

RAPPRESENTANZA, PARTECIPAZIONE E NUOVE DINAMICHE DELLA
REGOLAZIONE *

FELICE GIUFFRÈ **

Sommario

1. La “fuga” del Parlamento di fronte alla frammentazione degli interessi e alla crisi della rappresentanza politica. – 2. Sapere tecnico-specialistico e decisione politica: le autorità amministrative indipendenti come sede di ricomposizione degli interessi. – 3. Le nuove frontiere del principio di legalità: la partecipazione, la legittimazione da risultato e il dovere di dare pubblico conto.

Abstract

For some time constitutionalists and political scientists have been questioning the crisis of political representation and the inadequacy of the classical instruments of Western democracy. The inadequacy manifests itself, first of all, with the progressive renunciation of the Parliaments to exercise their typical legislative function. The regulation of important sectors of the social and economic life of the community is so often entrusted to independent Authorities or Agencies, which do not have a legitimation of a democratic and elective nature, but only technical and professional. For this reason, the regulatory acts of these Authorities or Agencies must be produced following procedures that guarantee the maximum participation of stakeholders and citizens, in single or associated form. Indeed, only by strengthening the participation from below will it be possible to guarantee, in a new form, the substance of the principles of the rule of law.

Suggerimento di citazione

F. GIUFFRÈ, *Rappresentanza, partecipazione e nuove dinamiche della regolazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Il presente contributo è la rielaborazione dell'intervento svolto in occasione del convegno su “Crisi della rappresentanza e nuove dinamiche della regolazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa”, Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali, Catania, 4 aprile 2017.

** Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Catania.
Contatto: fgiuffre@lex.unict.it

1. La “fuga” del Parlamento di fronte alla frammentazione degli interessi e alla crisi della rappresentanza politica.

Ormai da qualche decennio la dottrina costituzionalistica e quella politologica si interrogano sulla “crisi della rappresentanza politica”, ovvero sulla sopravvenuta inadeguatezza degli istituti che, a partire dallo Stato di diritto ottocentesco sino alla sua evoluzione costituzionale e pluralistico-sociale della seconda metà del Novecento, hanno costituito forma e sostanza della democrazia rappresentativa di matrice occidentale¹.

L'accennata inadeguatezza si misura, innanzi tutto, con la progressiva contrazione del ruolo delle Assemblee rappresentative nell'esercizio della funzione di produzione normativa e di quella elettiva. Tale tendenza, all'inizio del nuovo millennio, è stata descritta, forse con eccessiva enfasi, in termini di “marginalizzazione” del Parlamento² e ciò proprio a causa delle profonde trasformazioni che hanno segnato il contesto politico, sociale ed economico mondiale a cavallo tra il secondo e il terzo millennio.

Tra gli evocati mutamenti vi è, senz'altro, la crescente difficoltà di ritrovare, nell'ambito della dialettica maggioranza-opposizione, formule di sintesi dell'interesse generale, dinanzi a comunità di rappresentati le cui domande non sono, oramai, adeguatamente e preventivamente aggregate nell'ambito di formazioni sociali intermedie come i partiti o i sindacati. La sovrabbondanza informativa prodotta dai nuovi strumenti d'informazione (tanto la televisione, quanto, soprattutto, il *web* che, a differenza della prima, non opera soltanto in senso unidirezionale) hanno reso, infatti, “ridondanti” le strutture delle tradizionali organizzazioni politiche³, con grave pregiudizio per le dinamiche delle forme di governo che proprio intorno ai partiti trovavano il loro punto di equilibrio⁴.

Com'è stato efficacemente rilevato, in un sistema di pluralismo *post burocratico* “i cittadini, gli attivisti, i membri di un'organizzazione possono comunicare tra loro indipendentemente dall'intervento e dal supporto di organizzazioni più o meno rappresentative. L'interattività tra singoli è una prerogativa

¹ Per una panoramica dei sistemi di c.d. “democrazia occidentale”, A. LIJPHART, *Le democrazie contemporanee*, il Mulino, Bologna, 2001, 27 ss.

² Cfr., T. BURNS, C. JAEGER, A. LIBERATORE, Y MENY, P. NANZ, *The Future of Parliamentary Democracy: Transition and Challenge in European Governance - Green Paper prepared for the Conference of the European Union Speakers of Parliament, September 2000* (http://ec.europa.eu/governance/docs/doc3_en.pdf).

³ Così, F. MANCINI, *Il post partito. La fine delle grandi narrazioni*, il Mulino, Bologna, 2015, p. 20 ss. (dell'*eBook*), che mutua l'espressione da F. RANIOLO, *Le trasformazioni dei partiti politici*, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli, 2004. Sui partiti politici, di recente, G. VECCHIO, *I partiti*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, II, 4, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2016, p. 4 ss.

⁴ Sul punto sia consentito il rinvio a F. GIUFFRÈ, *Crisi dei partiti, trasformazione della politica ed evoluzione della forma di governo*, in *Federalismi.it*, n. 23/2016, p. 2 ss.

va essenziale del pluralismo post burocratico (...) L'interattività è proprio ciò che distingue quest'ultima fase di forma democratica dalla precedente, imperniata sui mezzi della comunicazione di massa e sulla televisione in particolare, costretta dall'unidirezionalità dei suoi messaggi"⁵.

In tale quadro, nei processi di formazione dell'opinione pubblica i partiti vengono sempre più spesso scavalcati e gli elettori, semmai, tendono a ricercare una relazione diretta con i propri rappresentanti attraverso mezzi di comunicazione (*blog, social network, massmedia interattivi*) che appaiono certamente "non convenzionali", almeno se confrontati con i classici strumenti della democrazia rappresentativa. Tale relazione immediata tra rappresentante e rappresentato tende a indebolire ulteriormente il legame del primo con il proprio partito e con il corrispondente gruppo parlamentare e proprio per tale ragione questi, sempre più frequentemente, si rivelano incapaci di imporre nelle aule parlamentari le scelte determinate in seno ai loro organi direttivi.

Il fenomeno sinteticamente richiamato esercita una enorme refluenza sulla forma di governo e sul funzionamento delle Assemblee rappresentative, che, con la liquefazione dei partiti - ormai nemmeno pallido ricordo di quelle formidabili organizzazioni politiche che, in Europa, hanno segnato la storia del Novecento⁶ - perdono quell'elemento di coesione e continuità che, dall'avvento del suffragio universale, contribuiva a razionalizzare anche i modelli istituzionali strutturalmente più instabili.

Ciò nonostante, una certa prometeica fiducia negli strumenti dell'informatica e della telematica induce taluno a rilanciare le presunte virtù taumaturgiche della democrazia immediata, quasi che l'annullamento delle distanze, determinato dalla diffusione delle nuove tecnologie, fosse in grado di ricreare condizioni paragonabili a quelle dell'*Ecclesia* ateniese⁷.

Ma, a prescindere da tali illusorie prospettive - che, almeno nelle più ingenuo declinazioni, non fanno i conti con la complessità sociale contemporanea - lo sviluppo tecnologico e della scienza esercita oggi una poderosa influenza anche sui processi di formazione dei contenuti delle decisioni di rilievo collettivo.

⁵ Ancora, F. MANCINI, *Il post partito*, cit., 56 ss., il quale nota come "la Primavera araba, ma anche una miriade di altre esperienze, dimostra la forza dirompente di questa possibilità, che rende, appunto, superflua la presenza di un'organizzazione rigida, strutturata cioè secondo livelli gerarchici prefissati, almeno in alcuni momenti". In argomento si veda, altresì, M. REVELLI, *Finale di partito*, Torino 2013, IV, 1 ss. (dell'*eBook*).

⁶ Cfr., O. MASSARI, *La parabola dei partiti in Italia: da costruttori a problema della democrazia*, in *Dem.Dir.*, nn. 3 e 4, 2009, 23 ss.; A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc.Dir., Annali*, VIII, Giuffrè ed., Milano, 2015, 295 ss.; G. VECCHIO, *I partiti*, cit., 4 ss.

⁷ In argomento, di recente, P. BILANCIA, *Crisi della democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, *www.federalismi.it*, num. spec. n. 1 del 2 ottobre 2017, p. 1 ss.

Tale influsso si svolge in una duplice direzione.

Per un verso, la complessità tecnologica rende sempre più inadeguata la competenza “generalista” dei Parlamenti, che non possono deliberare su scelte profondamente condizionate da nozioni proprie di *saperi* tecnico-specialistici.

Per altro verso, il medesimo progresso scientifico e tecnologico sposta sino a latitudini sino a qualche tempo fa inimmaginabili i confini naturalistici che presiedono le azioni umane, rendendo, vieppiù, necessaria la determinazione, per via giuridico-normativa, di confini artificiali all’attività di manipolazione dell’uomo sui processi naturali. In proposito, solo per fare alcuni esempi, basti pensare alle scelte che riguardano il “fine vita”, gli organismi geneticamente modificati, la sperimentazione medica a fini terapeutici, le applicazioni della c.d. “intelligenza artificiale”.

Non solo. Il sapere tecnico-specialistico pervade in maniera sempre crescente anche ambiti di vita sociale ed economica che reclamano una puntuale regolamentazione normativa, pur non coinvolgendo profili etici inerenti al rapporto tra attività umana e confini naturalistici. Così, sempre a titolo puramente esemplificativo, possono essere richiamati la regolazione dei mercati in un assetto di libera concorrenza, il governo della moneta, il settore degli appalti pubblici e quello delle *public utility*.

Ebbene, tale situazione determina un vero e proprio paradosso, per cui maggiore è l’esigenza di disciplina normativa di taluni settori, più forte si manifesta la “fuga del legislatore”. Quest’ultimo, infatti, sempre più spesso preferisce demandare i propri compiti, esplicitamente o implicitamente, all’attività regolatoria di altre istituzioni (come le Autorità indipendenti) o, addirittura, di soggetti privati (come associazioni di categoria o di settore) che si autoregolano, sul piano interno e su quello internazionale, attraverso quella molteplicità di strumenti accumulati sotto l’etichetta di *soft law*.

2. Sapere tecnico-specialistico e decisione politica: le autorità amministrative indipendenti come sede di ricomposizione degli interessi.

Sulla base delle premesse sin qui svolte vale rammentare come nel percorso di formazione dello Stato di diritto ottocentesco, accanto ai processi di legittimazione delle scelte pubbliche fondati sul carattere elettivo-rappresentativo degli organi competenti ad assumerle, si sia subito consolidata anche una differente forma di legittimazione, basata sulla competenza tecnica e sull’imparzialità della burocrazia professionale posta “*al servizio esclusivo della Nazione*” (art. 98 Cost.) e, come tale, chiamata ad attuare le medesime scelte secondo i canoni del *buon andamento* e, soprattutto, dell’*imparzialità* (art. 97 Cost.)

In tale contesto, il carattere non elettivo e professionale della burocrazia, selezionata per pubblico concorso (art. 51 Cost.), è sempre stato essenziale per il consolidamento della legittimazione democratica delle politiche pubbliche, frutto, inevitabilmente, delle scelte di una maggioranza. Una volta fissati gli indirizzi e gli obiettivi corrispondenti ad una determinata visione dell'interesse pubblico, gli stessi, per così dire, "si staccano" dai propri autori (maggioranza parlamentare e Governo) per essere affidati alla burocrazia professionale, che ha il compito di attuarli in modo imparziale, così sciogliendo l'inevitabile genetica parzialità di ogni deliberazione maggioritaria⁸.

Già si tratta, dunque, di una significativa rottura rispetto alle declinazioni più rigorose del principio di sovranità popolare, tradotte, secondo le suggestioni della Rivoluzione francese, nell'onnipotenza del Legislatore e nella concezione dell'amministrazione come mero prolungamento del potere legittimato dalle urne⁹.

Tale fenomeno, tuttavia, assume altro spessore, compiendo un vero e proprio "salto di livello", allorché vengono affidate alle Autorità amministrative indipendenti ampie competenze regolatorie attraverso regolamenti, atti amministrativi generali e, appunto, atti di *soft law* (questi ultimi spesso non formalmente vincolanti, ma nella sostanza assai influenti). Si tratta di competenze assegnate ad *agenzie* sganciate dal circuito elettorale-rappresentativo e della responsabilità politica ed esercitate nell'ambito veri e propri *sottosistemi di legalità*, che si radicano sulla competenza tecnico-specialistica, anziché sulla legittimazione politica, diretta o indiretta, del regolatore¹⁰.

Secondo un quadro, per la verità eterogeneo, la nascita delle Autorità indipendenti, diffuse già a partire dalla metà del XX secolo negli Stati Uniti, ha condotto alla progressiva creazione di un modello di amministrazione distinto da quello ministeriale anche negli ordinamenti europei di più marcata tradizione napoleonica¹¹. Per la verità, le tracce di un modulo alternativo di P.A., posto al di fuori dal classico circuito democratico-rappresentativo, si scorgo-

⁸ Cfr. P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica. Imparzialità, riflessività, prossimità* (2015), trad. it. Rosenberg & Sellier, Torino, 2016 (ebook), cap. I, par. II, p. 1 ss.

⁹ Ancora, P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica*, op.loc.ult.cit.

¹⁰ Al riguardo, sia consentito il richiamo a F. GIUFFRÈ, *La Autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, Torino 2016, p. 17 ss.

¹¹ In argomento, S. CASSESE, *Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, il Mulino, Bologna, 1996, p. 217 ss.; M. DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, I, Milano 2006, 588 s. Sull'esperienza degli Stati Uniti, F.G. GOODNOW, *Principles of the administrative law of the United States*, New York – London 1905; R.E. CUSHMAN, *The independent regulatory commissions*, New York – London 1941; R.L. RABIN, *Federal regulation in historical perspective*, in *Stanford Law Review*, 1986, 1189 ss.

no anche in Europa già nel 1930, allorché Carl Schmitt teorizzava un “potere neutrale” della Banca centrale e di altri organismi tecnici, posti sì al riparo dall’indirizzo politico governativo, ma, comunque, titolari di “decisioni politiche” nel campo del governo dell’economia in forza della loro competenza specialistica¹².

Ebbene, l’assegnazione di potestà normative, esecutive e paragiurisdizionali alle autorità indipendenti, che si pongono quali veri e propri “snodi di autonomia” costituzionalmente garantiti, corrisponde ad una significativa erosione della funzione normativa del Parlamento, da cui, in via ordinaria, muove il circuito delle funzioni pubbliche dello Stato di diritto.

Pur considerando che dallo stesso disegno costituzionale sono individuabili margini di competenza normativa riservati all’Amministrazione (artt. 5, 33, 97, 98 Cost.), l’attuale fisionomia delle Autorità non si presta ad esser descritta in termini di mera attuazione o esecuzione di scelte legislative. Piuttosto, l’orizzonte del principio di autonomia si pone, oramai, ben oltre la mera potestà di autorganizzazione; ciò in forza del riconoscimento del nesso di reciprocità intercorrente tra l’assetto organizzatorio e le modalità di definizione e di concreto perseguimento di obiettivi pubblici, sempre più difficilmente sintetizzabili in sede parlamentare.

E’ stato osservato come la concreta attuazione di taluni valori costituzionali richieda non tanto l’intermediazione, saltuaria, discontinua e, soprattutto, non specializzata, del Legislatore; quanto, piuttosto, una costante attività di regolazione e aggiudicazione, che, nel panorama dei rapidissimi mutamenti indotti dal progresso scientifico e tecnologico, nonché dal confronto delle economie integrate, sia in grado di mantenere le diverse libertà costituzionali in un equilibrio dinamico tale assorbire le innovazioni, senza, tuttavia, pregiudicare i valori indisponibili¹³.

Tali considerazioni si rispecchiano proprio nella proliferazione, anche nell’ordinamento italiano, delle agenzie indipendenti in quei settori definiti

¹² Cfr., C. SCHMITT, *Das Problem der innerpolitischen Neutralität des Staates*, in *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin, 1958, p. 41 ss. In argomento, tra gli altri, F. MERUSI, M. PASSARO, *Autorità indipendenti*, in *Enc.Dir.*, Agg. VI, Giuffrè, Milano 2003; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, il Mulino, Bologna, 2000, p. 42 ss.; L. IEVA, *Autorità indipendenti, tecnica e neutralità del potere*, in *Foro amm.*, 2001, 71 ss.

¹³ Cfr., A. D’ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1997, p. 3081 ss.; A. BARBERA, F. COCOZZA, G. CORSO, *La libertà dei singoli e delle formazioni sociali*, in G. AMATO, A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, il Mulino, Bologna 1997, I, p. 239; nonché, F. MERUSI, *Eguaglianza e legalità nelle autorità amministrative indipendenti*, cit., 11 ss. del testo dattiloscritto, pp. 1, 11 ss. In senso critico, G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in A. PREDIERI (a cura di), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, I, Giuffrè, Milano 1997, p. 157 ss.; M. MANETTI, *Il Garante della par condicio: potere illegittimo, autorità amministrativa indipendente, o potere dello Stato?*, in F. MODUGNO (a cura di), *Par condicio e Costituzione*, Milano, 1997, p. 98 ss.

“sensibili”, perché contrassegnati da “un deficit d'efficacia che mette in discussione le modalità più elementari di esercizio del potere pubblico”¹⁴.

Le Autorità costituiscono, dunque, una delle molteplici manifestazioni della caduta della centralità del Parlamento e, soprattutto, della legge, come fonte del diritto “per eccellenza”; ciò perché, in quanto detentrici di un plusvalore in termini di conoscenza specializzata in ambiti materiali particolarmente complessi, partecipano non solo all'astratta predisposizione della regola, ma anche alla concreta determinazione della sua consistenza nella fase applicativa¹⁵.

In questo quadro, in forza del carattere strumentale delle Autorità rispetto alla garanzia di taluni valori costituzionali, sono state poste le premesse per la ricostruzione di quei sistemi di legalità di settore di cui si è già fatto cenno e nel cui ambito la legge, pur mantenendo un certo grado di libertà sul piano della definizione dell'assetto organizzativo, appare necessariamente ricognitiva di indirizzi costituzionali o eurounitari.

L'attribuzione di compiti di garanzia e regolazione ad istituzioni segnate da elevata specializzazione rivela come il “mandato in bianco”¹⁶, conferito dal Parlamento ad altri centri di normazione, rappresenta la presa d'atto “della incapacità del legislatore di dominare, da solo, il complesso sempre meno decifrabile degli interessi sociali”¹⁷. A ciò, pertanto, si può fare risalire il feno-

¹⁴ M. MORISI, *Verso una democrazia delle politiche? Un'angolazione politologica per le autorità “indipendenti” in Italia*, in A. PREDIERI, *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, cit., p. 65. Analogamente, N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, cit., p. 102, che sottolinea come “le autorità indipendenti rappresentano i principali strumenti per la costituzionalizzazione o riconduzione al quadro costituzionale (e comunitario) di taluni settori di attività”; R. PERES, *Autorità indipendenti e tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, p. 133, la quale osserva che nei settori rimessi alla regolazione delle autorità indipendenti è dato rilevare uno scarto tra il riconoscimento di un diritto o di una libertà e la relativa tutela giurisdizionale, dal momento che quest'ultima, sebbene pur sempre esperibile sotto il profilo formale, risulterebbe comunque “inefficace sotto il profilo sostanziale”; A. D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur.cost.*, 1997, p. 3081 ss., il quale rileva che i procedimenti che contrassegnano l'attività di regolazione delle autorità indipendenti “pur non essendo previsti dalla Costituzione, trovano in essa la propria più profonda ragione giustificativa, essendo preordinati a soddisfare esigenze di attuazione costituzionale rispetto alle quali i canali tradizionali sono parzialmente inadeguati”.

¹⁵ In merito alla commistione di funzioni normative, esecutive e contenziose in capo alle authority, N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, cit., p. 89, osserva “come non sia agevole operare delle scissioni, grosso modo ispirate alla tradizionale separazione tra i poteri, nell'ambito di una funzione che, come quella delle singole autorità, appare unitariamente costruita”; analogamente, M. MORISI, *Verso una democrazia delle politiche?*, cit., 40.

¹⁶ In questi termini, con riferimento al fenomeno esaminato, si esprime C. PINELLI, *Cittadini, responsabilità politica e mercati globali*, in *Riv.dir.cost.*, 1997, p. 49; ma si veda, altresì, G. DE VERGOTTINI, *L'autorità di regolazione dei servizi pubblici*, in *Rass.giur.energ.eletr.*, 1996, p. 288 s.

¹⁷ Così, G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1992, cit., 159.

meno della ritrazione del legislatore ordinario dagli ambiti decisionali coinvolgenti taluni diritti di cittadinanza che lo stesso disegno costituzionale ha inteso porre al riparo da condizionamenti politici.

I fattori considerati danno conto della sempre crescente deformazione del classico modello parlamentare anche sul piano dell'indirizzo politico, che - inteso come attività volta alla determinazione degli obiettivi della politica nazionale e all'individuazione degli strumenti per raggiungerli - dovrebbe trovare progressiva specificazione lungo un percorso ascendente che dalle scelte del corpo elettorale giunge alla politica del Governo. Secondo il disegno costituzionale, il Parlamento, in quanto sede primaria della rappresentanza, dovrebbe comunque rimanere perno delle istituzioni costituzionali, garantendo il raccordo permanente tra l'indirizzo politico del Governo e la fonte diretta della sovranità popolare (art. 1 Cost.)

In questa fase, però, anche gli indicati meccanismi rappresentativi, volti a presiedere l'azione degli organi titolari dell'attività d'indirizzo politico, sembrano regredire di fronte all'esigenza di una rapidità decisionale imposta dalle dinamiche dell'economia globale e dai condizionamenti politico-giuridici sovranazionali¹⁸; il che, sul piano organizzatorio, si risolve nella rimessione di interi settori suscettibili di regolazione politica all'autorità di "poteri tecnici".

Nei termini appena descritti si misura la divaricazione tra i cicli istituzionali dell'indirizzo e della responsabilità politica - legati alla dimensione cronologica delle normali scadenze elettorali - e gli indirizzi di lungo periodo, rimessi, dapprima, alla burocrazia professionale e, in seguito, anche alle scelte di istituzioni indipendenti, come tali sottratte alle ordinarie procedure del controllo democratico-parlamentare.

Sembra, allora, che il comune denominatore, che riannoda tanto le manifestazioni devolutive della potestà di normazione primaria, quanto le "rottture" dei circuiti rappresentativi dell'indirizzo politico, riporti alla weberiana burocratizzazione dei procedimenti decisionali tipica dello Stato contempo-

¹⁸ Il primo fenomeno si risolve in una sempre maggiore utilizzazione, da parte governativa di strumenti atti ad imprimere un orientamento ed un ritmo vincolati all'attività parlamentare; ciò non solo al fine di far acquisire una certa efficacia normativa all'indirizzo politico concordato al momento della votazione della fiducia, ma anche per fronteggiare le sempre più frequenti situazioni in cui l'Esecutivo è chiamato a decidere su questioni tecniche con una rapidità che non può essere raggiunta attraverso l'ordinario strumento dell'iniziativa legislativa ad esso accordata (art. 71 Cost.). Sempre più spesso, dunque, il Parlamento è indotto alla ratifica vincolata di indirizzi precostituiti sulla base della "forza normativa" del fatto compiuto. Nel senso indicato, trovano quindi spiegazione le mutazioni subite da istituti quali la decretazione d'urgenza, la delegazione legislativa, la questione di fiducia, che, secondo una tendenza comune a tutti i Paesi dell'area occidentale, conducono all'emersione sul Parlamento di quella che è stata definita la "centralità del Governo o Potere governante". Sul punto, diffusamente, G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 91 ss.

ranco, in connessione alla sempre maggiore complessità degli interessi che quest'ultimo è chiamato a regolare¹⁹.

Il fenomeno si è riflesso nella crescente connotazione dell'attività amministrativa in senso tecnico-specialistico, secondo uno schema reso palese dal modello costituzionale italiano del 1948, nel momento in cui la Carta, declinando in principi di organizzazione la legittimazione derivante dall'obiettività del sapere tecnico-scientifico e, in ultima analisi, dal vincolo d'imparzialità, punta a sottrarre la burocrazia professionale alla "politicità indotta"²⁰ dagli organi di Governo, democraticamente legittimati e, perciò, titolari, ancora in via esclusiva, delle potestà di indirizzo e di controllo politico.

Secondo tale schema originario la razionalità autonoma del sapere specialistico sarebbe stata, comunque, ricondotta all'interno del circuito dei poteri democratici, attraverso la predisposizione legislativa dei fini del potere amministrativo e, dunque, dei parametri normativi sulla base dei quali gli organi di Governo avrebbero esercitato l'attività di indirizzo e controllo. Tuttavia, nel momento in cui il Parlamento, per la complessità delle questioni da regolare o per le esigenze dell'integrazione economica sovranazionale, rinuncia ad operare le scelte discrezionali di propria pertinenza e, con esse, il relativo bilanciamento degli interessi contrapposti, sembra saltare anche l'ultimo momento di congiunzione tra responsabilità politica e potere sociale dei detentori del sapere specializzato, per cui la sovranità degli esperti in certi settori sembra addirittura "prevalere sulla sovranità popolare e sulla sovranità parlamentare"²¹. Nel quadro appena delineato, quindi, il potere politico dei tecnici sarebbe limitato esclusivamente da una responsabilità diffusa, tutta interna al relativo ceto professionale, perché fondata sul patrimonio di saperi e informazioni che lo stesso detiene.

¹⁹ Sui processi di "burocratizzazione universale", le lucide, quanto attualissime pagine di M. WEBER, *Parlamento e Governo* (1918), Zanichelli, Bari-Roma, 1993, p. 23 ss., ma *passim*; ID., *Economia e società* (1922), Edizioni di Comunità, Milano, 1995. Sull'opera del sociologo tedesco, tra i numerosi contributi, F. TUCCARI, *Il pensiero politico di Weber*, Laterza, Bari, 1995, p. 4 ss., con raccolta di brani antologici.

²⁰ L'efficace espressione è di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993, I, p. 90 ss.

²¹ T.R. BURNS, S. ANDERSEN, *L'Unione e la politica postparlamentare*, cit., p. 420 ed *ivi*, per una più approfondita trattazione del ruolo delle "conoscenze esperte" nelle dinamiche dei moderni processi politici, il rinvio a G.M. THOMAS, J.W. MEYER, F. RAMIREZ, J. BOLI (a cura di), *Institutional Structure: Constituting State, Society and the Individual*, Beverly Hills, 1987. Il superamento dello schema delineato dall'art. 95 Cost. in merito alla concatenazione tra Governo-Amministrazione e Parlamento e, dunque, "l'emarginazione del principio di responsabilità", è puntualmente sottolineato da G. DE VERGOTTINI, *L'autorità di regolazione dei servizi pubblici*, cit., p. 289 ss.

3. Le nuove frontiere del principio di legalità: la partecipazione, la legittimazione da risultato e il dovere di dare pubblico conto.

La conclusione appena formulata rimanda a una precisa caratteristica dei sistemi democratico-pluralistici, in cui permangono fisiologicamente frazioni di potere pubblico a connotazione, per così dire, “aristocratica”, accanto agli organi e alle istituzioni che traggono la legittimazione, direttamente o indirettamente, dal voto popolare.

Ci si riferisce a quelle *élités* scelte “per le loro abilità, per l’esperienza acquisita, per le loro conoscenze, per la loro professionalità, in modo da selezionare i migliori”; dunque, nel rispetto del principio di eguaglianza e in base al criterio del merito²². Proprio tali caratteristiche costituiscono la loro precipua fonte di legittimazione, per cui – com’è stato, ancora di recente, sottolineato - “non debbono preoccuparsi di seguire dettati popolari, ma regole tecniche, spesso studiate e diffuse da ordini professionali. Non debbono rispondere al popolo, ma a criteri deontologici. Non debbono essere di parte, ma imparziali”²³.

Tuttavia, il carattere necessario di tali componenti istituzionali, fondate su una legittimazione tecnico-professionale, non comporta che nelle forme di governo contemporanee non si debba, comunque, tentare di arricchire i canali di legittimazione democratico-rappresentativi con ulteriori e innovativi strumenti di partecipazione dal basso; magari cogliendo nell’innovazione tecnologica ulteriori occasioni evolutive dello Stato di diritto.

La velocità delle telecomunicazioni, la moltiplicazione delle fonti d’informazione, l’annullamento delle distanze attraverso la rete e tutti i complessi fenomeni di trasformazione politica, sociale ed economica, riassunti nel riferimento alla c.d. globalizzazione, conducono ad evidenti limitazioni della sovranità statale (sul piano interno e su quello esterno), ma anche all’inadeguatezza dei consueti strumenti di partecipazione fondati sulla rappresentanza politica²⁴. Ma se nelle democrazie contemporanee non è più possibile concentrare la regolazione degli interessi pubblici nella legge del Parlamento e negli indirizzi di politica nazionale espressi nel raccordo maggioranza parlamentare-Governo, diviene fondamentale l’ampliamento degli strumenti di trasparenza e di partecipazione in quei settori – assai rilevanti per la vita politica, sociale ed economica della comunità – che ormai sfuggono dai circuiti della rappresentanza, pur essendo snodi fondamentali per gli indirizzi e le politiche pubbliche.

²² Così, S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Mondadori, Milano 2017, 27 ss. Si veda, altresì, P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica*, cit., cap. I, par. 2.

²³ S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, cit., p. 28.

²⁴ In argomento, A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Bari 2002, 191 p. ss.

Significative, al riguardo, sono le esperienze di democrazia partecipativa inaugurate, a varie latitudini, a partire dagli anni Novanta e che ricomprendono “pratiche, dispositivi, procedure, numerose e varie che però hanno in comune alcuni tratti fondamentali che consentono di dare a quest’espressione un senso complessivo sufficientemente unitario”²⁵. Si tratta di strumenti eterogenei (comitati di quartiere, giurì civici, conferenze di consenso, forum pubblici, procedure d’inchiesta, bilanci partecipati, etc.) che, innovando la percezione dei fondamenti di legittimità del potere pubblico, valgono ad aprire i relativi procedimenti decisionali alle influenze dei soggetti interessati, in forma singola o associata, al di fuori e in parallelo ai canali tradizionali della legittimazione democratica²⁶.

Queste nuove forme di partecipazione ai processi decisionali rappresentano, secondo una suggestiva espressione, altrettanti momenti di “complicazione della democrazia”²⁷, che, tuttavia, consentono di riguadagnare una parte di quella legittimazione dal basso che è andata perduta con la moltiplicazione delle istituzioni non rappresentative e con l’incremento delle competenze ad esse affidate.

In altri termini, di fronte alla frammentazione delle domande individuali e collettive, non più compiutamente filtrate dai partiti politici e distillate nella legge del Parlamento, è utile creare ulteriori occasioni di confronto su ciò che è oggetto delle decisioni pubbliche e, dunque, produrre previsioni, spiegazioni, rendiconti con la cooperazione di singoli, associazioni o altri corpi intermedi interessati. L’obiettivo è quello di realizzare una “democrazia d’interazione”, in cui vi sia un confronto costante tra potere e società, in luogo della classica “democrazia di autorizzazione”, i cui ritmi partecipativi seguono inevitabilmente le cadenze delle procedure elettorali²⁸.

Nel quadro riferito, gli strumenti partecipativi della c.d. “democrazia d’interazione” possono svolgere un ruolo importantissimo quali necessari contrappesi in tutti quegli ambiti in cui appare più forte la “fuga dal legislatore”, con l’attribuzione promiscua di funzioni normative, esecutive, paragiurisdizionali ad organi o autorità amministrative indipendenti e come tali sganciate dai canali della legittimazione popolare.

In particolare, richiamando il modello, ormai paradigmatico, delle competenze assegnate in Italia all’Autorità Nazionale Anticorruzione, si comprende che le forme d’interazione con i portatori d’interessi, nell’ambito delle fun-

²⁵ Così, U. ALLEGRETTI, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista AIC*, n.1/2011. In argomento si vedano, altresì, i contributi presenti in U. ALLEGRETTI, (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, University Press, Firenze, 2010.

²⁶ Cfr. P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica*, cit., cap. IV, par. 3.

²⁷ P. ROSANVALLON, *Pensare il populismo* (2011), Lit. Edizioni, Roma, 2017 (e-book).

²⁸ P. ROSANVALLON, ult. cit.

zioni di vigilanza e sanzione in materia di trasparenza, di anticorruzione e di contratti pubblici non si limitano alla partecipazione, al contraddittorio e alla leale collaborazione nelle forme e secondo i canoni che, a partire dalla l. n. 241/1990, presidiano i rapporti tra cittadini e P.A.

Piuttosto, all'attribuzione di rilevanti competenze normative, para-normative o di c.d. *soft regulation* all'ANAC²⁹ (ma anche ad altre Autorità indipendenti) corrispondono nuovi vincoli procedurali, che valgono a rendere, in certa misura, aperte e, se si vuole, *accountable* le frazioni di potere pubblico esercitate dagli organi o dalle istituzioni la cui legittimazione non si radica nel circuito democratico-rappresentativo.

Così, allorché il legislatore assegna all'Autorità indipendente la competenza ad adottare "linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati" in materia di contratti (art. 213, II co., d.lgs. n. 50/2016), di anticorruzione (art. 19, XV co., d.lgs. n. 90/2014) e di trasparenza (d.lgs. 33/2016, come modificato ed integrato dal d.lgs. n. 97/2016) - atti a cui, in taluni casi, può essere riconosciuta anche valenza regolamentare³⁰ -, l'adozione dei medesimi si svolge secondo modalità volte a surrogare quella legittimazione dal basso, che, sia pure indirettamente, contrassegna invece la funzione normativa di secondo grado dell'Esecutivo e che si esprime nel principio di legalità in senso sostanziale.

All'indubbia flessione di tale ultimo canone dello Stato di diritto nell'esercizio dell'attività para-normativa delle Autorità indipendenti corrisponde, quindi, un sensibile rafforzamento degli oneri espressivi di "legalità procedimentale"³¹. Al riguardo, il Consiglio di Stato, consapevole della rile-

²⁹ In argomento, R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 5 ss.; I.A. NICOTRA, (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., p. 9 ss.

³⁰ Così, G. MORBIDELLI, *Le linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, relazione al 62° Convegno di studi amministrativi, *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione*, Varenna (LC), 22 – 24 settembre 2016, in corso di pubblicazione. In senso contrario, invece, Consiglio di Stato, Parere 1 aprile 2016, n. 855/2016, p. 39 s., che "ritiene preferibile l'opzione interpretativa che combina la valenza certamente generale dei provvedimenti in questione [*id. est*: le linee guida] con la natura del soggetto emanante (l'ANAC), la quale si configura a tutti gli effetti come un'Autorità amministrativa indipendente, con funzioni (anche) di regolazione. Pertanto appare logico ricondurre le linee guida (e gli atti ad esse assimilati) dell'ANAC alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamentari in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, di regolazione". In argomento si vedano, altresì, I.A. NICOTRA, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit., p. 39 ss.; F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 2017, p. 743 ss.; F. CINTIOLI, *Il sindacato del Giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni dell'ANAC*, in *Dir.proc.amm.*, 2017, p. p. 381 ss.

³¹ I.A. NICOTRA, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la soft regulation*, cit., 39 ss.

vantissima portata costituzionale del fenomeno di cui si discute, ha dettato condizioni minime affinché la già evocata limitazione della legalità materiale si possa ritenere compensata dal rispetto da adeguati oneri procedurali³².

Rileva, innanzi tutto l'obbligo di sottoporre le bozze delle delibere regolatorie ad una preventiva consultazione tra i portatori degli interessi coinvolti (art. 213, II co., d.lgs. n. 50/2016), che potranno partecipare al processo di formazione dell'atto finale, determinandone l'arricchimento sotto i profili contenutistici, istruttori e motivazionali³³. Com'è stato osservato, la fonte regolatoria non legislativa costituisce, così, un "ponte" verso nuovi luoghi di partecipazione democratica. Con una rinnovata declinazione dell'art. 1 Cost., la sovranità popolare si estrinseca nella partecipazione all'attività di consultazione pubblica che, surrogando "la dialettica propria delle strutture rappresentative"³⁴, appare vera e propria condizione di legittimità di tale metodo di composizione degli interessi affidati alle istituzioni di regolazione³⁵.

Non solo. Le richiamate garanzie procedurali si riflettono rendendo più agevole l'adeguamento o la correzione degli atti regolatori, anche su sollecitazione dei richiamati portatori d'interessi qualificati (*Stakeholder*).

In particolare, con l'utilizzazione delle prescritte *analisi di impatto della regolazione (AIR)* e delle *verifiche di impatto della regolazione (VIR)*³⁶, le Autorità mantengono, in certa misura, sempre aperto il circuito regolatorio, potendo intervenire tempestivamente quando nei settori di riferimento emerge la necessità di un ulteriore intervento nella materia (art. 14, comma VI, legge n. 246 del 2005; D.P.C.M. 16 gennaio 2013; nonché, da ultimo, art. 213, II co., d.lgs. n. 50/2016). Attraverso gli strumenti appena richiamati, infatti, allorché ci si appresta alla produzione di norme o atti generali, occorre anche predisporre le analisi che, in via previsionale (AIR) e in termini consuntivi

³² Consiglio di Stato, Parere 1 aprile 2016, n. 855/2016, p. 40.

³³ Ancora, Consiglio di Stato, Parere 1 aprile 2016, n. 855/2016, 40.

³⁴ Così, Cons. Stato, Sez. III, 12 aprile 2013, n. 2009, che conferma ar Lazio, Roma, Sez. II, 13 dicembre 2011, n. 9710, che, con riguardo alla procedura del *Notice and comment* dell'AGCOM, osseva: "il modello cui si ispira la regolazione dei settori di competenza delle Autorità si basa, in sostanza, su norme di indirizzo che, stabiliti i poteri e le finalità delle Autorità, cui sono attribuiti poteri pubblicistici di regolazione, si completano con gli interventi regolatori dalle stesse adottati volti a riempire di contenuto le finalità stabilite dalle norme, dettando le relative regole generali che, in esito al previsto procedimento, che prescrive precise garanzie di partecipazione, appaiono le più idonee a regolare le fattispecie". In argomento, N. SPADARO, *AGCOM e procedura di notice and comment*, in *www.rivistadellaregolazioneideimercati.it*, n. 2/1014.

³⁵ Cfr., I.A. NICOTRA, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la soft regulation*, cit., p. 40.

³⁶ In argomento, L. CARBONE, *I pareri del Consiglio di Stato*, in B. MATTARELLA, E. D'ALTERIO (a cura di), *La riforma della Pubblica Amministrazione. Commentario alla Legge 124/2015 (Mafia) e ai decreti attuativi*, ilSole24Ore, Milano 2017, p. 67 ss.; ID., *Un'Amministrazione semplificata?*, relazione al 62° Convegno di studi amministrativi, *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione*, Varenna (LC), 22 – 24 settembre 2016, in corso di pubblicazione, p. 413 ss.

(VIR), costituiranno il parametro per la valutazione in termini di efficacia e, dunque, di risultato dell'attività regolatoria, soprattutto in vista di una eventuale riconsiderazione della stessa³⁷.

Nel nuovo quadro che si va delineando estremamente significativa è, inoltre, la circostanza che gli atti regolatori, secondo una buona prassi collaborativa e al di fuori di qualsiasi obbligo legale, sono sottoposte all'attività consultiva del Consiglio di Stato, che accetta di esprimersi proprio in ragione dell'impatto *erga omnes* degli atti di cui si tratta e del carattere generale delle questioni che negli stessi vengono affrontate³⁸.

In questo senso, a partire dal parere n. 1767 del 2 agosto 2016, reso in occasione della richiesta dell'ANAC sullo schema della prima delle linee guida previste dal nuovo Codice dei contratti pubblici, si inquadrano "le funzioni consultive in una visione sistemica e al passo coi tempi, confermando il ruolo del Consiglio di Stato come un *advisory board* delle Istituzioni del Paese anche in un ordinamento profondamente innovato e pluralizzato, a quasi settant'anni dalla Costituzione"³⁹.

I Giudici di Palazzo Spada prendono, dunque, significativamente atto che nel mutato contesto istituzionale, seppure a Costituzione invariata, il ruolo a cui si riferisce l'art. 100 Cost. deve necessariamente rivolgersi non soltanto all'attività normativa del Governo, ma a quella di tutte le istituzioni dello Stato-ordinamento, con funzioni consultive aperte alla comunità. E non a caso, infatti, l'ampliamento delle funzioni di *advising* "muove proprio dall'iniziativa di una Autorità indipendente, figura fondamentale nell'ordinamento attuale, ma non prevista dalla Costituzione"⁴⁰.

In generale, il richiamato principio di leale collaborazione appare uno dei pilastri dell'assetto funzionale delle istituzioni indipendenti, che, infatti, svolgono i loro compiti anche attraverso una fitta rete di scambi operativi, regolati da specifici *protocolli d'intesa*, con gli altri poteri pubblici (magistratura ordinaria, amministrativa e contabile, altre Autorità di regolazione, Ministeri ed enti territoriali, organismi sovranazionali) con cui, in varia misura, incrociano competenze e funzioni⁴¹.

La circolarità informativa, con le opportunità di partecipazione e valutazione dei risultati dell'attività regolatoria, consente un ricongiungimento alla

³⁷ L. CARBONE, *I pareri del Consiglio di Stato*, cit., p. 56 s.

³⁸ Ancora, Consiglio di Stato, Parere 1 aprile 2016, n. 855, p. 41. In dottrina, L. CARBONE, *I pareri del Consiglio di Stato*, cit., p. 65 ss.

³⁹ C.d.S. parere 2 agosto n. 2016, n. 1767, cit., punto 1.1; nonché L. CARBONE, *I pareri del Consiglio di Stato*, cit., p. 79 s.

⁴⁰ Così, ancora, L. CARBONE, *I pareri del Consiglio di Stato*, cit., p. 79 s.

⁴¹ Si veda, in proposito, la *Relazione annuale al Parlamento* dell'ANAC presentata al Senato della Repubblica il 14 luglio 2016, p. 37 ss.

rappresentanza politica, allorché si prevede che gli atti maggiormente rilevanti in termini di impatto sul settore regolato siano trasmessi al Parlamento.

Tale onere costituisce un importante tassello di quell'attività, che, nell'ottica della richiamata leale collaborazione tra poteri pubblici, consente una valutazione parlamentare delle politiche delle agenzie indipendenti e la loro eventuale integrazione con gli atti legislativi che dovessero sembrare opportuni. Il rapporto istituzionale con le Assemblee rappresentative, articolato in attività di segnalazione, audizioni dinanzi alle competenti Commissioni parlamentari e referti annuali riempie, così, di contenuto quel dovere "di render pubblico conto" che deve gravare su ogni istituzione pubblica, a prescindere dalla natura e dalla fonte della sua legittimazione⁴².

⁴² Sul dovere di rendere pubblico conto, già V. OTTAVIANO, *Dovere di rendere pubblico conto, responsabilità dei dirigenti e determinazioni di indirizzi e programmi*, in ID., *Scritti giuridici*, III, Giuffrè, Milano 1992, p. 385.