, n. 2, p. 241.

<sup>157</sup> Sul punto, v. R.H. Thaler-C.R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven 2008, trad. it. *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano 2009. V. anche N. Rangone *Dalle scienze cognitive, alcune indicazioni per i regolatori*, in "Studi parlamentari e di politica costituzionale", 2012, n. 175, p. 97 e R. Baldwin, *From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree*, in "The Modern Law Review", 2014, Vol. 77, 6, p. 831.

<sup>158</sup> Sul punto, di certo interesse la rilettura di P. Calamandrei, *Il processo come giuoco*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, volume II, Padova 1950, p. 488: "Il legislatore deve conoscere, prima che la tecnica giuridica, la psicologia e l'economia del suo popolo [...] ogni uomo è una persona, cioè un mondo morale unico e originale, che dinanzi alle leggi si comporta secondo i suoi gusti e i suoi interessi, in maniera imprevedibile e spesso sorprendente". Si veda anche Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione del 18 febbraio 2016, numero affare 343/2016, parere sullo schema di decreto legislativo recante "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche": "le politiche pubbliche devono prevedere specifiche misure tecniche – spesso multidisciplinari – quali il perfezionamento del test di proporzionalità, la *compliance analysis*, il confronto costi-benefici, l'analisi (più economica che giuridica) dell'effettività della concorrenza, l'*empowerment* del consumatore, tenendo conto anche delle indicazioni dell'economia comportamentale (la cd. *behavioural regulation*). Per non parlare della necessità di un 'monitoraggio' delle riforme amministrative, capace di registrarne *ex post* gli effetti concreti e di raccogliere le reazioni di cittadini e operatori economici. Tale ultimo strumento, anch'esso multidisciplinare, è forse quello attualmente più studiato nelle sedi internazionali ed è quello tradizionalmente più carente (nel nostro sistema, ma non solo), pur essendo uno dei più efficaci per un successo 'effettivo' delle riforme".

<sup>159</sup> La *loi constitutionnelle du 23 Juillet 2008*, art. 24 ha stabilito che "Le Parlement vote les lois, contrôle l'action du Gouvernement et évalue les politiques publiques". Sull'aspetto dell'introduzione delle *études d'impact*, v. J. Maia, *Outline of the French Practice of Regulatory Impact Assessment (RIA) System Preliminary to the Legislative Process, One Year After the Enactment of the New 2008 Constitutional Framework*, in J.B. Auby, T. Perroud (eds.), *Regulatory Impact Assessment/La evaluación de impacto regulatorio*, Seville 2013, p. 167.

dell'adozione di nuove regole<sup>160</sup>; in tutti gli ordinamenti vengono introdotti strumenti e tecniche di valutazione prognostica degli effetti delle regolazioni<sup>161</sup>; infine, quando il legislatore indugia, la Corte costituzionale inizia a censurare l'idoneità dell'istruttoria legislativa<sup>162</sup>.

Dunque, il paese richiede oggi regole così come centocinquant'anni addietro. Ma oggi il bisogno è di meno regole, di regole di qualità, di regole attuate: in altri termini, vi è attesa per una funzione regolatoria che cammini su due gambe, la buona produzione e la buona manutenzione, e che sia perciò sperabilmente in grado "di riportare le leggi al diritto"<sup>163</sup>.

---

<sup>160</sup> European Commission, Communication "EU Regulatory fitness", COM(2012) 746 final, p. 4, dove si afferma che, a partire dal 2014 "the Commission will not examine proposals in areas of existing legislation until the regulatory mapping and appropriate subsequent evaluation work has been conducted".

<sup>161</sup> Sul punto interessante il rapporto Australian Government, Productivity Commission Research Report, *Identifying and Evaluating Regulation Reforms*, Appendix K, How do different countries manage regulation?, December 2011. V. anche C.M. Radaelli, *The diffusion of Regulatory Impact Analysis in OECD countries: best practices or lesson-drawing?*, in "European Journal of Political Research", 2004, p. 725. V., infine, E. Donelan, *Progress and Challenges in Selected OECD and EU Countries in Developing and Using regulatory Impact Assessment (RIA)*, in J.B. Auby, T. Perroud, *Regulatory Impact Assessment*, cit., p. 125.

<sup>162</sup> Cfr. Corte costituzionale, sentenza 10 marzo 2015, n. 70 in materia di perequazione delle pensioni: "La disposizione concernente l'azzeramento del meccanismo perequativo [...] si limita a richiamare genericamente la 'contingente situazione finanziaria', senza che emerga dal disegno complessivo la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sui diritti oggetto di bilanciamento, nei cui confronti si effettuano interventi così fortemente incisivi. Anche in sede di conversione (legge 22 dicembre 2011, n. 214), non è dato riscontrare alcuna documentazione tecnica circa le attese maggiori entrate".

<sup>163</sup> F. Vassalli, *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*, cit., p. 503.