

POTERI REGOLATORI, GIUSTO PROCEDIMENTO E LEGITTIMAZIONE DEMOCRATICA*

di Nino Longobardi

1. In uno scritto del 1995 (1) Franco Pugliese con la capacità e la passione civile che gli erano peculiari, riusciva ad unificare i temi delle carte dei servizi, dei controlli interni e dell'autorità di regolazione dei servizi pubblici essenziali. Alla base di essi veniva rinvenuto quale denominatore comune la *qualità della vita*, valorizzata dalla più recente legislazione al punto da potersi configurare un «diritto alla qualità della vita». Questo diritto ha come suo risvolto necessario la pretesa ad una amministrazione che «si faccia “servizio”». In essa, l'organizzazione – la cui stessa legittimità dipende ormai dall'osservanza dei canoni di efficienza e razionalità discendenti dall'art. 97 Cost. – rappresenta il momento privilegiato per l'affermazione del nuovo interesse legittimo, inteso con Giorgio Berti come «il rispetto della persona».

Questa ed altre appropriate citazioni conferiscono respiro culturale ad una serie di rilievi in ordine agli istituti esaminati, assai pertinenti specie in tema di autorità amministrative indipendenti.

Nell'autorità di regolazione dei servizi pubblici essenziali, osservava Franco Pugliese, «si saldano bene i tre temi» considerati, in quanto essa «ha il compito di verificare che le amministrazioni erogatrici abbiano adottato la carta dei servizi ed anche che i rispettivi controlli interni ne garantiscano l'attuazione» (2).

La novità costituita dalle autorità amministrative indipendenti è stata colta da Franco Pugliese, che ne ha prontamente sottolineato il rilievo dogmatico generale. In particolare, viene ravvisato in capo alle autorità un potere regolamentare «pieno ed autonomo», che «si iscrive in coordinate diverse da quelle nelle quali secondo tradizione collochiamo il potere regolamentare». Ancora, soprattutto, il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti rivela che «non sono più

* Questo lavoro è destinato agli Scritti per Franco Pugliese.

affidabili le categorie abituali di interesse legittimo, di discrezionalità amministrativa o tecnica, di decisione amministrativa come comparazione di interessi, dai cui abituali significati non siamo ancora in grado di prescindere». Così, in modo conseguente, viene sottolineato «il carattere contenzioso dei procedimenti» e rilevato che «la tipologia dei dispositivi» degli atti delle autorità «li assimila a sentenze con contenuto accertativo-dichiarativo» (3).

In chiusura del breve, ma denso scritto, Franco Pugliese sollevava un tema importante sul quale si intende qui svolgere alcune osservazioni dirette in primo luogo a favorirne l'inquadramento generale. In considerazione del particolare rilievo dato all'utente-consumatore nell'azione delle autorità indipendenti, chiamate a valutarne reclami, istanze e segnalazioni e dunque ad assicurarne la tutela, «si affacciano sulla scena con più prepotenza le associazioni di consumatori e di utenti, che pretendono maggiore ascolto e chiedono rappresentanza nelle stesse autorità amministrative indipendenti». Nei confronti di quest'ultima soluzione veniva manifestata un'aperta diffidenza, «poiché le associazioni di categoria lasciano in un angolo l'individuo, pretendendo di rappresentarlo, con sconfinamenti ed assunzioni di potere, indesiderabili e pericolose» (4).

2. La questione sollevata da Franco Pugliese è quella dell'influenza dei cittadini sull'esercizio delle funzioni pubbliche e delle modalità giuridiche idonee a farla valere.

Questione antica, che si lega a quella della insufficienza dell'istituto della rappresentanza politica a realizzare una effettiva democrazia, specialmente in società complesse come quelle attuali.

Essa è stata posta da Santi Romano già nel 1910 nel rilevare, con la strutturale (ed in prospettiva, sempre più grave) insufficienza dell'istituto della rappresentanza politica (5), la crisi dello Stato, che iniziava ad essere assediato dagli «interessi parziali e contingenti». Veniva, infatti, allora chiaramente identificato il problema generale della «deficienza dei mezzi giuridici ed istituzionali, che la società ... possiede per fare rispecchiare e valere la sua struttura in seno a quella dello Stato» (6).

Santi Romano non aveva, né poteva avere, una adeguata risposta al problema così ben identificato. Sottolineata la necessità di colmare deficienze e lacune dello Stato e l'incompiutezza delle istituzioni giuridiche sotto il profilo della rappresentanza degli interessi, accennava appena, senza grande convinzione, alle soluzioni di stampo corporativo all'epoca prospettate (7), per subito ripiegare sull'esaltazione del ruolo dello stato. Questo era considerato l'incarnazione di un principio «sempre più esigente ed indispensabile: il principio, cioè, di una organizzazione superiore che unisca, contemperi e armonizzi le organizzazioni minori in cui la prima va specificandosi, come «organismo che superi gli interessi parziali e contingenti, che faccia valere una volontà che possa ben dirsi generale». Nello stato, «vera personificazione» della collettività, veniva individuato «non soltanto il simbolo, ma l'ente reale» in cui il principio di indivisibilità del potere pubblico «si affermerà sempre maggiormente» (8).

Più che la soluzione dei problemi, veniva in tal modo privilegiata la salvaguardia del dogma dello stato persona e dell'apparato concettuale edificato intorno a questo centrale «superconcetto» (9).

È innegabile, tuttavia, che lo stato persona abbia svolto ed ancora svolga un forte ruolo ordinante, anche di sostegno dell'istituto della rappresentanza politica (10). Una funzione, tuttavia, sempre più nella sostanza assunta dal ruolo costituzionale attribuito ai partiti politici, che, secondo una cultura politica radicata negli anni trenta e quaranta del secolo scorso, sono stati considerati i veri detentori della sovranità popolare (11).

Allo stato persona ed al ruolo pervasivo dei partiti politici si è affiancata più di recente, ad integrare la strutturale insufficienza dell'istituto della rappresentanza politica, una terza «risposta» basata sull'imparzialità dell'amministrazione e sulla qualità democratica della sua azione (12).

A questo essenziale schema possono essere ricondotti i modelli organizzativi.

3. L'impostazione statalista è caratterizzata da un vero e proprio «quadro teorico stato centrico», ritenuto in grado di ricomprendere al suo interno ogni mutamento in tema di

organizzazione e funzioni amministrative (13). Così, la rottura dell'uniformità dell'organizzazione amministrativa, determinata dalla crescita di funzioni e compiti pubblici, impressionante a partire dall'inizio del secolo scorso, è stata riassorbita all'interno dell'originario impianto centralistico costituito dall'amministrazione per ministeri. Infatti, i modelli organizzativi riassuntivamente indicati in dottrina come l'amministrazione per aziende, l'amministrazione per enti e la stessa amministrazione decentrata o autonoma sono stati oggetto di sistematica riconduzione allo stato ente (14).

Nell'impostazione statalista l'influenza dei cittadini sull'esercizio delle pubbliche funzioni può avvenire solo in via mediata, sotto la vigile guida dello stato ente, che accetta di declinarsi in senso corporativo (15).

Gli interessi, quelli in grado di organizzarsi e farsi valere, vengono sempre più immessi nelle strutture dello stato-ente o in circuiti decisionali privilegiati.

Esempio tipico e risalente è quello dei grandi sindacati dei lavoratori, chiamati sempre più a sorreggere l'azione dello Stato e da questo sempre più garantiti e sostenuti (16). Recente è l'entrata in scena delle associazioni di consumatori e utenti.

Ben più ampia, tuttavia, è la vicenda degli interessi di gruppi particolari che «diventano interessi pubblici mediante norme di legge che ne garantiscono la protezione e si stabilizzano attraverso apparati amministrativi». Da essa deriva la spinta verso nuove regole, che «sono sempre più regole corporative e sempre meno regole nell'interesse della collettività» (17).

La forma organizzativa privilegiata è quella statica e strutturale dell'organismo collegiale. Gli interessi vengono racchiusi in strutture collegiali insieme a rappresentanti dello Stato secondo una assai opaca linea di cogestione amministrativa, che confonde compiti, ruoli e responsabilità.

Questa linea ha trovato attuazione anche con riguardo alle esigenze di tutela dei consumatori affermate dalla direttiva comunitaria 19 maggio 1998, n. 27. La legge 30 luglio 1998, n. 281, intitolata «Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti», che ha recepito la direttiva, ha

creato un apposito albo di associazioni (forzatamente) nazionali dei consumatori, riconosciute in base ad una lunga serie di requisiti, da comprovare attraverso laboriosi adempimenti, fissati dal Ministero dell'industria. Solo le associazioni così riconosciute hanno piena legittimazione ad agire in giudizio a tutela dei consumatori. Esse, inoltre, sono inserite in un «Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti» presieduto dal direttore generale del ministero dell'Industria» (18).

La «riposta» basata sul ruolo pervasivo dei partiti non innova il descritto modello statocentrico ed il suo quadro teorico, bensì si svolge tutta all'interno di questo e delle sue forme. Da un canto, attraverso la catena gerarchica politico-partitica, viene assicurato un nuovo «collante centralistico» (19), dall'altro, nella gestione amministrativa degli interessi e delle risorse finanziarie i partiti soppiantano di fatto l'amministrazione (20) (21).

4. La «risposta» basata sulla qualità democratica dell'azione amministrativa si affaccia nel nostro ordinamento con la L. n. 241 del 1990 e la comparsa delle autorità amministrative indipendenti. Essa consiste nel riconoscimento e nella garanzia di poteri di intervento dei cittadini nell'esercizio delle funzioni. Muove anch'essa dalla strutturale insufficienza della rappresentanza politica (22). È diretta al completamento, all'inveramento della democrazia; non già attraverso il ricorso alla mitologia dello Stato od al ruolo pervasivo dei partiti, che, facendoli degenerare a gestori quotidiani di interessi, ne compromette il ruolo essenziale (23); bensì fondandosi sulla «libertà attiva» del cittadino (24).

L'idea di fondo è stata magistralmente espressa ed argomentata da Feliciano Benvenuti. La democrazia «non è completamente attuata se non si introducono, nel centro stesso dello Stato, formule che consentano la presenza attiva e diretta dei cittadini come singoli» (25). I fenomeni associativi rivestono al riguardo una fondamentale importanza in quanto sviluppano «una forma di rappresentatività e operatività spontanea». L'apporto di essi ha valore dialettico, propositivo e critico rispetto alle strutture pubbliche e si perde quando viene organicamente immesso nelle strutture dell'organizzazione pubblica (26).

Alla forma organizzativa, strutturale e statica, di istituzionalizzazione dei rapporti tra interessi organizzati e pubblica amministrazione, costituita dall'organo collegiale, tende a subentrare la partecipazione al procedimento amministrativo riconosciuta in via generale dalla L. n. 241 del 1990. Il mutamento è di grande rilievo. Infatti, ad un modello di relazione tra privati e amministrazione stabile e di cogestione, che comporta posizioni di « "rendita" amministrativa», quello dell'organismo collegiale, si sostituisce un modello, quello della partecipazione procedimentale, che, all'opposto, è «aperto, flessibile e dialettico, sostanzialmente trasparente e competitivo» (27).

5. Le considerazioni che precedono hanno evidenziato la strutturale insufficienza dell'istituto della rappresentanza politica e le diverse formule attraverso le quali il predetto istituto, che resta essenziale, è stato sostenuto e/o integrato.

Mentre le soluzioni meramente organizzative si sono rivelate inappaganti, ma spesso anche gravemente disfunzionali, da tempo è divenuto evidente che in una democrazia costituzionale è necessaria una ampia e costante legittimazione democratica, quale può derivare solo dalla possibilità garantita di concorso attivo dei cittadini all'esercizio delle funzioni pubbliche.

La legittimità democratica non dipende, infatti, solo dall'applicazione dell'istituto della rappresentanza politica, ma anche da un processo partecipativo all'elaborazione ed applicazione delle regole improntato a criteri di correttezza e giustizia.

In un sistema congegnato secondo questi criteri, adeguato al governo di una società complessa e pluralista incentrata sulla persona umana, la legittimità democratica, come legittimità procedurale, che incorpora tuttavia criteri sostanziali di correttezza e giustizia, connota l'esercizio di tutte le funzioni pubbliche (28).

La soluzione «democratica» implica una nuova concezione dell'amministrazione e risponde al disegno costituzionale che pone l'amministrazione in relazione diretta con la società civile ed al servizio di questa (29). Essa trova uno specifico fondamento nell'art. 3, c. 2 Cost. In questa

disposizione, che obbliga la Repubblica a rimuovere gli ostacoli che impediscono l'«effettiva partecipazione» all'organizzazione politica economica e sociale del Paese, è, infatti, da ravvisare il fondamento costituzionale della partecipazione (30).

6. Con riguardo alle autorità amministrative indipendenti il nostro ordinamento si è evoluto nel segno dell'affermazione del giusto procedimento, accogliendo una concezione garantista e partecipata dell'esercizio delle funzioni, in tema sia di elaborazione che di applicazione delle regole da parte delle autorità.

In particolare, alla stregua di quanto previsto negli USA dall'*Administrative Procedure Act* fin dal 1946, le autorità amministrative indipendenti devono prevedere ed applicare una procedura di «*notice and comment*». La proposta di atto regolamentare o generale deve essere resa pubblica dall'autorità per consentire che i soggetti interessati si esprimano su di essa; delle osservazioni acquisite al procedimento va tenuto conto nell'adozione dell'atto di regolazione generale. D'altro canto, l'attività amministrativa provvedimento assume carattere contenzioso. In essa è fondamentale l'osservanza scrupolosa di un pieno e paritario contraddittorio. Anche in questo caso il riferimento è all' *Administrative Procedure Act* statunitense, alla procedura di *adjudication* da esso prevista.

Il modello «regolativo-giustiziale» richiede ancora che sia garantita l'imparzialità dell'autorità anche sotto il profilo organizzativo, ciò che in particolare impone la separazione tra le funzioni istruttorie e le funzioni decisorie (31). Nei suoi tratti essenziali, il modello ha ricevuto consacrazione a livello di principio in due recenti normative di grande rilievo, contenute nella legge comunitaria 2004 (art. 9, l. n. 62 del 2005) e nella legge n. 262 del 2005 sulla tutela del risparmio.

Il legislatore ha dato, così, un notevole contributo in tema di imparzialità delle autorità amministrative indipendenti e di qualità democratica della loro azione (32), apprestando un quadro abbastanza rigoroso entro il quale si deve svolgere la normativa regolamentare in materia di procedure dettata dalle singole autorità (33).

Il giudice amministrativo ha, d'altro canto, contribuito al consolidamento delle autorità amministrative indipendenti imponendo, con rigore accentuatosi nel tempo, il rispetto delle regole del contraddittorio e decidendosi, infine, ad assicurare la necessaria effettività della tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle autorità (34).

7. Interessa, tuttavia, soprattutto in questa sede sottolineare che nella giurisprudenza del Consiglio di Stato diretta ad affermare il giusto procedimento ha assunto carattere centrale l'esatta convinzione del valore legittimante, dal punto di vista democratico, delle regole del contraddittorio e della partecipazione (reale, non quella farisaicamente definita collaborativa per la sua sostanziale irrilevanza) dei privati all'esercizio dei poteri regolatori.

In una serie di decisioni relative all'Autorità per l'energia elettrica e il gas, precedute da un parere emesso sul c.d. codice degli appalti (35), il Consiglio di Stato ha individuato i presupposti di esercizio dei poteri regolatori attribuiti alle autorità amministrative indipendenti (36).

Ai procedimenti regolatori svolti da questa autorità non sono applicabili «le generali regole dell'azione amministrativa che escludono dall'obbligo di motivazione e dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi ed amministrativi generali (art.3 e 13 l. n. 241/90)».

Infatti, «l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative.

In assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale».

D'altro canto, «non è pensabile che l'attività di *regulation* venga svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati: nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio».

«Uno strumento essenziale per arricchire la base conoscitiva dell'attività di regolazione è costituito dalla consultazione preventiva, volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati». Uno strumento, quindi, da prendere sul serio. Conseguentemente, «la previsione di una fase di consultazione e della facoltà di presentazione di osservazioni vincola l'Autorità al rispetto di alcune basilari regole procedurali, non essendo corretto ritenere, come fatto dal Tar, che la partecipazione degli interessati ha una mera funzione collaborativa e non impone all'Autorità alcun conseguente obbligo motivazionale.

L'Autorità è, invece, tenuta ad indicare la finalità dell'intervento regolatorio e a motivare la decisione finale, anche con riguardo alle osservazioni presentate» (37).

Il giudice amministrativo mostra di muoversi con prudenza su un terreno nuovo ed insidioso, che è di natura sostanzialmente costituzionale. Il passo è tuttavia sicuro. Emerge, infatti, con chiarezza, come si è già sottolineato, la centralità del valore legittimante, sotto il profilo democratico, del contraddittorio procedimentale.

Secondo quanto si è qui sostenuto, il criterio della c.d. legalità procedurale, conseguita attraverso il giusto procedimento, in quanto il solo idoneo a fornire un consenso reale, un «fondamento dal basso» come ha sottolineato il giudice amministrativo, è criterio necessariamente integrativo dell'istituto della rappresentanza politica. Limitarne l'applicazione alle sole autorità amministrative indipendenti appare, pertanto, in linea di principio ingiustificato.

Infatti, la caduta del valore della legalità sostanziale (da compensare, secondo il giudice amministrativo, «con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del

contraddittorio») (38) non riguarda di certo la sola azione delle autorità amministrative indipendenti. D'altro canto, il circuito di responsabilità politica di cui all'art. 95 Cost. e, nella sostanza, il ruolo dei partiti (che appare evocato dal giudice amministrativo attraverso la formula «dialettica propria delle strutture rappresentative») costituiscono, al riguardo, proprio le soluzioni organizzative che, secondo quanto qui sottolineato, si sono rivelate inappaganti ed assai spesso disfunzionali.

- (1) F. PUGLIESE, *Le carte dei servizi. L'autorità di regolazione dei servizi pubblici essenziali. I controlli interni*, in *Riv. Trim. app.*, 1995, p. 233 ss.
- (2) *Ivi*, p. 241. L'autore argomenta sulla base della allora recentissima legge 14 novembre 1985, n. 481, che ha istituito due autorità collegiali, «per l'energia elettrica e il gas» e «per le telecomunicazioni». La legge medesima ha dettato, tuttavia, una specifica disciplina solo per la prima. L'autorità per le telecomunicazioni è stata effettivamente istituita solo successivamente con la legge 31 luglio 1997, n. 249, che ne ha mutato la denominazione in quella di «Autorità per le garanzie nelle comunicazioni». Al riguardo, v. N. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti laboratori di un nuovo diritto amministrativo* (1998), ora in *Id.*, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino 2004, p. 80 ss.
- (3) F. PUGLIESE, *Le carte dei servizi*, *cit.*, p. 242 s. Per rilievi in linea con quelli qui riportati del compianto autore e lo sviluppo delle relative tematiche, v. N.

LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti, cit.*, partic. pp. 39 ss., 90 ss., 198 ss., 327 ss.

(4) F. PUGLIESE, *Le carte dei servizi, cit.*, p. 245.

(5) In modo assai incisivo Santi Romano argomentava che la «cosiddetta volontà popolare ha assai poche probabilità di trovare nei parlamenti il suo fedele oracolo, quando l'eletto è, per il tempo che intercede fra un'elezione e l'altra, indipendente dai suoi elettori, quando ad una organica rappresentanza delle minoranze non riescono né i vari meccanismi all'uopo poco fruttuosamente escogitati, né il più semplice, ma più empirico sistema della specializzazione del popolo in collegi; infine, quando i rappresentanti sono migliaia di persone casualmente raggruppate, ma distinte per modo di pensare, per interessi, per cultura e quindi per divergenti volontà. Ed è senza dubbio vera l'osservazione di un arguto scrittore, che più aumentano gli elettori illuminati, più si sviluppa la coscienza civile e politica dei singoli, più aumenta in altri termini la civiltà, e meno possibile diventa che l'eletto rappresenti gruppi così poco omogenei e numerosi di individui. La composizione delle camere elettive ha così qualche cosa di estremamente artificiale e fittizio». Così, S. ROMANO, *Discorso inaugurale all'anno accademico 1909-1910 nella Regia università di Pisa*, ora in *Lo Stato moderno e la sua crisi, Civiltà del diritto*, Milano 1969, p. 22.

Per una sottolineatura attuale della radicale diversità tra la rappresentanza in senso giuridico e la rappresentanza politica v. L. SPOONER, *No Treason: the Constitution of No Authority*, a cura di J.J. Martin e R. Myles, Colorado Springs 1973, p. 29, secondo il quale i «presunti agenti del popolo non sono in realtà gli agenti di nessuno». L'Autore è citato adesivamente da M.N. ROTHBARD, *L'etica della libertà* (1982), trad. it., Macerata Liberilibri 1996.

- (6) S. ROMANO, *Discorso, cit.*, p. 23.
- (7) In particolare, venivano sommariamente indicate l'idea di istituire parlamenti speciali, con una vera e propria competenza legislativa, per ciascun ramo della legislazione, riguardante direttamente questo o quel gruppo sociale e l'idea di trasformare il Senato in una camera eletta dai colleghi professionali (*ibidem*, p. 24). Proposte di tal genere sono ancora presenti nel dibattito all'interno dell'Assemblea costituente che ha condotto alla Costituzione italiana vigente. In particolare, Costantino Mortati auspicava l'inserimento degli interessi organizzati nelle strutture rappresentative nazionali, attraverso la previsione di un sistema rappresentativo complesso nel quale una seconda camera politica avrebbe avuto la funzione di coniugare la rappresentanza territoriale e la rappresentanza di interessi. Al riguardo, v. G. COLAVITTI, *Rappresentanza e interessi organizzati*, Milano 2005, p. 312 ss.
- (8) *Ibidem, lc. ult. cit.*
- (9) La definizione è di O. BRUNNER, *Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale*, (1959), trad. it., Milano 1983, p. 158, citato da L. ORNAGHI, *Per una teoria politica dello Stato*, in *Quad. sc. pol.*, n. 1 del 1995, pp. 335 ss., 349. Sulla vecchia immagine dello stato creata dalla giuspubblicistica a cavallo tra l'ottocento e il novecento come «grande mito intellettuale», v. P. COSTA, *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in *Dir. pubbl.*, 1995, partic. pp. 22-29; L. MANNORI, *Genesi dello Stato e storia giuridica*, cit. Sul diritto pubblico, quale noi lo conosciamo, che resta «dominato dalla dogmatica della personalità dello Stato e degli organi statali», v. G. BERTI, *La parabola della persona stato (e dei suoi organi)*, in *Quad. fiorentini*, 1982/83, nn. 11/12,

II, p. 1001 ss; cfr. M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione*, cit., p. 35 ss. e *passim*, che sottolinea la valenza costruttiva del dato giuridico posseduta dalla nozione, legata alla coppia concettuale unità-sovranià. La valenza è tale che «per un certo tempo si è pensato in Europa alla Costituzione *solo attraverso* lo Stato». Nel paradigma statalista il pluralismo è visto come stato di crisi, «primo stadio della dissoluzione in senso particolaristico». L'autore osserva anche che è ancora forte la tendenza a giudicare le nostre istituzioni in perenne condizione di "crisi" perché in oggettiva situazione di non corrispondenza ai modelli formati tra '800 e '900 (*ivi*, p. 13).

- (10) Sulla persistente egemonia del «quadro teorico statocentrico» e la «collaudata capacità ordinante» da esso dimostrata, v. partic. G. DI GASPARE, *Organizzazione amministrativa, Dig. Pubbl.*, 1995, p. 513 ss.
- (11) Sull'incidenza al riguardo dell'esperienza di istituzionalizzazione del partito nazionale fascista, v. E. BETTINELLI, *Partiti politici senza sistema dei partiti*, in AA.VV., *Lo stato delle istituzioni italiane*, Milano 1994, p. 160.
- (12) Per l'impossibilità di ridurre la democrazia, specialmente in una società complessa, all'applicazione dell'istituto della rappresentanza politica e per le "risposte" ordinamentali dirette a sostenere ed integrare il predetto istituto, v. N. LONGOBARDI, *Costituzione, magistratura ed amministrazioni. Il problema dell'ampliamento della democrazia*, ora in Id., *Autorità amministrative indipendenti*, cit., pp. 107 ss., 116 ss. Vedi, *ivi*, illustrate le negative conseguenze del malinteso ruolo costituzionale dei partiti, nonché la trasformazione degli stessi, che rende oggi loro impossibile sostenere il predetto ruolo e la necessità di connotare in senso democratico l'azione

amministrativa attraverso il concorso attivo dei cittadini all'esercizio delle funzioni pubbliche.

- (13) Cfr. G. DI GASPARE, *Organizzazione amministrativa, cit.* Nell'iniziare questa voce di teoria giuridica, l'autore avverte che la maggiore difficoltà che si incontra «è costituita dall'apparente paradosso tra l'insufficienza esplicativa del tradizionale modello legalitario-burocratico di amministrazione pubblica e la persistente egemonia del quadro teorico statocentrico che lo sostiene, in grado, cioè, astrattamente di comprendere al suo interno il significato dei mutamenti intervenuti. Questa pervasività del quadro teorico statocentrico deriva da quell'attributo di onnicomprensività, implicito nell'impostazione statalistica, che fa sì che l'organizzazione amministrativa in questo collegamento con lo stato, pur variamente rappresentato dalla dottrina, venga a trovarsi in una dimensione tendenzialmente "totalitaria"» (*ivi*, p. 514).
- (14) Cfr. ancora G. DI GASPARE, *Organizzazione amministrativa, cit.*, partic. p. 516 ss., che evidenzia la crisi del tradizionale modello legalitario-burocratico ed al contempo la difficoltà della fuoriuscita da esso, in quanto sostenuto dalla persistente teorica statocentrica. Sulle amministrazioni indipendenti come indicanti «la crisi del modello statocentrico sul versante della precedente relazione di strumentalità», vedi *ivi*, p. 524, nonché N. LONGOBARDI, *Il sistema politico amministrativo e la riforma mancata*, Torino 1999, pp. 77 s. e 84 ss.
- (15) Lo stato ente cerca così di rimediare alla sua eccessiva semplicità, indicata da S. ROMANO, *Discorso, cit.*, p. 13 s. come il suo «peccato di origine», ovvero di aver creduto di «poter trascurare una serie di forze sociali», di aver voluto porre di fronte allo stato solo l'individuo, apprestando così un'organizzazione

che «si palesò presto del tutto deficiente, nel regolare, anzi spesso nel non riconoscere gli aggruppamenti degli individui, pur così necessari in una società pervenuta ad un alto grado di sviluppo». L'attuale assetto può essere definito neocorporativo, in quanto caratterizzato dal fatto che "... le organizzazioni degli interessi sono ampiamente cooptate nel processo decisionale del governo e prendono parte alla formazione delle "politiche" in una sorta di riparto funzionale del lavoro, e le relazioni industriali sono caratterizzate da un metodo di concertazione fra le associazioni sindacali ed il governo ...". Così, P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano 1987, p. 178, citato da G. COLAVITTI, *Rappresentanza, cit.*, p. 296, del quale v. anche il cap. II (ivi, p. 51 ss.) sull'ordinamento corporativo fascista e sulle teorie relative alla rappresentanza di interessi superindividuali organizzati come forma di rappresentanza politica.

- (16) Al riguardo, in generale e con particolare riferimento alla c.d. privatizzazione del pubblico impiego, v. N. LONGOBARDI, *Il sistema, cit.*, pp. 5, 17 n. 12, 159 ss. Sullo «status di interlocutori ordinari delle istituzioni politiche» dei sindacati ed il sostegno di essi da parte dello Stato, cfr. da ultimo G. COLAVITTI, *Rappresentanza, cit.*, partic. p. 40 ss.
- (17) Così, G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 637 ss.
- (18) Ha osservato G. AMATO, *Il gusto della libertà*, Bari 1998, p. 148, che il consumatore «purtroppo per lui, non è ancora un soggetto politico. Al massimo, ha trovato delle associazioni che lo rappresentano». Ma queste «non si spingono a mordere ai polpacci le fondamenta ideologiche della rappresentanza politica. Molte, del resto, sono di derivazione partitica».

- (19) L'efficace espressione è di G. DI GASPARE, *Organizzazione amministrativa, cit.*, p. 517.
- (20) Sugli esiti di politicizzazione dell'amministrazione e di lottizzazione del ruolo pervasivo attribuito ai partiti politici, v. N. LONGOBARDI, *Costituzione, cit.*, ora in *Autorità amministrative indipendenti, cit.*, p. 116 ss. V., *ivi*, in particolare sottolineato come ne sia derivato un intreccio corruttivo e perverso anche sotto il profilo economico, che ha dato luogo ad un amplissimo settore di economia assistita, gravitante intorno allo stato e agli enti pubblici, come fonti di risorse finanziarie, gestite dal sistema dei partiti anziché dall'amministrazione. Ciò è stato ampiamente evidenziato da G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna 1996.
- (21) Secondo quanto argomentato da F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia 194, p. 22 s., «la soluzione partitica rispondeva ancora alla concezione di uno stato organizzazione, in equilibrio automatico quanto all'esercizio delle funzioni, perché quella presenza tentava comunque di agire operando all'interno dell'organizzazione mediante la preposizione di soggetti appartenenti ai partiti o da essi scelti, perpetuandosi così il mito di una risposta democratica del sistema mediante l'intervento sulle strutture organiche. È invece imminente, ed è già iniziato, il capovolgimento di queste concezioni che ormai si possono chiamare tipiche di una mentalità arcaica e tendenzialmente statalistica».
- (22) Ha osservato F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino, cit.*, p. 94 s., che «il momento della rappresentatività, visto senza il contemporaneo momento del consenso, assume aspetti puramente meccanicistici perché si tratta di una strumentazione della partecipazione, come reso evidente dalla formula che parla di “macchina

elettorale”); «solo la partecipazione all’esercizio delle funzioni comporta un consenso reale». Infatti, «il voto non costituisce una sorta di assenso volontario» alle misure prese dal governo, «neanche da parte di chi ha eletto il governo», come sottolineato da M. N. ROTHBARD, *L’etica della libertà, cit.*, p. 270, sulla base delle rigorose argomentazioni di L. SPOONER, *No Treason, cit.*, p. 15. Solo un pieno coinvolgimento dei cittadini nell’esercizio delle funzioni pubbliche appare in grado di contrastare la critica radicale che autori quali quelli appena citati, svolgono nei confronti dello Stato.

- (23) Sul ruolo dei partiti, attinente alla funzione più alta della politica, quella di provvedere al buon funzionamento delle regole, nella veste di «guardiani della democrazia» e sulla necessità di convogliare la pressione degli interessi soprattutto nella dimensione amministrativa, l’unica adeguata ad assicurare un confronto trasparente, v. N. LONGOBARDI, *Costituzione, cit.*, ora in *Autorità amministrative indipendenti, cit.*, partic. p. 122 ss.
- (24) Sulla «libertà attiva» del cittadino quale connotato fondamentale di una «vera democrazia», v. ancora F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino, cit.*, p.60, secondo il quale essa, da un canto, costituisce il completamento della tradizionale libertà garantita rispetto all’invasione dello Stato, dall’altro recupera, sotto forma di partecipazione personale e diretta al potere, «la libertà degli antichi», ciò che è oggi necessario alla stessa conservazione delle condizioni individuali di libertà.
- (25) *Ibidem*, p. 22.
- (26) *Ibidem*, p. 35.
- (27) Cfr. M. CAMMELLI, *L’organizzazione centrale della pubblica amministrazione nella XI legislatura: note intorno al processo di riforma*, in

AAVV, *Riformare la pubblica amministrazione*, Torino 1995, p. 33 s., che, nel contrapporre così efficacemente i modelli di cui al testo, descrive l'obiettivo allora perseguito dal ministro Cassese, attraverso la soppressione di un gran numero di collegi amministrativi, di «rompere con una linea di cogestione amministrativa ormai giunta a codeterminare non solo le decisioni di amministrazione attiva, ma anche quelle di carattere paragiurisdizionale (ad esempio le decisioni sui ricorsi) in modo da restituire al sistema separazione di compiti e di responsabilità e chiarezza dei reciproci ruoli». Sull'intervento dello stato, in via normativa ed amministrativa, diretto ad avvantaggiarsi del fenomeno associativo, chiamando «... a sé le organizzazioni di gruppo», v. G. BOGNETTI, *Lo Stato e i gruppi di interesse negli ordinamenti borghesi*, Milano 1998, p. 94; G. COLAVITTI, *Rappresentanza*, cit., p. 40 ss.

- (28) Per lo sviluppo di questi concetti, v. N. LONGOBARDI, *Costituzione*, cit., partic. p. 116 ss.
- (29) Al riguardo, v. N. LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti laboratori di un nuovo diritto amministrativo*, ora in *Autorità amministrative indipendenti*, cit., partic. p. 96 ss. Alla bibliografia ivi indicata nella nota 79, adde G. PASTORI, *Prospettive attuali del diritto amministrativo*, in G. PALMA (a cura di), *Lezioni*, Napoli 2007, p. 387 ss.
- (30) Ciò è stato da me sottolineato in *Le autorità amministrative indipendenti*, cit., p. 105, nel trattare il tema del fondamento costituzionale delle autorità amministrative indipendenti.
- (31) Sul modello regolativo-giustiziale, v. N. LONGOBARDI, *La regolamentazione ed i controlli: le autorità amministrative indipendenti (il*

modello regolativo-giustiziale), in A. Vignudelli (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto*, Torino 2006, 211 ss.

(32) Per l'esame dei principi posti dalla legge comunitaria del 2004 e della legge n. 262 del 2005 sulla tutela del risparmio, v. N. LONGOBARDI, *La regolamentazione ed i controlli, cit.*, ove viene rilevato che i predetti principi, benché posti con esplicito riguardo alle autorità considerate dalla normativa (Banca d'Italia, Consob, Isvap e Covip), sono estensibili a tutte le autorità amministrative indipendenti.

(33) Se la consultazione preventiva nei procedimenti diretti all'adozione di atti regolamentari e generali è stata prevista per le Autorità di regolazione dei mercati finanziari con l'art. 23, L. n. 262 del 2005 e per l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con l'art. 11, d. lgs. n. 295 del 2003, per l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas risulta invece prevista sin dal 1997, essendo stata introdotta dalla stessa autorità, che l'ha disciplinata con la propria delibera n. 61 del 1997 (art. 5).

Per l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, tenuta in base alla legge istitutiva ed al regolamento attuativo ad osservare i principi del contraddittorio, della piena conoscibilità degli atti e della verbalizzazione, non è prevista la consultazione preventiva per l'adozione di atti regolamentari e generali. Benché questa autorità sia sprovvista di un potere di regolazione generale del mercato, si pone ugualmente, in considerazione non solo dell'ampio potere sanzionatorio, ma anche del ricorso ai nuovi strumenti di concertazione con le imprese e della conseguente assunzione di impegni da parte delle stesse, la necessità della previa definizione di linee guida dell'azione da tenere, ovvero dell'esercizio di poteri pararegolamentari diretti a

restringere la discrezionalità in materia, garantendo le imprese da imprevisti mutamenti di indirizzo. Al riguardo, v. R. CHIEPPA, *Tipologie procedurali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2006.

- (34) Al riguardo, v. partic. N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e diritti*, in *Foro Amm. Tar* 2007, p. 2925 ss. Per un esempio recente di rigorosa applicazione del principio del contraddittorio, v. Cons. St., VI, n. 5085/2007.
- (35) Cons. St., sez. cons. atti normativi, 6 febbraio 2006, n. 355.
- (36) Cons. St., VI, n. 7972/2006, preceduta dalle decisioni della medesima Sezione nn. 2007/2006 e 2201/2006, nonché n. 1409/2006.
- (37) Cons. St., VI, n. 7972/2006, *cit.*
- (38) Al riguardo, v. R. CHIEPPA, *Tipologie procedurali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti*, *cit.* L'autore, Consigliere di Stato appartenente alla VI sezione, è stato relatore di tre delle quattro importanti decisioni citate alla nota 36. A far salvo il valore della legalità contribuisce certamente un'ampia predeterminazione delle regole dell'azione amministrativa accompagnata dalla possibilità di esercizio da parte del giudice di un sindacato penetrante, secondo quanto da tempo indicato da F. LEVI, *Legittimità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, p. 124 ss. E' tuttavia necessario anche il più ampio coinvolgimento degli interessati, attraverso la garanzia del contraddittorio, idoneo a fornire una legittimazione democratica dal basso, secondo quanto ci viene oggi indicato per le autorità amministrative indipendenti dal giudice amministrativo.

Sul principio del «giusto procedimento» e l'analogia di esso con la formula costituzionale statunitense del *due process of law*, v. N. LONGOBARDI, *Costituzione, cit.*, ora in *Autorità amministrative indipendenti, cit.*, p. 123 ss. Si è in precedenza avuto modo di osservare che proprio l'esperienza delle *independent regulatory agencies* e la giurisprudenza della Corte Suprema degli USA stanno ad indicare che la valenza del principio di legalità «si sposta dalla imposizione, spesso illusoria e quasi sempre disfunzionale, di regole di dettaglio (la legge come guida dell'amministrazione) alla imposizione di regole organizzative e procedurali di garanzia e trasparenza che assicurino il concorso di tutti i soggetti interessati alle decisioni amministrative» (N. LONGOBARDI, *Il sistema politico-amministrativo, cit.*, p. 91). Sul modello delle autorità amministrative indipendenti, che realizza un processo partecipativo all'elaborazione ed applicazione delle regole, di estensione della formazione del diritto alla società, v. anche N. LONGOBARDI, *Costituzione, cit.*, ora in *Autorità amministrative indipendenti, cit.*, p. 153 ss.