

Giulio Napolitano

*Autorità pubblica e (ir)razionalità privata*

*1. Intervento pubblico, fallimenti del mercato, irrazionalità privata*

La nascita dei poteri pubblici e l'esercizio di funzioni amministrative da parte di appositi apparati burocratici sono il risultato di lunghe vicende storiche e di complessi processi politici ripetuti nel tempo. In termini logici, tuttavia, possono considerarsi anche come la risposta data all'emergere di diversi fallimenti del mercato in base a un implicito calcolo razionale da parte della comunità. Ogni forma di intervento pubblico, in questa prospettiva, mira a ripristinare condizioni di efficienza allocativa non raggiungibili in base al solo operare dell'iniziativa privata o a raggiungere obiettivi di equità distributiva prefissati a livello costituzionale o assunti a livello politico.

Dietro la maggior parte dei fallimenti del mercato curati dall'intervento dell'autorità pubblica si cela un problema di razionalità limitata del privato. È il caso, in particolare, delle asimmetrie informative che rischiano di inficiare la conclusione dei contratti e il loro corretto adempimento, generando così fenomeni diffusi di sfiducia tali da condurre a un volume sub-ottimale di scambi. Ma fallimenti cognitivi si ritrovano anche dietro consumi ridotti di beni socialmente meritevoli, come l'istruzione e la cultura, e persino in condotte almeno in apparenza perfettamente razionali. Il monopolista che sfrutta il suo potere di mercato, ad esempio, opera coerentemente per massimizzare il suo benessere individuale. Eppure, così facendo, a lungo andare, rischia di creare disaffezione nei suoi clienti e quindi di erodere le basi del suo mercato, persino in presenza di beni spesso considerati essenziali o a domanda anelastica.

Anche il *free-riding* di un bene a consumo non escludibile costituisce, isolatamente considerato, una condotta perfettamente razionale. Eppure la ripetizione su larga scala di questo comportamento può ritenersi collettivamente

irrazionale, dato che finisce per privare di adeguate basi di finanziamento la produzione di beni essenziali per la vita della comunità e per il funzionamento del mercato. È questo un problema che tende a riproporsi nel momento in cui la produzione di beni pubblici puri, come la sicurezza, la difesa da attacchi esterni e l'amministrazione della giustizia viene assicurata dallo Stato. Anche i comportamenti di *free-riding* nella sfera pubblica, consistenti nell'evasione o nell'elusione degli obblighi tributari, se individualmente razionali, ancorché illeciti o ai confini della legalità, diventano a lungo andare controproducenti per l'intera comunità, traducendosi in un potenziale pregiudizio anche per coloro che li hanno posti in essere (come avviene quando lo Stato è costretto a introdurre misure tributarie eccezionali per rientrare dal debito pubblico che probabilmente colpiranno anche il patrimonio ingiustamente accumulato dagli evasori).

## *2. Regolazione pubblica e fallimenti cognitivi nelle relazioni di mercato*

Ciò preliminarmente chiarito, si può osservare come a fronte di un problema di razionalità limitata nelle relazioni di mercato tra privati, l'ordinamento mira a porvi rimedio attraverso un intervento pubblico di regolamentazione che assume diverse gradazioni e intensità a seconda della natura e della posizione delle parti. Ciascuna relazione diventa così oggetto di un diverso regime regolamentare. Differenti, infatti, sono le condizioni di asimmetria informativa (e di potere di mercato) nei rapporti tra imprese e consumatori e in quelli tra imprese. Anche in questi ultimi, peraltro, non tutto si svolge necessariamente su un piede di parità. Ad esempio, il caso della filiera elettrica mostra chiaramente come alcuni operino in una posizione di forza contrattuale e altri in una di debolezza.

La varietà dei diversi tipi di relazione, d'altra parte, è confermata dall'esistenza di rapporti, ad esempio, tra un *supplier* e un *customer*. Questi si caratterizzano, nel settore dell'energia e, più in generale, in quelli infrastrutturali, per le particolari condizioni tecniche e di mercato in cui opera il *supplier* quando questi è un operatore di rete. Quest'ultimo, infatti, è un soggetto forte, capace di massimizzare a suo vantaggio le condizioni dell'affare in mancanza di un adeguato intervento regolatorio, anche a causa delle informazioni limitate di cui dispongono le imprese che chiedono l'accesso alla rete. Anche l'operatore di rete, peraltro, può essere vittima di fallimenti cognitivi. Non sempre, infatti, egli persegue strategie di sotto-investimento al fine di limitare la concorrenza a valle. Può anche

accadere che egli sopravvaluti le dinamiche della domanda e finisca per fare investimenti che si traducono in un eccesso di capacità di rete, come avvenuto nel settore dell'energia a causa della crisi economico-finanziaria.

Anche il mondo delle relazioni tra imprese e consumatori è più variegato di quanto non si pensi abitualmente. Accanto al consumatore che compra i servizi a condizioni di mercato, eventualmente regolamentate, ad esempio, vi è un consumatore particolarmente protetto in ragione della sua particolare posizione di debolezza, al quale l'ordinamento cerca di garantire comunque l'accesso a servizi essenziali, come parte integrante di un suo diritto di cittadinanza: si pensi alla speciale disciplina dei c.d. bonus nei settori dell'energia elettrica e del gas.

Queste diverse specie di relazioni tra privati sono all'origine di diversi regimi regolamentari. Essi sono tracciati nelle loro linee essenziali dal legislatore europeo e nazionale. Ma, nella maggior parte dei casi, spetta poi all'autorità di regolazione definire le discipline di dettaglio e adeguarle al mutare delle condizioni di mercato e dei bisogni. Le tecniche di regolamentazione, conseguentemente, sono differenziate. In alcuni casi si tratta semplicemente di correggere asimmetrie informative, attraverso obblighi di pubblicazione o di informazione, anche se talora questi strumenti si rivelano inadeguati a causa dell'eccesso di comunicazione e all'incapacità cognitiva del destinatario. In altri casi, proprio per accompagnare le scelte di individui non sempre perfettamente consapevoli delle scelte che intendono assumere, si prevedono meccanismi di "spinta gentile" (*nudge*), ad esempio mediante il ricorso a regole suppletive destinate a intervenire soltanto in via residuale. In altri casi ancora, dove i limiti cognitivi si associano a gravi fallimenti di mercato, derivanti ad esempio dalla posizione monopolistica di uno dei contraenti, l'intervento pubblico si traduce nella creazione di articolate reti di protezione basate anche sulla determinazione autoritativa delle condizioni essenziali dell'affare.

Essendo così diversi ambiti e modelli regolamentari vi è poco spazio per l'applicazione estensiva o analogica da parte del giudice dei rimedi previsti dal legislatore o dal regolatore per fronteggiare problemi di razionalità limitata. Può invece ben accadere che sia il regolatore a imitare e trapiantare soluzioni sperimentate in un diverso contesto regolamentare. È poi frequente la condivisione delle procedure e dei luoghi di tutela in sede amministrativa, giurisdizionale e para-giurisdizionale, a prescindere dalle diverse tecniche e intensità delle regole di protezione.

### 3. *La razionalità limitata del regolatore*

L'efficacia di ogni intervento regolatorio, peraltro, rischia di essere pregiudicata dal fallimento cognitivo che colpisce i rapporti tra regolatore e regolati e, più in generale, quelli tra autorità pubblica e privati.

In molti casi, infatti, il regolatore si trova di fronte a operatori privati perfettamente razionali che tenderanno a massimizzare a proprio vantaggio la capacità di influenza e il superiore patrimonio informativo di cui dispongono. L'amministrazione, infatti, spesso versa in una posizione di asimmetria informativa nei confronti del privato. Questa posizione dell'amministrazione rischia di pregiudicare la corretta costruzione della disposizione pubblica, perché il regolatore ha una conoscenza imperfetta e spesso inferiore rispetto agli operatori privati di ciò che deve regolare. Di qui lo sviluppo di varie tecniche per aumentare il patrimonio informativo a disposizione dell'amministrazione: ad esempio, incrociare le informazioni fornite dalle imprese e metterle in conflitto tra loro e con portatori di interessi contrapposti, come quelli di utenti e consumatori, può servire a ridurre l'asimmetria informativa del regolatore.

Il regolatore è poi vittima del comportamento nascosto del privato nell'adempiimento della regola. Non sempre, infatti, l'autorità è in grado di valutare se effettivamente le imprese si stanno fedelmente conformando alla regola, se la eludono in vario modo o se la violano. Meccanismi di verifica possono operare soltanto a campione, colpendo un numero limitato di infrazioni. Anche la tecnica del *fire-alarming*, grazie alle denunce e alle segnalazioni di utenti e consumatori, dà risultati parziali. Non necessariamente, infatti, questi sono in grado di valutare se i loro diritti sono violati. E non sempre sono incentivati ad agire soprattutto se i danni individualmente subiti hanno scarso valore economico. Dunque, l'autorità pubblica non sa se la regola adottata è giusta e efficiente e non ha certezze nemmeno sul suo grado di effettivo rispetto.

La razionalità limitata del regolatore, peraltro, non dipende soltanto dalla sua asimmetria informativa nei confronti dei regolati, ma anche dalla difficoltà di prevedere le variabili di contesto: politico e geopolitico, economico e di mercato, industriale e tecnologico. Tutte le scelte regolatorie, in definitiva, si basano su un giudizio prognostico circa l'andamento di fattori che tuttavia esulano dalla sfera di controllo dell'autorità pubblica. Di qui il rischio che le relative determinazioni, a cominciare da quelle tariffarie, si rivelino incongrue, traducendosi involontariamente in un premio o in una penalizzazione per un operatore o per l'altro.

#### *4. La razionalità limitata dei privati nei rapporti con l'autorità pubblica*

Le strategie del decisore pubblico, d'altra parte, possono fallire anche a causa di un opposto limite cognitivo che colpisce i privati nelle loro relazioni con il regolatore. Quelli che siamo abituati a considerare come agenti perfettamente razionali possono improvvisamente rivelare tutta la loro fragilità. Può, infatti, accadere che i soggetti regolati, soprattutto quelli di minori dimensioni, si rivelino incapaci di conformarsi alle regole dettate dall'autorità pubblica, sia perché non ne intendono in pieno il senso, sia perché possono non disporre di tutti gli strumenti e le competenze per adeguare la propria organizzazione ai vincoli fissati in sede amministrativa. Il problema si pone anche rispetto a regole meramente dispositive o che comunque rimettono ai suoi destinatari la scelta dell'opzione più favorevole. Può così capitare che un'impresa finisca paradossalmente per optare per la regola più onerosa invece che per quella più favorevole. In questo modo possono fallire i modelli regolatori concepiti proprio per accompagnare la transizione da un assetto monopolistico a uno concorrenziale, basato sul riconoscimento agli operatori di un effettivo margine di autonomia nella definizione competitiva delle diverse condizioni di offerta.

Il fallimento cognitivo del privato, d'altra parte, può manifestarsi anche nella fase di costruzione della regola da parte dell'autorità pubblica. Ai fini della sua corretta definizione, la razionalità procedurale può senz'altro giocare un ruolo rilevante. È anche in questa prospettiva, d'altra parte, che può spiegarsi lo sviluppo di discipline legislative del procedimento amministrativo particolarmente ricche e articolate, che hanno ormai soppiantato le frammentarie indicazioni provenienti dall'elaborazione giurisprudenziale. Quanto più la decisione pubblica è adeguatamente istruita e si avvale del contributo qualificato degli operatori, tanto più essa può affrontare adeguatamente i problemi di fallimento del mercato cui intende porre rimedio.

Ancora una volta, però, l'amministrazione sbaglierebbe a fare pieno affidamento nella perfetta razionalità del suo interlocutore privato. L'utilità della partecipazione privata, infatti, può essere minata dalla posizione di asimmetria informativa in cui il privato versa rispetto al regolatore. La partecipazione spesso si svolge al buio, non essendo i privati a conoscenza delle intenzioni del regolatore e delle informazioni a sua disposizione. La diffusione di documenti di consultazione e persino di bozze dei provvedimenti da assumere riduce questa asimmetria, ma non la cancella del tutto. Mancano poi meccanismi istituzionalizzati di scambio delle informazioni di fonte pubblica e privata circolate in occasione della vicenda procedi-

mentale. Sta di fatto che il regolato, non avendo mai perfettamente chiaro cosa abbia in testa il regolatore, è in grado di offrire un'interazione soltanto limitata. Il regolatore, d'altra parte, ha una naturale ritrosia a garantire una *full disclosure* a colui che in seguito potrà servirsene per impugnare davanti al giudice amministrativo le sue decisioni. Ancora una volta, la difficoltà a costruire un contesto autenticamente cooperativo rischia di generare un esito sub-ottimale per tutti gli attori coinvolti, dando così origine a una regola formalmente più intrusiva, ma di fatto meno efficace.

A ciò si aggiunga che vi è comunque una disparità di capacità partecipativa tra i privati. La grande impresa ha un incentivo più elevato a partecipare attivamente perché maggiore è l'impatto della decisione regolatoria sui ricavi e sui costi. E può mettere in campo più risorse e più competenze per avvalorare le proprie tesi. Le imprese più piccole e le associazioni di utenti e consumatori, soprattutto quelle meno organizzate o con minore visibilità mediatica, hanno incentivi ridotti e minore capacità di influenza.

Anche il contributo che può venire dalla partecipazione al fine di porre parziale rimedio ad alcuni fallimenti cognitivi del regolatore, dunque, rischia di essere poco efficace se vi sono asimmetrie e disparità tra autorità pubbliche e privati e tra diverse categorie di privati che si riproducono nel corso del procedimento amministrativo. Il che invita a riflettere su un ultimo fatto: forse il regolatore deve porsi il problema del *nudge*, della spinta gentile, non soltanto nelle relazioni di mercato che esso regola ma anche, nei rapporti con gli operatori e con gli altri portatori di interessi privati che si svolgono sul piano del diritto amministrativo.