

RAIMONDO CUBEDDU

**REGOLARE
TRAMITE *AUTHORITIES*?
UNA CRITICA SERRATA
AL PENSIERO DOMINANTE**

A giudizio dell'autore, le Authorities – se dovessero mirare a una regolamentazione tempestiva dell'emergere e della distribuzione delle novità e delle loro opportunità e conseguenze – non dovrebbero essere indipendenti dalla politica ma svolgere una funzione regolatrice delegata e settoriale (e questo ormai non è più possibile data l'imprevedibile interconnessione che si crea tra le novità); soprattutto, le loro delibere non dovrebbero essere oggetto di ricorsi o impugnazioni da parte di nessuno. Il risultato non sarebbe comunque garantito quanto lo sconquasso del nostro ordinamento istituzionale il quale è comunque al collasso. Ma tutto ciò implica una riflessione di carattere filosofico-politico nella quale i giuristi, e soprattutto i costituzionalisti, data la loro cultura e formazione attuale, sarebbe bene intervenissero soltanto nella fase di stesura delle norme attuative.

Anno XLV, n. 197 online
gennaio-aprile 2010
ISSN 2035-5866

**PROPERTY RIGHTS AND
THE RULE OF LAW:
CLASSICAL LIBERALISM
CONFRONTS THE MODERN
ADMINISTRATIVE STATE**

Richard A. Epstein

Deepak Lal
Towards a New Paganism:
The Family, the West
and the Rest

Raimondo Cubeddu
Regolare tramite *Authorities*?
Una critica serrata
al pensiero dominante

Enrico Baffi
La tutela della privacy
fra eguaglianza ed economia

Il libro annotato
Adele Lebano
Note in margine a
«Nudge. La spinta gentile»
di Cass R. Sunstein
e Richard H. Thaler

Attività del Centro Einaudi
(luglio-dicembre 2009)

bdl
Biblioteca della libertà

«Biblioteca della libertà»
Direttore: Pier Giuseppe Monateri

ISSN 2035-5866
Rivista quadrimestrale online del Centro Einaudi
[\[www.centroeinaudi.it/centro/bdl.html\]](http://www.centroeinaudi.it/centro/bdl.html)
Direttore responsabile: Giorgio Frankel
© 2010 Centro di Ricerca e Documentazione
“Luigi Einaudi”

RAIMONDO CUBEDDU

**REGOLARE
TRAMITE *AUTHORITIES*?
UNA CRITICA SERRATA
AL PENSIERO DOMINANTE**

Se dovessero mirare a una regolamentazione tempestiva dell'emergere e della distribuzione delle novità e delle loro opportunità e conseguenze, le Authorities non dovrebbero essere indipendenti dalla politica ma svolgere una funzione regolatrice delegata e settoriale; soprattutto, le loro delibere non dovrebbero essere oggetto di ricorsi o impugnazioni

IL PROBLEMA

Negli ultimi decenni del XX secolo i timori che anche molti giuristi nutrivano nei confronti dell'eccesso di leggi, della proliferazione di fonti e di produttori di diritto e perciò della conseguente inflazione normativa, si sono progressivamente dissolti. Difficile dire che ruolo abbia avuto in questo processo la credenza che se il sovrano fosse *buono* le leggi non sarebbero potute essere *cattive*, quella che una situazione per vari aspetti «complessa» non potesse essere regolata da «regole semplici»¹, quella che l'esercizio del potere potesse essere redento se finalizzato al *bene*, possibilmente *comune*, e, ancora, quella secondo la quale, senza specificare *quando*, le «buone regole» producono «buoni risultati»². Fatto sta che la «mania regolatrice», inevitabilmente e indissolubilmente connessa all'affermarsi di una concezione della politica come accelerazione dei processi sociali tramite istituzioni statuali o «indipendenti» che si esprime in leggi e re-

¹ Credenza che è stata messa efficacemente in discussione da Richard A. Epstein in *Simple Rules for a Complex Society*, Harvard University Press, Cambridge 1995, la cui tesi fondamentale appare ancora valida nonostante l'accelerazione del cambiamento e l'indubbio incremento della complessità registratisi in questi ultimi anni.

² Antico mito di cui, in maniera semiseria, si può qui dire che non si capisce perché quel che non sempre riesce al Dio cristiano debba riuscire sempre ai politici e ai componenti di *Authorities*, a meno di non pensare, sulla scia però di Machiavelli, che gli uomini abbiano più paura delle pene corporali e patrimoniali in questo mondo che del Giudizio universale nell'altro. Ciò che tuttavia, e stavolta detto seriamente, implica il concetto di *tempo*, e di «aspettativa soggettiva di tempo», riguardo al quale rinvio a Raimondo Cubeddu, *Tempo individuale e tempo delle regole. Su alcuni problemi «irrisolti» della Scuola Austriaca*, in Pier Luigi Barrotta (a cura di), *Soggettivismo, tempo e istituzioni. A partire dalla Scuola Austriaca*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2005, p. 63 e seguenti.

golamenti di tipo finalistico, si è diffusa a macchia d'olio nella cultura politica occidentale, tanto da configurarsi come un suo punto apparentemente «fermo» e quindi non più soggetto a discussioni o ripensamenti.

Le finalità, l'efficacia e le conseguenze di tale «mania», che ormai soltanto pochi persistono a considerare e a denunciare come il reale «male endemico» della politica, sono così passate in secondo piano rispetto ai presunti e promessi vantaggi attesi che sembravano avere soltanto l'inconveniente di una parziale riduzione degli spazi di contrattazione individuale in cambio di maggiore «sicurezza»³. Motivata sovente dall'etico desiderio di correggere l'asserita disparità tra i contraenti⁴ – sia nel caso di rapporto tra individui, sia in quello tra individui e imprese –, la «cultura della regolamentazione» è diventata così una relazione di tipo politico, e quindi coercitiva e asimmetrica, perché in realtà si svolge tra individui e imprese da una parte e Stato (monopolista legale della produzione di regole) dall'altro. La tendenza alla riduzione dell'incertezza tramite leggi e regole finisce così per configurarsi come un ulteriore aspetto di quel superamento della civiltà, politica, economica e giuridica, liberale di cui recentemente ha trattato Pier Giuseppe Monateri⁵ muovendo da considerazioni sulle implicazioni della lotta al terrorismo per la libertà individuale.

E tuttavia, nonostante gli sforzi e le risorse profuse, se in certi ambiti gli effetti dell'attività regolatrice si riducono a una limitazione degli spazi della libertà individuale, in altri non si sono ancora avvertiti nella misura attesa. E forse non è assolutamente il caso di disperarsi; anche se si può notare che la diffusione della «mania regolatrice» è avvenuta di pari passo alla crisi della politica come modalità di riduzione dell'incertezza tramite la produzione di leggi, norme e regole.

Ed è stata forse la consapevolezza della difficoltà (o dell'impossibilità) di ridurre la durata dei processi decisionali politico-legislativi in un mondo che diventa sempre più mutevole e complesso a spingere nella direzione di conseguire l'obiettivo di regolare il mondo e il cambiamento avvalendosi di strumenti più efficaci e veloci. Tali sarebbero dovute essere appunto delle *Authorities*, non soggette a estenuanti procedure parlamentari fatte di rinvii e di compromessi, e, per di più, composte da «esperti» dei settori da regolare la cui neutralità, autorevolezza e saggezza era riposta anche nella presunta, reale o proclamata, «indipendenza» dal potere politico, e da compensi tali da sottrarli alle lusinghe della corruzione.

Nella prima decade del XXI secolo appare però, con una certa e inquietante chiarezza, che i risultati attesi si sono ottenuti, come ha messo in luce Monateri, soltanto in quegli ambiti in cui è possibile ridurre la libertà individuale, o in quegli ambiti in cui si

³ Il fatto è che essendo questa connessa a una *percezione soggettiva dell'incertezza*, di leggi e di regole si finisce per volerne sempre di più e di libertà per averne sempre di meno.

⁴ Una tentazione che, come si può vedere anche dalla recente Lettera enciclica *Caritas in Veritate*, accomuna politici, giuristi, filosofi, teologi (ma non sempre gli economisti), quindi in generale tutti coloro i quali credono nella valenza salvifica delle regole, nella superiorità della *giustizia distributiva o sociale* su quella *commutativa* e nell'esistenza di un *bene comune* di tipo finalistico da conseguire con metodo democratico in un'*economia sociale di mercato* di cui le regole sono lo strumento; e, ancor più in generale, sono convinti che «il legno storto dell'umanità», ovvero «la naturale disegualianza tra gli uomini», possa essere corretto, e in breve tempo, da loro.

⁵ Cfr. Pier Giuseppe Monateri, *Verso un capitalismo non liberale?*, «Biblioteca della libertà», XLIV (2009), gennaio-aprile, n. 194 online.

sarebbe potuto procedere anche tramite la legislazione ordinaria. Ma la conferma della tesi degli immediati interpreti del totalitarismo del XX secolo, secondo i quali le possibilità dei regimi totalitari erano connesse alla loro capacità di adoperare scienza e tecnologia per i propri fini politici, non sembra preoccupare più di tanto. La paura dell'incertezza e la speranza di sconfiggerla – che nel passato spingevano a uno stile di vita improntato a prudenza, virtù, carità e timor di Dio (e soprattutto del Giudizio universale) – sta progressivamente producendo il desiderio di ottenere il medesimo risultato riducendo i margini di imprevedibilità sia dei fenomeni naturali sia di quelli sociali. L'obiettivo della politica diventa così quello di accelerare, costi quel che costi, la realizzazione di un mondo «ergodico» cercando, con costi complessivamente più alti, di *sconfiggere l'incertezza tramite regole*. Il consenso va così a chi ci riesce, e i costi, tanto materiali quanto culturali, passano in secondo piano rispetto all'obiettivo.

La speranza di fondo è quindi che le regole servano ad aumentare la possibilità di realizzare le aspettative e i fini individuali e sociali, e che se quindi se ne vogliono realizzare di più occorre fare più e migliori regole. L'idea che se le aspettative e i fini crescono più velocemente della produzione di regole l'obiettivo che ci si propone di conseguire con queste diventa irraggiungibile non sembra aver finora sfiorato né le menti di quanti le regole le invocano e neanche quelle di quanti le producono. I quali ultimi, inoltre, e in particolare i membri e gli studiosi delle *Authorities*, sono propensi a spiegarne i fallimenti con la circostanza che la possibilità di produrre regole è limitata da altre regole o da «carenze» giuridiche. Di modo che essi finiscono per attribuire poco peso al fatto che la produzione dei risultati attesi non dipende da quei limiti ma – sempre che le regole siano buone e adeguate e che la situazione rimanga immutata – dalla loro interpretazione, comprensione e applicazione da parte di individui che ovviamente hanno una conoscenza della situazione diversa da quella dei «regolatori» e da quella contenuta nella «regola adeguata» per risolvere la situazione conformemente alle aspettative⁶. In breve:

1) l'astratta conoscenza della migliore soluzione di un problema è comunque cosa diversa dall'essere in grado di risolverlo;

2) mentre *prima* la riduzione dell'incertezza veniva perseguita tramite la riduzione delle aspettative e delle finalità individuali e sociali e imitando i comportamenti che avevano per esperienza un numero prevedibile di conseguenze indesiderate, *ora* si pensa di poter raggiungere il medesimo obiettivo creando *a*) un sistema di regole in grado di prevedere le possibili conseguenze della realizzazione di tutte le (non selezionate) aspettative e finalità; *b*) sanzionando a posteriori le aspettative e le finalità che

⁶ E non sarebbe male chiedersi se la regolamentazione debba avvenire in vista di un «bene comune» (ciò che dal punto di vista «liberale classico» presuppone che qualcuno lo conosca con tale certezza da «giustificare» l'uso di strumenti coercitivi per realizzarlo) o, dato che esso non è la somma delle aspettative e delle finalità individuali, in vista della possibilità di realizzare il maggior numero di queste ultime. Caso in cui chi trova una soluzione diversa dalla «austriaca» *catallassi* (veloce sistema per diffondere informazioni, e quindi per selezionare e ordinare le aspettative, tramite prezzi) deve trovare anche un sistema decisamente veloce, efficace e non suscettibile di interpretazioni soggettive per trasmetterla ai destinatari e risolvere così la loro situazione; la difficoltà, in questo caso, è rappresentata dalla sincronia delle loro azioni. Sta di fatto che una selezione «democratica» delle aspettative e un eventuale ordinamento temporale della loro realizzazione non produrrebbero di certo il mondo ergodico dei regolatori e delle categorie richiamate nella nota 4.

mettono in crisi il sistema. Vale a dire, accettando l'assolutezza delle aspettative e delle finalità e cercando di comprimere le libertà individuali;

3) preso atto dell'impossibilità di incidere sulla formazione delle credenze e delle aspettative, ciò che presuppone la possibilità di controllare la produzione della conoscenza e la circolazione delle informazioni, la politica sembra concentrarsi sul tentativo di razionalizzarle e di sanzionarle a posteriori.

Al giorno d'oggi, dunque, il problema è rappresentato dall'impossibilità da parte della politica di controllare tanto la formazione quanto l'emergere delle aspettative e, perciò, sia le conseguenze indesiderate sia le conseguenze impreviste connesse alla realizzazione di quelle desiderate. L'attribuzione, o delega, alle *Authorities* della facoltà di «regolare» tempestivamente fattispecie complesse prevalentemente legate alle implicazioni sociali, economiche e giuridiche delle nuove tecnologie pone tuttavia una serie di problemi che qui saranno presi in considerazione dal punto di vista della filosofia politica.

Cheché ne possano dire i giuristi, ci si trova di fronte a un problema che può essere così riassunto:

1) se le *Authorities* sono indipendenti dal potere politico (esecutivo e legislativo) pur se da esso nominate, e se le loro delibere hanno vigenza *erga omnes* (o per lo meno, sempre che sia oggi possibile fare la distinzione, per quanti a vario titolo coinvolti dalle ripercussioni politiche, economiche, e genericamente «sociali», di quelle novità tecnologiche), ci si trova di fronte a una nuova forma di potere politico anche se contro tali delibere fossero previsti soltanto ricorsi amministrativi;

2) se si tratta invece e soltanto di una funzione delegata connessa alla complessità delle questioni e alla necessità di regolarle più tempestivamente di quanto siano in grado di fare governo e parlamento, non si riesce bene a capire perché mai le decisioni delle *Authorities* possano essere oggetto di ricorsi amministrativi.

Sta di fatto che, per lo meno nel sistema istituzionale italiano, la creazione di *Authorities* e le funzioni loro attribuite si configurano sia come un'implicita ammissione della difficoltà, se non dell'impossibilità, da parte della politica di regolare il «tutto sociale», sia come manifestazione di una tendenza ad allargare la potestà della «decisione politica» a entità, o istituzioni, che non traggono legittimità da un'investitura elettorale. E il numero di tali entità «neo-politiche» – si pensi soltanto al ruolo che talora svolge la Corte Costituzionale – si è ormai esteso a tal punto che diventa improrogabile chiedersi se tale dinamica possa ancora svolgersi all'interno di una costituzione liberaldemocratica o se non stia configurando qualcosa di politicamente nuovo. Caso in cui sarebbe opportuno elaborare un'altra forma costituzionale la quale preveda che la funzione politica possa essere svolta tanto da istituzioni che hanno una fonte elettorale quanto da istituzioni che non l'hanno, e che trovi non soltanto gli opportuni equilibri tra i poteri, ma ne specifichi anche le rispettive finalità. Proseguire nella dinamica attuale significa soltanto, a lungo andare, spalancare l'abisso della *fine della sovranità*: di quell'incertezza su chi decide in ultima istanza, che è in realtà la forma massima di incertezza.

Ciò che potrebbe essere riassunto come un inconsapevole passaggio «dalla sovranità della legge alla tirannia delle regole». Una svolta che affonda le proprie radici nel rigetto della concezione dello stato come garante dei diritti naturali del liberalismo clas-

sico, nell'accettazione di un'idea di costituzione come regolazione delle dinamiche politiche che consentono alle aspettative individuali e sociali di diventare «leggi», e infine nel venir meno delle remore nei confronti degli esiti a cui può portare il tentativo di accelerare i processi sociali (intesi come realizzazione delle aspettative individuali e sociali) tramite leggi e regole che riducono le libertà individuali.

E a quanti sostengono la «sovranità della legge» è facile obiettare che se il nostro fosse un regime di *rule of law* molte cose sarebbero dovute essere, e da tempo, diverse da quelle che sono. A iniziare dai poteri e dalle competenze dell'ordine giudiziario e dalla funzione di una Corte Costituzionale che non è certo quella del costituzionalismo liberale classico che vedeva le istituzioni politiche finalizzate alla garanzia delle libertà individuali. Cosa che troppo spesso i nostri «custodi della Costituzione» non hanno più voglia, o capacità, di fare.

La vituperata «mania» di attribuire finalità etiche alla politica e all'attività regolatrice si è così risolta in una «spontanea» ma confusa proliferazione di poteri (cosiddetti «neutri») il cui risultato è stato quello di negare, nella sostanza, la loro funzione di garanzia delle libertà individuali e la loro subordinazione a evanescenti criteri di *utilità sociale* che giustificavano la riduzione di quei diritti in vista di un *bene comune* da raggiungere tramite l'accelerazione dei progressi tramite leggi e regolamenti. Senza tener conto che sia sul concetto di «utilità sociale» sia su quello di «bene comune», la filosofia delle scienze sociali contemporanea non nutre più le stesse certezze che professano politici, costituzionalisti e uomini di chiesa. E che quando diventa impossibile, o non si vuole, elaborare criteri di distinzione e di selezione tra le aspettative e le si confonde coi «diritti», la mancata realizzazione delle aspettative soggettive viene attribuita alla politica: alla incompetenza dei politici o alla loro propensione ad abusare del potere e ad anteporre i loro interessi al «bene comune» (il quale, ovviamente, viene identificato con quello dei titolari delle aspettative, quali che siano), e non al fatto che alcune o molte aspettative e finalità non possono essere realizzate, ed è anche opportuno che non lo siano.

Di fatto, stiamo così iniziando a vedere quale potrebbe essere la nostra vita se si diffondesse la credenza che l'aspettativa a una «vita sessuale felice» possa essere realizzata tramite leggi o tramite accurate regolamentazioni da parte di una competente *Authority*.

Da un diverso punto di vista – e premesso che chi scrive ritiene che quella delle *Authorities* debba essere una funzione di tipo delegata, che pertanto non sia il caso di parlare di indipendenza dei suoi componenti dal potere politico, e che la possibilità di ricorso verso le loro decisioni debba essere, se non eliminata, per lo meno analoga a quella prevista per le leggi ordinarie, ciò che, e se ne ha consapevolezza, le renderebbe (per quel che si vedrà) pressoché inutili –, per quanto si possa esprimere interesse per l'opera, ardita ai limiti della temerarietà, in cui si è lanciata la politica occidentale, ossia *tentare di regolare le conseguenze dell'emergere dell'innovazione in un mondo non ergodico*, rimane la sensazione che essa sia destinata o all'insuccesso (ciò che ci si augura) o alla realizzazione di una forma di tirannide che supererà non soltanto «le più ardite immaginazioni dei più potenti pensatori del passato», ma anche le tragiche esperienze storiche. A ciò è da aggiungere che si ha spesso la sensazione che quella «regolamentazione» la si sia tentata con *strumenti vecchi* i quali – anche a causa del

fallimento dei sistemi educativi democratici – le consentono soltanto di ridurre le libertà individuali di stampo liberale, *ma non* di influire sulla nascita e sulla diffusione della conoscenza, e quindi delle credenze e delle aspettative e delle finalità individuali e sociali. Vale a dire, sui due settori: emergere, diffusione e applicazione dell'innovazione, e dinamiche delle credenze e aspettative sociali, che la politica dovrebbe e vorrebbe «regolare».

Riconosco che c'è chi si rende conto della situazione, e delle sue difficoltà, e chi cavalca l'«ideologia della regolazione» a scopi puramente demagogici, tramite la creazione e l'individuazione di «nemici» ma senza rendersi conto che il fallimento della regolazione si traduce presto o tardi in una diminuzione della credibilità della politica e in un incremento dei suoi – a questo punto, inutili – costi.

IL TEMPO DELLA POLITICA E LA REGOLAMENTAZIONE DELLE ASPETTATIVE

In generale, dato che «il tempo della politica» è più lungo di quello che l'innovazione impiega per modificare le aspettative e quindi la società, le regolazioni funzionano quando si tratta di situazioni consolidate o statiche. Quando invece si tratta di «regolare» situazioni dinamiche o dalle caratteristiche parzialmente ignote proprio a motivo del loro dinamismo e del loro contenuto di novità, la situazione è più complessa e il risultato più incerto. Di qui, anzitutto, le riserve sul tentativo di attribuire la regolamentazione del futuro a organismi non strettamente legittimati elettoralmente.

Le regolazioni sono efficaci quando riescono a impedire che una situazione venga indirizzata da fattori interni e/o esterni in una direzione non gradita a chi le propone. Tale efficacia, a sua volta, presuppone la competenza del regolatore e un «non spontaneo» rapporto di fiducia tra il regolatore, i produttori dell'innovazione e coloro che subiscono gli effetti della regolazione. Ma presuppone anche – e questo vale in modo particolare per l'Italia – che chi applica le regole non lo faccia in modo autonomo o indipendente da chi le ha fatte o pattuite. Ossia, stravolgendone lo spirito per adeguarne l'applicazione a quello che ormai ognuno, in Italia, ritiene sia lo spirito o il dettato di una mistica della Costituzione che è diventata anch'essa una fonte di incertezza.

La via per uscire da un'*impasse* che finirebbe per confinare la politica a una costosa irrilevanza, o nella gestione dei costi di dinamiche economiche e sociali su cui non riesce più a influire, sembrerebbe quindi essere, essenzialmente e costi quel che costi, quella di ridurre tempestivamente e drasticamente i tempi della decisione politica e, in generale, i tempi dell'amministrazione della giustizia. Anche a costo di dover mettere mano, e radicalmente, nell'intera struttura istituzionale, si tratta di evitare che la decisione politica o la produzione di regole si trasformino in occasione di infiniti e lunghissimi, incerti e costosi ricorsi amministrativi che finiscono per svuotare la funzione delle regole di produrre certezza.

Per quanto difficile da realizzare, si tratta, forse, dell'unica via percorribile per arrestare il processo di marginalizzazione della politica nel mondo della conoscenza globalizzata.

Di fatto, quando si è in presenza di situazioni dinamiche caratterizzate da un notevole «tasso» di innovazione, e dalla difficoltà, se non dall'impossibilità, da parte dei «regolatori» di esercitare un controllo sulla nascita e diffusione della conoscenza, del-

l'innovazione, delle finalità individuali e delle connesse credenze/aspettative, *allora*, se arrivano troppo tardi (e arrivano quasi sempre troppo tardi!), in maniera confusa o contraddittoria, e se possono essere facilmente impugnate dai regolati o dagli «operatori giuridici», le regolazioni non servono praticamente a nulla riguardo alla gestione delle implicazioni dell'innovazione, mentre pongono vincoli ai settori che intendono abbandonare la loro staticità e sono penalizzanti per quelli che non intendono abbandonarla.

Ci si potrebbe quindi chiedere se la strategia di favorire l'innovazione sia preferibile a quella di subirne gli effetti. In realtà cambia poco perché il lasso temporale tra la scoperta o invenzione innovativa e la sua diffusione e applicazione sociale in certi settori è diventato talmente ridotto che la politica sovente se ne accorge quando l'innovazione ha ormai prodotto i suoi effetti e modificato la situazione che si sarebbe voluto regolare. Infatti, poiché la conoscenza del *regolatore* è in genere cumulativa (fondata sull'esperienza), essa non è particolarmente adatta a prevedere gli effetti dell'innovazione. Tant'è che una delle cause dei suoi attuali problemi di credibilità è che continua a pensare che la «regolazione dell'innovazione» possa essere di tipo finalistico: *si regola al fine di ottenere certi risultati auspicabili*.

Quella che sembra sia entrata in crisi è proprio la concezione finalistica della regolazione. Soprattutto se chi la pratica non produce l'innovazione e se può esercitare una scarsa influenza su chi invece e realmente la produce (centri di ricerca, multinazionali, istituzioni finanziarie eccetera, sempre più autonomi dalla politica).

Dal punto di vista politico e giuridico, gli effetti sociali dell'innovazione sono rappresentati anzitutto da una modificazione delle finalità e delle aspettative individuali e sociali che molto spesso si trasforma in un mutamento (ampliamento o riduzione) delle domande rivolte alla politica e, quindi, dei costi per dare risposte a chi vorrebbe stabilità e certezza in un mondo che cambia così velocemente e senza una precisa direzione. In altre parole, quando alla politica si chiede di intervenire per regolare la distribuzione delle conseguenze dell'innovazione, l'innovazione ha già modificato il sistema delle credenze e delle aspettative e l'intervento al fine di regolarle in relazione alla novità non è affatto detto sia quello migliore. O che venga accettato (i ricorsi amministrativi sono «costi di transazione» e indice di scollamento tra vincoli formali e vincoli informali).

Tali credenze/aspettative, infatti e per di più, hanno assunto la caratteristica di avere una distribuzione sociale asimmetrica e instabile, difficilmente modificabile dalla politica, e, per quanto intense, una durata temporale limitata. Vengono frequentemente sostituite da altre aspettative, figlie a loro volta di altre innovazioni, e gli effetti di queste ultime finiscono per sovrapporsi e mescolarsi a quelli prodotti dalle precedenti innovazioni, rendendo praticamente impossibile distinguere i campi in cui regolare e capire quali siano le conseguenze negative dell'innovazione che si vorrebbero evitare tramite la regolazione.

«QUANDO» LA REGOLAZIONE PUÒ AVER SUCCESSO

Vi è poi il vecchio, e parzialmente realistico, argomento secondo il quale i regolatori intervengono per regolare le conseguenze dell'innovazione in maniera a loro stessi favorevole; e anche quello, ancor più importante e attuale, secondo il quale se il fine della

regolazione è di migliorare la situazione, i regolatori non possiedono (e non possono possedere) la conoscenza necessaria per indirizzare, tramite la minaccia dell'uso della forza, il cambiamento nella situazione desiderata. Sia perché la loro situazione desiderata potrebbe essere diversa da quella di chi subisce la regolazione, sia perché nessuno sa quanto potrebbe durare la situazione desiderata visto che non si posseggono le chiavi della produzione e della distribuzione della conoscenza e dell'innovazione.

In sostanza, la logica di lungo periodo – di stabilizzazione – che potrebbe e dovrebbe essere l'obiettivo del politico saggio e accorto il quale tramite la legislazione/regolazione si propone di «produrre certezza», o per lo meno di ridurre e limitare l'incertezza, potrebbe contrapporsi alla logica di chi, avendo una dimensione temporale più limitata, e consapevole che un continuo emergere di novità lascia in piedi poche certezze, ha interesse a massimizzare immediatamente le conseguenze positive dell'innovazione ed è indifferente sia al loro costo sociale, sia alla possibilità che essa continuerà a produrre conseguenze buone nel medio e lungo periodo.

Detto diversamente, in una società democratica in cui nessun governo ha ormai poteri sul modo in cui l'informazione e la conoscenza si distribuiscono nella società modificando finalità, credenze e aspettative individuali e sociali, il tentativo di una politica consapevole della lunghezza dei propri tempi rispetto a quelli del cambiamento di affidare ad «autorità amministrative indipendenti» la regolazione del cambiamento, ha un limitato e controverso successo. In certe circostanze, anzi, può accrescere i problemi perché:

a) è difficile stabilire a quale autorità competa la regolazione degli effetti di una novità;

b) i tempi della decisione e dell'applicazione sono comunque lunghi e i risultati incerti per via del fatto che quella innovazione, o quel problema, potrebbero essere superati in breve tempo;

c) il regolatore deve confrontare le proprie decisioni sia con i settori regolati (e qualora ne ignori la logica finisce per fallire nel suo intento, o per danneggiarli rispetto alla concorrenza), sia con un sistema di diritto amministrativo e con una burocrazia che non poche volte finiscono per svuotare il contenuto della sua decisione e che lo fanno in tempi comunque lunghi che si risolvono in produzione di ciò che si sarebbe voluto evitare: *incertezza*;

d) per quanto sia anche possibile elaborare sistemi di regolazione efficienti all'interno di un sistema politico-giuridico-amministrativo eccetera, ciò non impedisce che le finalità e le aspettative individuali e sociali vengano modificate da innovazioni che avvengono all'esterno di quel sistema. Ciò potrebbe esprimersi tanto in un'opposizione alla regolazione quanto in una sua contestazione giuridica o morale che ne diminuisce l'efficacia, se non altro perché ne allunga i tempi di applicazione;

e) si può pensare che le regole si affermino spontaneamente o in maniera contrattuale tra gli operatori *soltanto* in situazioni sostanzialmente stabili.

Tuttavia, se si pensa che la politica sia lo strumento per regolare le aspettative di entità statali e non (ad esempio, istituzioni finanziarie) che hanno aspirazioni temporali diverse e interessi diversi, non si fa altro che creare istituzioni e poteri inutili che hanno l'effetto di allontanare la dislocazione dell'innovazione ma che non ne arrestano la diffusione/penetrazione né gli effetti negativi.

Di qui la domanda: «qual è il rapporto tra regolazione, conoscenza del settore da regolare, modalità in cui si distribuisce l'innovazione e, infine, finalità dell'innovazione»?

Riassumendo, le distribuzioni delle conseguenze dell'innovazione ottenute per via legislativa o di regole creano aspettative, le consolidano e, se quelle conseguenze dovessero modificarsi (e la politica può farci poco), generano «costi di transazione» alti e paralizzanti finché non vengono rimosse. Ma tale processo di rimozione è lungo, e l'innovazione, ancora una volta, tenderà a dislocarsi nei paesi più ospitali. A lasciare lì tracce più o meno momentanee e consistenti delle opportunità che offre e che schiude, tanto sa che la conoscenza, diffusione e imitazione dell'innovazione, benché di breve durata, non può essere arrestata, e sa anche che essa produrrà imprecisati (per quantità e durata) effetti positivi nei luoghi in cui si disloca. Basta, a tal proposito, pensare alla scarsa attrattiva per l'innovazione di un paese, come il nostro, caratterizzato da tempi lunghi della produzione normativa e da tempi ancora più lunghi della soluzione giudiziaria (civile e amministrativa) delle controversie⁷.

Questo significa l'impoverimento di quanti non si prestano alle logiche dell'innovazione, e comporta che essa, avendo il potere di creare e modificare finalità, aspettative e credenze, impone logiche e interessi alla politica proprio perché *mentre* la politica è interessata al medio-lungo periodo, l'innovazione, essendo per di più politicamente irresponsabile, lo è solo al breve.

Il problema della regolamentazione è allora quello della possibilità da parte della politica e del diritto di regolare l'emergere e la diffusione dell'innovazione e le sue conseguenze. Sapendo che in questo settore non è più possibile utilizzare strumenti coercitivi; e che chi gestisce l'innovazione conosce assai bene le difficoltà che si incontrano nel regolare i processi innovativi tramite la coercizione e sa altrettanto bene delle conseguenze economiche negative di un approccio coercitivo alla gestione dell'innovazione.

E tuttavia, l'aspetto più interessante e importante della questione è rappresentato dal fatto che la lentezza della politica nel regolare la novità rallenta il flusso positivo (non quello negativo) delle novità nei «paesi lenti» e ne aumenta il costo della politica anche perché produce frammentazione sociale e incertezza. Ovvero controversie sulla liceità, sulla tecnicità, sul fine della regolazione e sul modo in cui l'innovazione distribuisce le proprie conseguenze. Senza dire della «protezione» o «tutela» nel tempo delle aspettative che crea e che ha creato. Il fatto è che se si regolamenta per dare soddisfazione alle aspettative create dalla diffusione di credenze estemporanee si va a finire nella produzione di provvedimenti che comunque non potranno garantire un bel nulla. Se non le si soddisfa, o si fa soltanto finta di farlo, si finisce per perdere credibilità e consenso, ma anche per incrementare l'incertezza sociale che deriva dalla difficoltà di modificare i vincoli informali tramite vincoli formali e questi ultimi tramite i primi.

⁷ Tale tesi esce confermata (per quel che serve) dall'analisi comparativa che da anni, con Alberto Vannucci, curo per Società Libera, e i cui risultati sono stati spesso ospitati su «Biblioteca della libertà». Cfr. l'ultima edizione dal titolo *L'illusione di un «paese normale». Le politiche di liberalizzazione in Italia tra annunci e non-decisioni*, in *7° Rapporto. Processo di liberalizzazione della società italiana*, Franco Angeli, Milano 2010.

UN'IPOTESI: VELOCIZZARE I PROCESSI POLITICI

Tuttavia, per quanto si creda che la situazione entro cui la politica oggi si muove sia questa, non si può concludere dicendo che è inutile arrabattarsi e che si debba, e sia più saggio, rassegnarsi alla situazione. Della politica, *purtroppo*, nessuno ha finora dimostrato che fare a meno si può anche perché, come riconobbe pure Friedrich A. von Hayek, quando ci si trova di fronte a «circostanze interamente nuove», «per varie ragioni i processi evolutivi spontanei [compresi quelli di «mercato»] possono condurre ad una *impasse* da cui non possono districarsi con le proprie forze, o, almeno, da cui non riescono a correggersi abbastanza velocemente»⁸. Ma ciò non significa che il «male necessario» non possa essere per lo meno lenito e neanche che possa essere curato subordinando la politica al diritto dei giuristi.

Noi oggi viviamo proprio una di quelle «situazioni interamente nuove» e *purtroppo* non possiamo, come allora, contare fideisticamente su una loro regolazione spontanea, o di tipo «giurisprudenziale», perché esse sarebbero ancora più lente di una regolazione legislativa. Non si tratta tanto, come pensava Hayek, dell'impossibilità della soluzione giurisprudenziale di invertire una tendenza, ma della necessità di evitare di fronteggiare situazioni nuove con strumenti vecchi e, soprattutto, lenti.

Tutta la nostra architettura istituzionale è costruita intorno a un concetto di sovranità nazionale e a una situazione caratterizzata da un diverso, discontinuo e più lento emergere delle novità. Di conseguenza, acceleratosi il processo di produzione e distribuzione della conoscenza, la politica, il diritto e le *Authorities* son destinate ad arrivare sempre più, o troppo, tardi. E tuttavia, se si intende *la politica come un tentativo di ridurre l'incertezza*, bisogna abbandonare per lo meno l'idea di fronteggiarla con strumenti inadeguati o cercando, tramite leggi e regolamenti, di costringerla, insieme all'innovazione, nel «letto di Procuste» di una costituzione che sarebbe comunque un prodotto della storia e delle contingenze anche se si credesse in una *Legge Naturale*, nei *Natural Rights*, e la si considerasse quindi come strumento per la loro garanzia o per la loro realizzazione. Solo che la nostra Costituzione, non essendo niente di tutto questo, non può essere assunta a modello per interpretare, valutare e regolare il mondo.

Velocizzare i processi decisionali mantenendo le garanzie, e soprattutto quelle individuali, significa però rivedere un po' tutta la dottrina dello stato liberaldemocratico, dai suoi fondamenti politico-filosofici e dai suoi processi decisionali all'insieme dell'amministrazione della giustizia. Ma se della politica non si può e non si riesce a fare a meno perché essa è legata all'incertezza, bisogna *almeno* che nel suo tentativo di ridurla essa usi strumenti adeguati, rifuggendo quelle sacralizzazioni dell'esistente che stanno finendo per ucciderne tanto la tragica dignità quanto le libertà individuali, lasciandoci in un mondo in cui siamo vittime di forze che non abbiamo neanche strumenti per combattere. L'attaccamento a un passato idealizzato si sta così rivelando una camicia di forza che impedisce anche di combattere una doverosa battaglia contro le conseguenze indesiderate e negative del cambiamento. E ce ne sono a iosa.

La necessità dell'esercizio del potere di regolamentazione da parte della politica si fonda allora sulla consapevolezza del fatto che le cose umane e quelle del mondo non

⁸ Friedrich A. von Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Routledge, Londra 1973, vol. I; trad. it. *Legge, legislazione e libertà*, Il Saggiatore, Milano 1986, p. 114.

vanno spontaneamente, e contemporaneamente per tutti, verso il meglio, e sul fatto che, come si è visto, la politica non è onnipotente. Ma senza dimenticare che se per ridurre l'incertezza la tempestiva e saggia produzione di regole può ancora svolgere una qualche funzione positiva, l'esperienza accumulata è il catalogo dei nostri errori ma non può essere la base delle nostre teorie per fronteggiare positivamente le sfide, le opportunità e le conseguenze dell'innovazione. In altre parole,

a) non essendo più la politica il principale produttore di innovazione, è diventato molto più difficile ottenere risultati positivi dai tentativi di finalizzarla tramite l'imposizione di regole;

b) è impensabile sperare di ottenere risultati positivi adoperando strumenti vecchi e inadeguati;

c) proprio perché le innovazioni si susseguono freneticamente, è illusorio pensare che tale frenesia possa spontaneamente produrre regole di lunga durata;

d) non bisogna comunque dimenticare che la produzione, diffusione, conoscenza, applicazione di regole richiede tempi più lunghi della produzione di innovazione, della sua diffusione e applicazione e del modo in cui crea nuove e non complementari aspettative.

In conclusione, se si vuole che funzionino, e, senza spendere parole sulle finalità, sulla reale possibilità di ottenere i risultati attesi e sulla valutazione di questi da ogni punto di vista, le *Authorities* – se dovessero mirare a una *regolamentazione tempestiva dell'emergere e della distribuzione delle novità e delle loro opportunità e conseguenze* – non dovrebbero essere indipendenti dalla politica ma svolgere una funzione regolatrice delegata e settoriale (e questo ormai non è più possibile data l'imprevedibile interconnessione che si crea tra le novità); soprattutto, le loro delibere non dovrebbero essere oggetto di ricorsi o impugnazioni da parte di nessuno. Il risultato non sarebbe comunque garantito quanto lo sconquasso del nostro ordinamento istituzionale il quale è comunque al collasso. Ma tutto ciò implica una riflessione di carattere filosofico-politico nella quale i giuristi, e soprattutto i costituzionalisti, *data la loro cultura e formazione attuale*, sarebbe bene intervenissero *soltanto* nella fase di stesura delle norme attuative.