

Declinazioni e implicazioni dell'autoregolazione: alla ricerca della giusta misura tra autonomia privata e pubblico potere

Nicoletta Rangone

1.- La disciplina dell'economia e (per certi profili) la tutela dell'ambiente sono funzioni pubbliche frequentemente esercitate dai pubblici poteri attraverso attribuzioni di tipo regolatorio. Nondimeno, in questi stessi ambiti numerose sono le ipotesi in cui la regolazione viene lasciata o affidata agli operatori di mercato, secondo schemi generalmente ascritti alla categoria dell'autoregolazione. È questo un fenomeno le cui origini risalgono alle corporazioni di ascendenza medioevale¹ e che assume oggi diverse declinazioni.

L'autoregolazione è una categoria (o un'opzione di regolazione se ci si pone dal punto di vista del decisore pubblico) ampia e multiforme. Gli esempi sono, infatti, numerosi e in continuo aumento, così come le declinazioni dell'autoregolazione. Esse possono, peraltro, essere ricondotte a due sottoinsiemi fondamentali. Da un lato, le autoregolazioni "pure", che originano dagli operatori e dai mercati (come gli *standards* di fatto² o le certificazioni volontarie adottate dalle imprese per accrescere la fiducia degli investitori e dei consumatori³). Dall'altro, le autoregolazioni che sono completate (precedute, affiancate o seguite) da un intervento pubblico, come nel caso dei codici di autodisciplina pubblicitaria⁴ oppure le norme deontologiche degli ordini professionali (di

⁽¹⁾ R. Baldwin e M. Cave, *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press, 1999, p. 64. Sulle autoregolazioni corporative dello Stato fascista si veda S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Il Mulino, 2010, p. 115 ss.

⁽²⁾ "Although they have been formulated to meet external «public» regulatory requirements" (A. Ogus, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Press, 1994, p. 109).

⁽³⁾ In queste ipotesi, l'operatore economico non solo non è tenuto ad aderire al sistema di certificazione, ma finisce anche per tradurre ed adattare alla sua realtà di impresa le norme tecniche (come nel caso di ISO 14.001).

⁽⁴⁾ In base all'art. 27bis, d.lgs. n. 206/2005 ("Codice del consumo"), "le associazioni o le organizzazioni imprenditoriali e professionali possono adottare, in relazione a una o più pratiche commerciali o ad uno o più settori imprenditoriali specifici, appositi codici di condotta che definiscono il comportamento dei

fonte consuetudinaria, ma ai quali le norme fanno frequente rinvio). Diverso è, invece, il caso della sussunzione legislativa di regole che “i privati si sono già dati nell’ambito di un’autoregolazione di interessi concernenti uno specifico settore dell’attività economica svolta”, in quanto l’originaria autoregolazione finisce per sparire all’interno della regolazione pubblica⁵.

Non mancano, peraltro, esempi di passaggio da un sottoinsieme all’altro, come nel caso delle agenzie di *rating* del credito, i cui parametri di valutazione sono stati tradizionalmente espressione di autoregolazione “pura” e che sono state di recente inquadrati dal legislatore comunitario (se stabilite nell’Unione europea e registrate conformemente al Regolamento comunitario n. 1060 del 2009)⁶, come già da tempo negli Stati Uniti⁷.

Le autoregolazioni completate da un intervento pubblico fanno riferimento ad attività private che presentano una stretta connessione con interessi pubblici (“attività oggettivamente qualificate per inerenza a pubblici interessi”, per utilizzare l’espressione

professionisti che si impegnano a rispettare tali codici con l’indicazione del soggetto responsabile o dell’organismo incaricato del controllo della loro applicazione. (...) Dell’esistenza del codice di condotta, dei suoi contenuti e dell’adesione il professionista deve preventivamente informare i consumatori”. L’art. 27^{ter} prevede poi la possibilità di coordinare l’azione davanti all’Autorità garante della concorrenza e del mercato e quella davanti a organismi di autodisciplina (come l’Istituto dell’autodisciplina pubblicitaria).

⁽⁵⁾ Ad esempio, l’affidamento della tutela dell’ordine pubblico del mercato a intermediari bancari e finanziari introdotta dal d.lgs. n. 507/1999 nelle ipotesi di emissione illecita degli assegni (revoca dell’autorizzazione ad emettere assegni, previa consultazione dell’archivio degli assegni bancari e postali e delle carte di pagamento irregolari, così disciplinando con fonte primaria un’attività già esercitata e regolata dai privati (D. Siclari, *Contributo allo studio della sussunzione legislativa di regole formate dai privati*, in *Studi in onore di V. Atripaldi*, vol. I, Jovene, 2010, p. 317). Si tratta di un metodo che, pur presentando potenziali vantaggi (evidenziati dall’Autore), come la legittimazione dei poteri autoritativi esercitati dai privati, la capacità di vincolare i regolati e la presumibile condivisione degli stessi di regole formate dal mercato, rischia di non valorizzare alcuni vantaggi dell’autoregolazione, come la flessibilità (su cui *infra*).

⁽⁶⁾ Il regolamento in oggetto (che consente l’utilizzo del *rating* a fini regolatori, su cui L. Pianesi, *Le agenzie di rating tra privatizzazione di funzioni pubbliche e opinioni private «geneticamente modificate»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, p. 179 ss.) impone requisiti organizzativi e operativi volti (tra l’altro) a identificare e gestire il conflitto di interessi che potrebbe influenzare le analisi, finendo per delineare una serie di parametri che le agenzie devono rispettare nel definire l’autoregolazione. In realtà, dal 2004 a questi operatori l’International Organization of Securities Commission-IOSCO chiedeva di adottare codici di condotta informati all’implementazione di quattro principi fondamentali (riduzione delle asimmetrie informative, trasparenza, indipendenza, riservatezza).

⁽⁷⁾ Sul punto si veda il contributo di L. Ammannati, *Mercati finanziari, società di rating, autorità ed organismi di certificazione*, in corso di pubbl. in q. *Rivista*, 1-2012, www.rivistadirittoalimentare.it.

di M.S. Giannini) e una contingente difficoltà ad assicurare la protezione di tali interessi mediante l'autoregolazione "pura". Queste caratteristiche giustificano una qualificazione di questo sottoinsieme come autoregolazione "imperfetta".

Da questa inerenza a pubblici interessi (coniugata con un'incapacità del mercato a soddisfarli) non emergono risposte regolatorie omogenee. Queste sono state oggetto di tentativi di inquadramento da parte della dottrina dei Paesi di *common law* (e in particolar modo degli Stati Uniti e del Regno Unito), dove le indicazioni per la riforma della regolazione muovono tradizionalmente nel senso di considerare sempre le alternative alla regolazione pubblica⁸ (orientamento che caratterizza anche le istituzioni comunitarie).

2.- L'accezione di *enforced self-regulations* mette in evidenza le ipotesi in cui le imprese sono richieste dai pubblici poteri di adottare autoregolazioni che sono poi "ratificate" dai pubblici poteri; "and when there is a failure of private enforcement of these privately written (and publicly ratified) rules, the rules are then publicly enforced"⁹. Ad esempio, le condizioni tecniche ed economiche di offerta dell'interconnessione da parte degli operatori dominanti nelle telecomunicazioni devono essere adottate nel rispetto dei requisiti definiti dalla normativa (comunitaria e nazionale) e dall'AGCOM, che le valuta, le approva e ne controlla il rispetto¹⁰. Un ulteriore esempio è costituito dalle autoregolazioni delle società di gestione dei mercati mobiliari, definite nel quadro delle previsioni delineate dalla Consob, che ne verifica la conformità alla disciplina comunitaria e l'idoneità ad assicurare la trasparenza del mercato (come previsto dall'art. 62 TUF ss.).

Una *meta-regulation* non prescrive come affrontare un problema (come nella regolazione del tipo comando-controllo), ma chiede ai soggetti coinvolti di formulare soluzioni sotto forma di autoregolazione ("in such a way as to encourage internal self-critical reflection about its performance")¹¹. Ad esempio, in base alla disciplina

⁸) Con riferimento al Regno Unito, si veda J. Black (*Tensions in the Regulatory State*, in *Public Law*, 2007) che evidenzia la tensione tra la spinta al "decentramento" della regolazione e quella opposta alla "centralizzazione" (governativa), che "is a necessary corollary of fragmentation".

⁹) I. Ayres e J. Braithwaite, *Responsive Regulation. Transcending Deregulation Debate*, Oxford University Press, 1992, p. 6 e cap. 4.

¹⁰) Art. 40-42, d.lgs. n. 259/2003, "Codice delle comunicazioni elettroniche". Sul punto, F. Di Porto, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Cedam, 2008, p. 245.

¹¹) N. Gunningham, *Environment Law, Regulation and Governance: Shifting Architectures*, in *Journal of Environmental Law*, 2009, p. 190. "Under this approach, a government regulator would identify a

comunitaria e nazionale relativa al controllo dei pericoli di incidenti rilevanti connessi all'uso di sostanze pericolose¹², gli operatori che svolgono determinate attività industriali sono richiesti di formulare una politica di riduzione dei rischi ed un piano di emergenza, sottoposti al controllo dei pubblici poteri che ne seguono anche l'implementazione; nell'esempio fatto, "the regulator's role is not to prescribe what action should be taken by the operator but to accredit the Safety Case and oversee its Implementation"¹³. Similmente, in base allo schema delle *mandated self-regulation*, i pubblici poteri chiedono agli operatori di adottare sistemi di controllo interno (come l'Environmental Management System) o di autoregolazione (ad esempio i codici etici che le università sono tenute ad formulare in base alla legge n. 240 del 2010).

Saremmo, invece, in presenza di *audited self-regulation* quando l'autoregolazione si basa su una delega dei pubblici poteri che mantengono un potere di verifica ed eventuale revisione¹⁴. Si pensi alle certificazioni ambientali rilasciate da certificatori accreditati ad operatori che, attraverso autoregolazione, conformano i loro prodotti o il ciclo produttivo¹⁵.

Questi sistemi misti sono anche stati definiti di *co-regolazione*, ove "a self-regulatory agency "regulate with some oversight or ratification by government, or officials representing the public interest"¹⁶ (come nei casi degli onorari di avvocati,

problem and command the target to develop plans aimed at solving that problem and then the target would respond by developing its own internal regulations" (C. Coglianese e E. Mendelson, *Meta-Regulation and Self-Regulation*, in R. Baldwin, M. Cave e M. Lodge, *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, 2010, p. 150).

¹²) Direttiva n. 96/82/CE, modificata nel 2003, e recepita in Italia con d.lgs. n. 334/1999.

¹³) N. Gunningham, *Environment Law, Regulation and Governance: Shifting Architectures*, cit., nota 31, p. 191.

¹⁴) "Audited self-regulation is defined as congressional or agency delegation of power to a private self-regulatory organization to implement and enforce laws or agency regulations with respect to the regulated entities, with powers of independent action and review retained by the agency. This self-regulatory organization is often an association of regulated entities formed for the explicit purpose of self-regulation" (Code of Federal Regulations statunitense, Recommendation 94-1).

¹⁵) M.C. Douglas, *Federal Agency use of audited-self regulation as a regulatory technique*, *Administrative Conference of the United States*, 1993.

¹⁶) A. Ogus, *Self-regulation*, 1999, in B. Bouckaert e G. De Geest, a cura di, *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. IX, Edward Elgar, p. 596. "Co-regulation is a mechanism in which a Community legislative act entrusts the attainment of the objectives defined by the legislator to parties which are recognized in the field (such as economic operators, the social partners, non-governmental organizations, or associations ...). This approach implies setting a regulatory framework in which the deadlines and mechanisms for implementation, the methods of monitoring the application of the

tradizionalmente determinati per legge in sede di autoregolazione e semplicemente recepiti con decreto ministeriale¹⁷ - sistema abrogato dagli interventi del 2011¹⁸).

Queste accezioni per certi versi si sovrappongono tra loro e non risultano pienamente soddisfacenti in vista di una classificazione dei rapporti che ne derivano tra autonomia e potere pubblico¹⁹ (e meriterebbero un approfondimento ulteriore che esula dagli obiettivi della presente analisi).

3.- Indipendentemente dai limiti evidenziati, opzioni di regolazione hanno in comune il fatto di interessare attività oggettivamente qualificate per inerenza a pubblici interessi, che si presume non adeguatamente soddisfatti dal mercato. Esse finiscono dunque per insinuare un dubbio di ordine generale: se occorre dare risposta ad un problema di rilievo pubblicistico, il ricorso all'autoregolazione (pur completata dall'intervento pubblico) non è forse un paradosso?

legislation and any sanctions are set out. The legislative authority also determines to what extent defining and implementing the measures can be left to the concerned parties" (Commissione europea, *Impact Assessment Guidelines*, SEC (2009) 92, parte III, p. 26). Si veda anche Commissione, *La Governance europea. Un Libro Bianco*, COM(2001) 428, p. 22 e Parlamento europeo, Consiglio e Commissione, *Inter-institutional agreement on better lawmaking*, 2003/C 321/01, punto 18.

(¹⁷) In base all'art. 1, legge n. 536/1949, "i criteri per la determinazione degli onorari e delle indennità dovute agli avvocati e ai procuratori in materia penale e stragiudiziale sono stabiliti ogni biennio con deliberazione del Consiglio nazionale forense, approvata dal Ministro per la grazia e giustizia". Similmente, l'art. 1, legge n. 1051/1957 prevedeva che "i criteri per la determinazione degli onorari, dei diritti e delle indennità spettanti agli avvocati e ai procuratori per prestazioni giudiziali in materia civile sono stabiliti dal Consiglio nazionale forense con le modalità previste dall'art. 1 della legge 3 agosto 1949, n. 536, e relative agli onorari e alle indennità in materia penale e stragiudiziale.

(¹⁸) Art. 3, comma 5, lett. d) del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito in legge n. 148/2011) come modificato dall'art. 10, legge n. 183/2011.

(¹⁹) In altre parole, "la condizione di "autonomia" che è caratteristica ... [dei sistemi regolativi e certificativi] è idonea a rappresentarne la condizione di separazione ma al contempo di collegamento che lega gli stessi agli ordinamenti statali, o per meglio dire generali, secondo gradi diversi di intensità e di rilevanza" (A. Benedetti, *Certezze pubbliche e "certezze" private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Giuffrè, 2010, p. 212). Ed ancora, "Self-regulation of all types may therefore be conveniently analysed within the framework of an instrumental approach to state, law and the economy, though it needs always to be remembered the deployment by the state of specific instruments of policy *vis-à-vis* self-regulatory organizations takes place within a complex interaction between legal orders" (T. Daintith, *Regulation*, in R. Buxbaum e F. Madl, a cura di, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVII, cap. 10, 1997, p. 22).

In realtà, la valutazione di adeguatezza dell'autoregolazione implica un'attenta considerazione non solo degli svantaggi, ma anche dei numerosi vantaggi²⁰. Questi vengono di seguito sintetizzati, seppure (ovviamente) la loro sussistenza va verificata con riferimento ad ipotesi concrete. Al contempo, pur evocando vantaggi e svantaggi dell'autoregolazione completata dall'intervento pubblico, va sottolineato che essi sono per la più parte riferibili anche all'autoregolazione "pura".

In termini generali, tra i vantaggi si possono elencare:

- l'*expertise* degli *end-users* della regolazione, che dovrebbe portare alla formulazione di regole adeguate a risolvere lo specifico problema concreto e non ridondanti (che dunque non impongono costi ingiustificati ai destinatari). Essa costituisce, inoltre, una delle motivazioni del ricorso all'autoregolazione "imperfetta" nei mercati ad alta connotazione tecnica e in tutte le ipotesi in cui i regolatori non dispongono di tutte le informazioni necessarie per regolare;
- la *flessibilità* delle regole prodotte, in quanto non codificate attraverso fonti del diritto e dunque maggiormente adattabili alle evoluzioni dei mercati e delle esigenze stesse di regolazione;
- gli *incentivi all'adempimento* che si creano nei regolati che sono stati coinvolti nella formulazione delle regole (strettamente connessi anche all'"effetto reputazione" nei confronti degli altri autoregolati);
- infine, i possibili *minori costi per i pubblici poteri*. A questo riguardo va sottolineato che se da un lato i pubblici poteri non devono sostenere i costi della totalità del processo regolatorio, essi potrebbero dall'altro veder aumentati i costi di controllo (perché può risultare più difficile monitorare l'implementazione di un'autoregolazione) e quelli necessari per "completare" le numerose e diverse autoregolazioni; in ultima analisi, i costi complessivi potrebbero dunque risultare superiori rispetto ai benefici che derivano dall'autoregolazione.

Dunque, l'autoregolazione potrebbe essere espressione di una regolazione di qualità, perché *incentiva la produzione di regole necessarie, residuali, adeguate e proporzionali alle esigenze da affrontare*. Naturalmente, si tratta di un esito tutt'altro che scontato, che va verificato caso per caso, in via preventiva e successiva.

Peraltro, gli svantaggi non sono irrilevanti:

- la *manca di legittimazione democratica* (diretta o indiretta) di coloro che producono l'autoregolazione;
- la limitata *accountability* (solo talvolta prevista);

⁽²⁰⁾ R. Baldwin e M. Cave, *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*, cit., p. 126-136.

- il *controllo giurisdizionale assente* (perché è assente una procedura di rilievo pubblicistico da cui possa derivare la lesione di posizioni soggettive) o *limitato* (nei casi di integrazione pubblica dell'autoregolazione);
- la *mancaza di garanzie di trasparenza e di garanzie di partecipazione* alla definizione dell'autoregolazione²¹, sovente lasciate anch'esse all'autoregolazione, anche se non mancano interventi sovranazionali che riconoscono dei correttivi al riguardo²²;
- la "certezza" di *cattura del regolatore* da parte di regolati che sono anch'essi regolatori e il *conflitto di interessi* in cui si trovano soggetti chiamati a soddisfare al contempo un interesse pubblico e interessi privati;
- la frequente *violazione del principio di concorrenza*. Le autoregolazioni possono essere all'origine di un impatto sui mercati molto simile a quello derivante dall'autoregolazione corporativa di ascendenza medioevale: monopoli di fatto (come nel caso delle agenzie di *rating*), restrizioni quantitative alla produzione (basti pensare ai consorzi per la tutela e la promozione dei prodotti tipici), accordi restrittivi della concorrenza (come possono essere qualificate alcune previsioni dei codici di condotta degli ordini professionali, ad esempio il divieto di pubblicità);
- la (limitata) *capacità di vincolare gli autoregolati*. In realtà questo svantaggio è solo eventuale, dipendendo dalla forza delle associazioni di categoria chiamate ad effettuare i controlli. Questa caratteristica potrebbe anche essere volta in positivo (e costituire un vantaggio) nelle ipotesi in cui gli autoregolati sanno che i controlli sono più stringenti perché il comportamento scorretti di uno dei membri possono generare effetti di mercato negativi per tutto il gruppo);
- l'*incertezza che si crea nei consumatori* sia in ordine agli esiti del conflitto tra interesse generale e interessi particolari, sia quanto alla capacità di questa opzione di regolazione di assicurare l'effettivo rispetto dell'autoregolazione da parte dei regolati.

(²¹) Ad esempio le procedure di consultazione definite in sede di autoregolazione da varie autorità amministrative indipendenti e dai comitati europei di regolazione dei mercati finanziari (CERS, CEBS, CEIOPS) e ora dalle autorità operanti nei mercati finanziari a livello comunitario (autorità bancaria europea, autorità europea delle assicurazioni, autorità degli strumenti finanziari e dei mercati).

(²²) Come nel caso degli accordi volontari in materia ambientale, con i quali operatori o associazioni di categoria si impegnano nei confronti delle istituzioni comunitarie ad ottenere una riduzione del livello di inquinamento, ad esempio le emissioni CO₂ delle autovetture, considerati informazioni ambientali sottoposte al regime giuridico dell'accessibilità da parte di chiunque, secondo quanto previsto dalla convenzione di Arhus (Comunicazione della Commissione Ce, *Gli accordi ambientali a livello di Comunità nel quadro del piano d'azione "Semplificare e migliorare la regolamentazione"*, COM(2002)412).

5.- Come beneficiare dei vantaggi e arginare gli svantaggi dell'autoregolazione con riferimento ad attività oggettivamente qualificate per inerenza a pubblici interessi?

L'alternativa non può essere ridotta alla scelta tra Stato e mercato (espressione di sussidiarietà orizzontale), ma va ricercata anche nelle alchimie che nascono dalla miscela di intervento pubblico e intervento privato.

È questo un equilibrio particolarmente delicato, dal momento che occorre trovare una giusta dose di intervento pubblico (che renda l'autoregolazione coerente con l'interesse pubblico), senza eccedere e così vanificare i vantaggi dell'autoregolazione (fino all'ipotesi estrema della completa pubblicizzazione della funzione di regolazione).

Come sempre accade di fronte alla scelta tra opzioni di regolazione, nessuna risposta può essere data *a priori* e la giusta misura tra autonomia privata e pubblico potere deve tener conto sia degli *incentivi* a rispettare l'autoregolazione (economici, sociali o creati dalla attraverso la regolazione che si va ad adottare)²³, sia degli incentivi ad abusare dell'autoregolazione.

Facciamo qualche esempio.

Tra gli *incentivi di tipo regolatorio* può essere menzionata la previsione del codice degli appalti pubblici che chiede alle amministrazioni aggiudicatrici di fare "riferimento al sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS) ... o certificati equivalenti" quando esse richiedono l'indicazione di misure di gestione ambientale (art. 44, d.lgs. n. 163/2006)²⁴. Il d.lgs. n. 231 del 2001, relativo alla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche dipendente da reato, incentiva l'adozione da parte delle società (e degli altri soggetti interessati da tale previsione) di modelli organizzativi (che si compongono di regole procedurali e strutturali) volti alla prevenzione della commissione di reati da parte dei dipendenti, collegando a questa il riconoscimento di un'esimente: la società che abbia adottato un adeguato modello organizzativo non risponde del reato commesso dalle persone fisiche dipendenti²⁵.

⁽²³⁾ Gli studi empirici evidenziano, infatti, che l'autoregolazione funziona quando gli autoregolati ritengono che sia nel loro interesse attenersi (*win-win opportunities*) (C. Coglianese e E. Mendelson, *Meta-Regulation and Self-Regulation*, in R. Baldwin, M. Cave e M. Lodge, *The Oxford Handbook of Regulation*, cit., 163).

⁽²⁴⁾ Questa costituisce una risposta ad uno stimolo che deriva dal diritto comunitario, che spinge le amministrazioni aggiudicatrici nazionali a riconoscere un peso sostanziale ai profili ambientali nell'aggiudicazione di appalti pubblici (Commissione, *Acquistare verde. Manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili*, 2005).

⁽²⁵⁾ In base alla classificazione ivi proposta, il d.lgs. n. 231 sarebbe un esempio di *meta-regulation* che incentiva l'adozione di autoregolazioni. Secondo uno schema analogo funzionano le Federal Sentencing Guidelines for Organizations (FSGO) statunitensi del 1991, oggetto di revisione nel 2004 (T. Rostain,

Tra gli *incentivi economici* possono essere menzionati i finanziamenti comunitari riconosciuti ai comuni che aderiscono volontariamente al Patto dei Sindaci (un'autoregolazione che ad oggi coinvolge ben 3061 comuni); questi soggetti si impegnano ad autoregolarsi ulteriormente attraverso un Piano d'azione per l'energia sostenibile che individui le azioni attraverso le quali raggiungere determinati obiettivi di riduzione delle emissioni di CO₂ entro il 2020 (previa quantificazione e identificazione delle fonti di emissione di tale inquinante presenti sul territorio), vincolanti solo per gli Stati²⁶. In questo interessante esempio di *governance* multilivello realizzata attraverso l'autoregolazione, gli incentivi all'adempimento potrebbero anche essere ricondotti alle ricadute positive sulla reputazione degli aderenti (vale a dire ad *incentivi sociali*). Naturalmente, non sempre gli incentivi sono sufficienti, ma questo non può emergere che da un'analisi successiva dei mercati di riferimento ²⁷.

6.- Come è stato evidenziato, gli *incentivi ad abusare dell'autoregolazione* sono spesso presenti. Nella scelta dell'opzione di regolazione si dovrebbe dunque valutare se, nei singoli casi concreti, gli incentivi ad alterare la concorrenza sono così forti da superare i vantaggi dell'autoregolazione, anche tenendo conto dell'elevato grado di resistenza quando esiste una tradizione di autoregolazione divenuta impermeabile all'interesse pubblico (come nel caso delle professioni intellettuali). La risposta a questi incentivi potrebbe dover variare nel tempo. Ad esempio, le professioni intellettuali soffrono una crisi di credibilità (che non caratterizza solo l'Italia) ²⁸ legata proprio allo scemare della fiducia dei consumatori sull'adeguatezza dell'autoregolazione a garantire la qualità del servizio e la tutela degli interessi degli utenti, impensabile agli inizi del secolo scorso. Oggi occorre chiedersi se l'autoregolazione dei professionisti intellettuali assicura la

Self-Regulatory Authority, Markets, and the Ideology of Professionalism, in R. Baldwin, M. Cave e M. Lodge, *The Oxford Handbook of Regulation*, cit., p. 192).

⁽²⁶⁾ Il pacchetto comunitario "Clima ed Energia" si compone di quattro direttive, un regolamento e una decisione (rivolti agli Stati) volti a ridurre del 20% le emissioni di gas a effetto serra, portare al 20% il risparmio energetico e aumentare al 20% il consumo di fonti rinnovabili entro il 2020.

⁽²⁷⁾ Non mancano casi in cui sono gli stessi autoregolati a chiedere il supporto e il riconoscimento pubblico, come nel caso della trasformazione di uno standard di fatto in uno standard imposto da una normativa (T. Daintith, *Regulation*, cit., p. 20-21).

⁽²⁸⁾ Per una lucida analisi dell'evoluzione della regolazione delle *legal professions* e del contesto in cui operano negli Stati Uniti, si veda T. Rostain, *Self-Regulatory Authority, Markets, and the Ideology of Professionalism*, in R. Baldwin, M. Cave e M. Lodge, a cura di, *The Oxford Handbook of Regulation*, cit., p. 167 ss.

qualità dei servizi offerti (qualità che comprende anche, ad esempio, la resa di informazioni al cliente sulla necessità del servizio richiesto; sui percorsi più adeguati per il perseguimento dei suoi interessi nel rispetto delle regole dell'ordinamento giuridico, che possono non coincidere con gli interessi del professionista).

La giusta misura tra autonomia privata e pubblico potere nell'autoregolazione non può che emergere da una scelta pubblica partecipata, frutto del confronto tra soluzioni regolatorie alternative e di una valutazione comparata di vantaggi e svantaggi per individuare la soluzione più adeguata al singolo caso concreto²⁹. In presenza di una regolazione pubblica che completa un'autoregolazione, vi è sempre un momento il cui il regolatore pubblico può scegliere di non affidarsi al mercato. Ma anche nei (rari) casi di autoregolazione "pura" (che emerge dai mercati e non è inquadrata in alcun modo dai pubblici poteri) i regolatori pubblici possono scegliere di intervenire *ex post* (se ritengono che gli svantaggi superano i vantaggi). L'equilibrio scelto tra autonomia privata e pubblico potere nell'autoregolazione dovrà poi essere costantemente oggetto di monitoraggio, per verificarne la persistente adeguatezza proporzionalità, residualità.

7.- I problemi che si pongono sono pertanto relativi all'esistenza di un decisore pubblico posto ad un livello di governo sufficientemente alto (per imporre la giusta misura tra autoregolazione e intervento pubblico o una rivalutazione della scelta di affidarsi all'autoregolazione "pura") e dotato di autorità sufficiente affinché le autoregolazioni ritenute necessarie vengano adottate e rispettate.

Il primo problema si pone soprattutto a fronte della circolazione degli operatori economici e degli istituti giuridici. Ad esempio, la riforma statunitense della regolazione dei mercati finanziari (Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act del 2010) ha chiesto alla Securities and Exchange Commission-SEC di individuare ed eliminare dalla sua regolazione i vincoli di *rating* (adottati da soggetti privati che si autodeterminano i parametri di valutazione) per gli investitori istituzionali³⁰; i primi

⁽²⁹⁾ "Nearly all regulatory mechanism incorporate some elements of self-regulation – whether this involves an input into the drafting of rules or a firm's monitoring its own compliance. Nearly all self-regulatory mechanism of governmental significance are subject to some degree of external state influence – even if it is merely the "shadow" of potential governmental regulation. The trick (...) is to make use of that mix of regulation and self-regulation merits that best serves legitimate governmental purpose and so merits the strongest claims to support" (R. Baldwin e M. Cave, *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*, cit., p. 136-137).

⁽³⁰⁾ Section 939A del Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010 ("Dodd-Frank Act") chiede alla SEC di "review any regulation issued by that requires the use of an assessment of the credit-worthiness of a security or money market instrument and any references to or requirements

interventi della SEC sono stati adottati nel 2011, ma nel frattempo questo vincolo si era già diffuso a livello internazionale (Basilea II), comunitario (attraverso in già citato regolamento n. 1060/2009) e nazionale³¹.

Secondo problema: nel 2000, il Tribunal de Grande Instance di Parigi impone alla società americana Yahoo! di selezionare i siti ai quali è possibile avere accesso così da “filtrare” quelli nazisti attraverso un’apposita autoregolazione (e ritirare dalla vendita oggetti che inneggiano all’odio e alla violenza). Segue una complicata vicenda giudiziaria in cui l’operatore americano ha la meglio nel paese di origine³², ma finisce per rispettare la sentenza francese in virtù della pressione esercitata dalle associazioni antirazziste francesi. I principali concorrenti di Yahoo! (eBay e Amazon) adottano la medesima autoregolazione, pur non essendo destinatari di alcuna sentenza (e nonostante l’interpretazione della costituzione americana finisca per consentire tali pratiche alla luce della libertà di espressione). Dunque l’opinione pubblica finisce per avere più potere dei giudici. A ben vedere si ripresenta il tema degli incentivi alla *compliance*, in questo caso di natura sociale (e dunque fortemente evolutivi), che (come evidenziato) vanno sempre presi in considerazione.

8.- In conclusione, la giusta misura tra autonomia privata e pubblico potere nell’autoregolazione va ricercata in concreto, con riferimento ad un determinato ambito di regolazione e ad uno specifico momento storico, tenendo conto del contesto di incentivi e disincentivi di diversa natura. Essa va poi costantemente monitorata e

in such regulations regarding credit ratings.” Una volta completata questa review, Section 939A chiede di “remove any reference to or requirement of reliance on credit ratings and to substitute in such regulations such standard of credit-worthiness”.

⁽³¹⁾ Ad esempio, in base all’art. 2 della legge n. 130/1999, “nel caso in cui titoli oggetto di cartolarizzazione sono offerti ad investitori non professionali, l’operazione deve essere sottoposta alla valutazione del merito del credito da parte di operatori terzi”. Secondo l’art. 100**bis** del d.lgs. n. 58/1998 (TUF), non si realizza un’offerta al pubblico per la “rivendita di titoli di debito emessi da Stati membri dell’Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) con classamento creditizio di qualità bancaria (*rating investment grade*) assegnato da almeno due primarie agenzie internazionali di classamento creditizio (*rating*), fermo restando l’esercizio delle altre azioni civili, penali e amministrative previste a tutela del risparmiatore”.

⁽³²⁾ Il 21 dicembre 2000, U.S. District Court for Northern District of California (San Jose Division) dichiara che la sentenza francese è inapplicabile sul territorio americano. Le associazioni francesi impugnano la sentenza davanti a U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit (2006), fino alla US Supreme Court (2006), che nega l’ammissibilità del ricorso.

rivalutata per verificare se il dosaggio individuato resta la migliore soluzione al problema che si intende affrontare³³.

Bibliografia essenziale

- I. Ayres e J. Braithwaite, *Responsive Regulation. Transcending Deregulation Debate*, Oxford University Press, 1992;
- R. Baldwin, *Better Regulation: Tensions aboard the Enterprise*, in S. Weatherill, a cura di, *Better Regulation*, Hart Publishing, 2007, p. 27 ss.;
- R. Baldwin e M. Cave, *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press, 1999;
- A. Benedetti, *Certezze pubbliche e "certezze" private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Giuffrè, 2010;
- J. Black, *Tensions in the Regulatory State*, in *Public Law*, 2007; S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Il Mulino, 2010;
- C. Coglianese e E. Mendelson, *Meta-Regulation and Self-Regulation*, in R. Baldwin, M. Cave e M. Lodge, *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, 2010, p. 146 ss.;
- T. Daintith, *Regulation*, in R. Buxbaum e F. Madl, a cura di, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVII, cap. 10, 1997;
- M.C. Douglas, *Federal Agency use of audited-self regulation as a regulatory technique*, *Administrative Conference of the United States*, 1993;
- F. Di Porto, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Cedam, 2008;
- N. Gunningham, *Environment Law, Regulation and Governance: Shifting Architectures*, in *Journal of Environmental Law*, 2009, p. 179;
- A. Ogus, *Regulatory Law: Some Lessons from the Past*, *Legal Studies*, 1992;
- A. Ogus, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Press, 1994;
- A. Ogus, *Self-regulation*, 1999, in B. Bouckaert e G. De Geest, a cura di, *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. IX, Edward Elgar, p. 587 ss.;

⁽³³⁾ È questo un modo di procedere particolarmente difficile che richiede un "an incremental approach to regulatory design which key actors negotiate and adjust the roles of different controlling institutions and influences over behaviour. This kind of regulation – as is envisaged by smart regulatory theory – involves a reflexive, dynamic approach in which regulatory strategies are constantly revised and "tuned" to changes in circumstances, preferences and so on" (R. Baldwin, *Better Regulation: Tensions aboard the Enterprise*, in S. Weatherill, a cura di, *Better Regulation*, Hart Publishing, 2007, p. 37).

- L. Pianesi, *Le agenzie di rating tra privatizzazione di funzioni pubbliche e opinioni private «geneticamente modificate»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, p. 179 ss.
- T. Rostain, *Self-Regulatory Authority, Markets, and the Ideology of Professionalism*, in R. Baldwin, M. Cave e M. Lodge, a cura di, *The Oxford Handbook of Regulation*, 2010, p. 167 ss.
- D. Siclari, *Contributo allo studio della sussunzione legislativa di regole formate dai privati*, in *Studi in onore di V. Atripaldi*, vol. I, Jovene, 2010, p. 275 ss.

ABSTRACT

Economic and environmental regulation are public functions which are frequently carried out by public bodies through regulations. Nonetheless, there are numerous cases in these same fields where regulation is left up to or entrusted the individual addressees. Such practices generally fall into the category of self-regulation. The use of self-regulation may seem paradoxical in many of the cases where the entrusted self-regulatory activities are closely connected to the public interest, and where the market is unable to provide the solution. In truth, evaluation of where self-regulation is appropriate requires careful consideration not only of its disadvantages, but also of its many advantages, while bearing in mind economic, social and regulatory incentives to respect or abuse of self-regulation. The answer to these different tensions is to be found in the correct balance between private autonomy and public powers in self-regulation. This is to be judged with reference to a specific regulatory environment time and place, and is to be constantly monitored and reconsidered to check that the identified balance is still the best solution to the problem in question.