

LO “STATO REGOLATORE” COME FATTISPECIE A “LEGITTIMAZIONE DIFFERENZIATA”

di Antonio Riviezzo*
(23 luglio 2013)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Perché la formula è ambigua. - 3. Perché “stato regolatore” è una sintesi verbale. - 4. Perché la formula non ha valenza prescrittiva. - 5. Perché “stato regolatore” è una formula fuorviante. - 6. Il nesso meramente accidentale tra apparati (indipendenti) e funzione (di regolazione). - 7. Autorità ed agenzie. - 8. Caratteristiche morfologiche della regolazione. Regolazione “condizionale” e regolazione “finale”. - 9. Regolazione e sindacato giurisdizionale. - 10. “Stato regolatore” e legittimazione democratico-rappresentativa. - 11. Conclusioni: il «doppio» stato regolatore.

1. Premessa. – In un recente saggio monografico¹ ho sostenuto una tesi marcatamente *eclettica* rispetto alla figura del c.d. stato regolatore, per lo meno ove riguardato dal versante tematico della sua legittimazione; più precisamente, sono pervenuto alle conclusioni che condensa nei seguenti undici punti²:

1.- “*Stato regolatore*” è una formula ambigua, nel senso che, con tale locuzione, si fa riferimento a concetti di estensione alquanto diversa; certamente, però, nell’adoperarla, si intende sempre una peculiare configurazione organizzativa del potere pubblico.

2.- “*Stato regolatore*” è una sintesi verbale, nel senso che, con tale espressione, pur nel suo significato più ristretto, si rinvia ad un contesto molto più articolato di quanto l’espressione stessa lasci intendere; il problema sorge quando siffatta ambiguità transiti dal piano della mera descrizione a quello prescrittivo.

3.- “*Stato regolatore*” non è una categoria dogmatica a sé stante. Nel senso che si tratta, come detto, semplicemente di un caratteristico andamento dell’organizzazione pubblica, senza arrivare però a costituire un paradigma significativo, né a livello di forma di stato, né a livello di forma di governo.

4.- “*Stato regolatore*” è una formula fuorviante, per lo meno nella misura in cui con tale locuzione si intenda alludere alla sussistenza di uno statuto giuridico unitario del fenomeno, sul presupposto di una necessaria corrispondenza tra una “certa” struttura organizzativa ed una “certa” serie di attribuzioni funzionali.

¹ A. RIVIEZZO, *Il doppio Stato regolatore*, Napoli, 2013, XIV-426.

² *Ibidem*, 352-355, compresi i rimandi ivi contenuti alle altre parti del testo, al fine di rinvenire l’argomentazione completa delle tesi, colà e *supra*, meramente enunciate.

5.- Nello “stato regolatore” non sussiste alcuna necessaria simmetria tra apparato indipendente e funzione di regolazione. Al contrario, esistono nel diritto positivo italiano almeno quattro modelli di configurazione dello “stato regolatore”, alquanto diversi l’uno dall’altro, nei termini che meglio specificherò nei prossimi enunciati.

6.- La configurazione organizzativa tipica dello “stato regolatore” si compone indifferentemente degli apparati denominati “agenzie” e degli apparati denominati “autorità indipendenti” (rectius: “autorità amministrative indipendenti”). Le prime sono burocrazie, per quanto separate, comunque incardinate nell’organizzazione governativa, mentre le seconde sono strutture compiute completamente scollegate da quel circuito decisionale. Proprio per tale ragione, le prime non pongono, in ultima analisi, problemi di razionalizzazione giuridica troppo diversi da quelli di un qualsiasi altro ramo della Pubblica amministrazione, mentre le seconde sollecitano parecchi interrogativi di ordine sistematico.

7.- Tutti gli apparati dello “stato regolatore” svolgono la medesima attività, detta “regolazione”. L’attività di regolazione si presenta morfologicamente in forme assai diversificate, ma tutte accomunate da un duplice dato strutturale, consistente, da un lato, nell’intestazione congiunta di potestà, normative e provvedimentali (e “giustiziali”), di regola distinte, e, dall’altro, nella sottoposizione dei relativi atti al controllo giurisdizionale. Il che non significa che l’estensione dei poteri regolativi sia identica per tutti gli apparati di regolazione: esistono infatti almeno due paradigmi principali di tale attività, la regolazione “condizionale” e la regolazione “finale”, a seconda di come vengono strutturati i dispositivi che attribuiscono i poteri in questione (di comportamento o di scopo); la dicotomia in parola ridonda sugli apparati, che vengono rispettivamente detti “di regolazione-controllo” e “di regolazione-indirizzo”. Tali apparati, a loro volta, presentano un diverso grado di compatibilità sistematica a seconda di come l’attribuzione funzionale (“controllo” o “indirizzo”) si combini col dato organizzativo (“apparato indipendente” od “agenzia”).

8.- La regolazione è un’attività amministrativa, dato che, per diverse ragioni, non risultano ricevibili né la qualificazione della stessa nei termini di un’attività giurisdizionale, né quella che vede in essa un’espressione di potestà legislativa, o, addirittura, di una “quarta (o quinta) funzione statale”.

9.- La regolazione in sé non è un’attività incompatibile con la Costituzione, nel senso che la presenza di fonti istitutive formali è sufficiente a garantire il rispetto del principio di legalità, mentre il generalizzato controllo giurisdizionale sugli atti di regolazione permette di preservare, almeno formalmente, la separazione tra *gubernaculum* e *iurisdictio*. Inoltre, la fenomenologia non contrasta né col princi-

pio di sussidiarietà (ed anzi concorre ad implementarne la *ratio*) né con quello di sovranità popolare (o meglio: non necessariamente).

10.- *Lo “stato regolatore” esprime una configurazione di poteri pienamente giustificata sotto il profilo democratico-rappresentativo solo qualora si svolga in un contesto riconducibile al circuito politico (agenzia), ovvero la potestà regolativa risulti contenuta nelle sole attribuzioni di attuazione-controllo (autorità di regolazione-controllo).* Il che equivale a dire che non solo non è la regolazione *in sé* a violare la Costituzione, ma nemmeno l'apparato *in sé*: è solo *una certa combinazione* dei due elementi a generare problemi coerenziali nell'ordinamento.

11.- *Un apparato indipendente che svolga attività di regolazione “finale” è (probabilmente) illegittimo sotto il profilo dogmatico e (certamente) fonte di incoerenza sotto quello teorico-generale.* L'invalidità discende(rebbe) dalla violazione dell'art. 1, 2° comma, Cost., letto in combinato disposto con gli artt. 95 e 97 Cost., mentre la fonte di incoerenza è costituita dalla matrice carismatica del potere regolativo in tale configurazione.

Come si può vedere, non si tratta di affermazioni – singolarmente prese (almeno dalla n. 1 alla n. 9) – particolarmente originali; è più che altro la loro considerazione *corale*, ossia la ricostruzione complessiva del fenomeno regolativo che ne emerge, che può fornire (forse) qualche spunto di riflessione.

Non intendo peraltro procedere ad una mera riproposizione delle tesi del libro, quanto piuttosto provare ad esplicitare alcuni passaggi argomentativi che, nello scritto di provenienza, sono forse rimasti in ombra, oltre a proporre qualche considerazione ulteriore, che in quella sede non avevo avuto modo di esprimere.

Nel fare ciò, seguirò un approccio “inverso” rispetto a quello adottato nel saggio monografico, risalendo dalle conclusioni (le “tesi” dottrinali vere e proprie, riportate *supra sub* 1-11) verso le loro premesse (argomentative), e provando a dar conto degli assunti colà formulati da una diversa prospettiva.

Non mi illudo, ovviamente, che ciò sia sufficiente a fugare ogni dubbio sul testo, dato che l'articolazione e la complessità del tema rende arbitraria – almeno in una certa misura – qualsivoglia selezione del materiale (ritenuto dall'osservatore) rilevante, e, quindi, delle conclusioni prospettate; eppure, una qualche selezione deve pur esserci, pena, in caso contrario, un “eccesso di analisi” che finirebbe col minare alle basi la (pur minima) finalità conoscitiva che deve animare una qualsiasi ricerca, non esclusa quella giuridica³.

³ Reitero i due riferimenti epistemologici basilari a sostegno di tale posizione sullo statuto scientifico del mio scritto: K. R. POPPER, *Logik der Forschung*, Berlin, 1934, tr. it. *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970, spec. 107 e ss., e M. WEBER, *Die Objectivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, tr. it. *L'oggettività conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale*, in IDEM, *Gesam-*

Per alleggerire l'esposizione, farò costante rinvio, ove possibile, a quanto già riportato più diffusamente nel saggio monografico (che da adesso in poi citerò brevemente come "DSR", acronimo di "Doppio Stato Regolatore"), e, nel contempo, scarnificherò l'apparato bibliografico, sempre nella medesima ottica semplificatrice; proprio per questa ragione, i rinvii allo scritto principale andranno intesi come riferiti anche alla bibliografia *ivi* riportata.

2. Perché la formula è ambigua. – Il sintagma "stato regolatore", pur di conio relativamente recente, è altamente disomogeneo, a seconda che il fenomeno venga riguardato da una prospettiva economica, sociologica o propriamente giuridica⁴.

Inoltre, esso presenta un'estrema variabilità semantica: di "stato regolatore", in contesto non solo giuridico, in effetti, si può parlare – e si è parlato – in almeno due accezioni; *in senso lato*, come locuzione comprensiva dei profili *organizzativi* e *funzionali* della fattispecie; ed *in senso stretto*, per designare, cioè, la sola porzione organizzativa del fenomeno, in contrapposizione quindi all'aspetto prettamente funzionale dello stesso (la regolazione, *scil.*).

Emblematico di tali oscillazioni, cui, sul piano strettamente giuridico, si affianca la reiterata (e non sempre consapevole) sovrapposizione delle categorie di "forma di stato" e "forma di governo" da associare al costrutto, è il saggio di Antonio Majone e Giandomenico La Spina sull'argomento⁵.

Beninteso: il summenzionato lavoro ha matrice sociologica, e quindi quello che può essere un "difetto" all'interno di un ragionamento deontologico, può invece risultare essere la cifra caratterizzante – od addirittura un pregio (come a me sembra) – all'interno di un discorso che abbia pretese meramente descrittive, nel quale la precisione e l'accuratezza stessa della descrizione comportano di necessità l'ibridazione degli approcci analitici (strutturali, funzionali, e via discorrendo).

melte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, tr. it. *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, 1958, 53 e ss. Rammento quindi che la finalità *espositiva* dello scritto d'origine (e quindi di questo) deriva da un'assunzione fondamentale, e cioè che il compito del giurista sia *in primis* la descrizione pura e semplice del fenomeno osservato, intesa quale *verità* scientifica (cfr. H. ALBERT, *Difesa del razionalismo critico*, Roma, 1997, spec. 157 e ss. e K. R. POPPER, *Il pensiero essenziale*, Roma, 1998, 217 e ss.); *contra*, nel senso che il ruolo del giurista contempra essenzialmente una tensione dottrinale v. però almeno J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, Napoli, 1983, spec. 118 e ss., e R. SACCO, *La dottrina, fonte del diritto*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990, 449 e ss., spec. 456 e ss.).

⁴ Cfr. in proposito la puntuale rassegna di C. P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione indipendente del mercato*, Bari, 2005, 33 e ss. Senza entrare nel merito dell'intavolazione, essa testimonia comunque il forte e diffuso disagio dottrinale nel tenere all'interno di un'unica categoria fenomenologie oggettivamente disomogenee.

⁵ G. MAJONE- A. LA SPINA, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000, *passim*, spec. il primo capitolo, ove si esamina il passaggio dallo stato «gestore» allo stato «regolatore».

Resta il fatto, a mio avviso, che la difficoltà ad isolare un *unico e preciso* significato, per le ragioni sopra accennate, rende la formula oggettivamente *ambigua*, perlomeno quando adoperata senza le dovute cautele, all'interno di un discorso giuristico [DSR, 1-14 e 30-43].

3. Perché “stato regolatore” è una sintesi verbale. – Ciò non significa che sia impossibile trovare un sia pur labile filo conduttore tra tutte le esperienze, in senso lato, regolative: in effetti, ogni qual volta, nell'amministrare la Cosa pubblica, il legislatore scelga di istituire centri decisionali più o meno distaccati dal circuito politico generale, ed inoltre decida di dotare tali apparati di potestà normative, provvedimentali e/o “giustiziali”, ecco che *descrittivamente* – ossia: *sinteticamente* – diventa possibile adottare una designazione unitaria del fenomeno *sub specie* di “stato regolatore” [DSR, 46-79].

In tale accezione, propriamente, la formula, più che *ambigua*, tende piuttosto a presentarsi come *vaga*; niente di male in ciò, a patto di non perdere di vista, nuovamente, la ragione per cui si decide di utilizzarla, ossia descrivere sinteticamente un fenomeno ampio, con finalità eminentemente conoscitive o al limite didattiche (*ad docendum*).

Come ho già accennato, il problema si pone invece quando si pretenda di far transitare tale formula sintetica dal piano descrittivo a quello prescrittivo (*ad iubendum*).

4. Perché la formula non ha valenza prescrittiva. – La persistente *imprecisione* (utilizzo tale termine più ampio, intendendo ricomprendervi tanto l'*ambiguità* quanto la *vaghezza*) della formula “stato regolatore” impedisce al sottostante concetto di mostrare, almeno in prima battuta, attitudine direttiva: il massimo che si può ottenere in tali condizioni è pertanto una definizione stipulativa, e quindi meramente operativa (di certo, *non* prescrittiva), che nel testo ho articolato nei seguenti termini [DSR, 7-8. Le parti fra virgolette sono tratte dal saggio di G. MAJONE- A. LA SPINA, *Lo Stato regolatore*, in *Riv. trim. sc. amm.*, n. 3, 1991, 3 e ss., rispettivamente 17, 19 e 20]:

«[...] si presupporrà quindi, d'ora innanzi, quale definizione di partenza dello stato regolatore, quella – riconducibile più o meno alla data di ingresso “ufficiale” del sintagma nel panorama dottrinale interno – per cui l'espressione in parola descriverebbe un'organizzazione politica che “sceglie e bilancia beni e interessi, per farne oggetto di tutela, individua e previene rischi, e a tali fini disegna, munisce di sanzioni, adotta, applica *regole di condotta* rivolte ai consociati”. Si noti che nella definizione riportata non rientra

“qualsivoglia strumento di intervento, bensì (...) il perseguimento di certi risultati (condizioni di possibilità, svolgimento efficiente, assenza di effetti esterni perniciosi di attività svolte di norma da privati)” tramite un particolare dispositivo di “controllo (...) ‘prolungato e focalizzato’ (...) esercitato da un organismo costituito o comunque attrezzato *ad hoc*”; controllo, per concludere con la lunga citazione, che “(...) non si riduce all’adozione di un atto legislativo, ma è anche un processo continuo di osservazione dell’attività regolanda, valutazione degli interessi in gioco, aggiustamento o riaggiustamento delle regole alle circostanze” [...].».

Si tratta, all’evidenza, di una definizione più debitrice verso la sociologia del diritto che non verso la deontica dello stesso; nondimeno mi è parso che quella ricostruzione presentasse il vantaggio di essere semanticamente poco impegnativa, dato che nessuna delle descrizioni (giuridiche) dello “stato regolatore”, reperibili in dottrina, mi sembrava discostarsi da tale *minimum*⁶.

Proseguendo nell’analisi, non mi è stato tuttavia possibile affrancarmi dalla stipulazione iniziale, poiché non mi è riuscito di rinvenire alcun elemento unificante, dotato dell’attributo della prescrittività, che potesse dar conto di una considerazione unitaria del fenomeno che stavo indagando [DSR, 193 e ss.; 283 e ss.].

In questa chiave, hanno giocato un ruolo decisivo le formidabili diversità strutturali degli apparati che dovrebbero comporre la figura, così come le differenti latitudini dei poteri conferiti dalle fonti primarie alle strutture burocratiche in parola.

5. Perché “stato regolatore” è una formula fuorviante. – L’unico dato pseudo-unificante di tutta l’ampia fenomenologia che studiavo mi è sembrato infatti essere chiara la matrice *funzionale* del costruito, visto che lo “stato regolatore” si caratterizza, *innanzitutto*, per un’attività che, letteralmente, consiste nel “regolare”; ed è da tale verbo che discende per l’appunto il sostantivo “regolazione”, il quale, *per ragioni essenzialmente storiche*, appare legato alla fenomenologia anglosassone delle *authorities* (e delle *agencies*), nella specifica accezione che in tale contesto quel termine ha assunto.

D’altro canto, se intendessimo “regolazione” in senso generico (attività del “regolare”), l’espressione “stato regolatore” finirebbe col descrivere semplicemente uno “stato che regola”, e si risolverebbe quindi in una ridondanza: ogni stato, infatti, nasce – e si caratterizza

⁶ Nota bene che, per altro verso, tale definizione conferma la bontà dell’approccio sociologico allorquando si tratti di prendere atto dell’essenza, per così dire, *naturalistica* del fenomeno in parola.

– per “regolare” (dare regole a) qualcosa⁷. Mi è parso perciò più sensato presumere che il termine “regolazione” andasse inteso nello specifico significato economicistico isolatosi in anni a noi vicini, sicché il sintagma “stato regolatore” sembra rimandare invariabilmente ad una tipologia di intervento pubblico (statale) nella vita sociale caratterizzato da alcune peculiarità che ricorderò per sommi capi nei punti successivi.

Anche al netto di tale puntualizzazione, tuttavia, non mi pare che si riescano a superare affatto i problemi di imprecisione della formula, visto che:

a.- da un lato, non risulta affatto chiaro se, con essa (formula), ci si voglia riferire propriamente ad un attributo della forma dello stato piuttosto che della forma di governo [DSR, 296 e ss.], come ho già detto;

b.- dall'altro, anche a prescindere da tale dilemma, resta implicito che la regolazione *stricto sensu* (ossia, in “salsa” economica) implichi la *necessaria* adozione del modulo organizzativo indipendente ogni qual volta si voglia dotare una struttura burocratica di tali potestà [DSR, 9-14, dubitativamente, e 330 e ss., criticamente].

6. Il nesso meramente accidentale tra apparati (indipendenti) e funzione (di regolazione). – Viceversa, a me pare abbastanza evidente che il nesso *de quo* sia puramente accidentale, nel senso che non vedo alcuna esigenza logica o giuridica che leghi necessariamente l'attività di c.d. regolazione e l'indipendenza (dal Governo) degli apparati pubblici intestatari di tale funzione [*Ibidem*].

Per superare tale assunzione, implicita nella maggior parte – se non in tutte – le trattazioni che aspirano ad indagare unitariamente il fenomeno, mi sono avvalso di argomenti di ordine storico, logico e dogmatico.

Storicamente, ho allegato [DSR, 10-11] la parabola interventista dello stato-nazione nei settori economici (e non solo), individuando i prodromi di tale tendenza addirittura nel Basso Medioevo, seppur all'interno di un contesto per molti versi unico quale era quello del Regno delle Due Sicilie, vero e proprio antesignano delle esperienze statuali *post* Westfalia [DSR, 9]⁸.

Logicamente, poi, non si intravede alcun nesso di implicazione necessaria tra un conferimento, più o meno ampio, di poteri giuridici ad un apparato ed un preciso statuto giuridico delle relazioni interorganiche e/o intersoggettive tra l'ufficio titolare di essi poteri e gli altri; al limite, si potrà dire che la presenza/assenza di una certa rela-

⁷ In tal senso, G. AMATO, *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Pol. dir.*, 1970, 448 e ss.

⁸ Ricordo in proposito che l'exergo del libro è tratto dal *Liber Augustalis*, promulgato nel 1231 a Melfi.

zione inciderà sull'esercizio della funzione, ma essa (presenza/assenza) non potrà mai incidere sulla *titolarità della stessa*; tuttavia, anche tale puntualizzazione, in ultima analisi, non proverebbe nulla rispetto alla tematica affrontata, poiché resterebbe poi da dimostrare che l'indipendenza sia sempre e comunque la condizione *migliore* nella quale esercitare un potere: dubito, infatti, che tale assunto sia sostenibile in termini assoluti, visto che sempre più spesso si invoca ed auspica, da ogni parte, la "leale collaborazione" tra poteri pubblici⁹; e, già intuitivamente, la "collaborazione" – soprattutto quella "leale" – non va proprio d'accordo con l'indipendenza.

Dogmaticamente, infine, mi sono limitato a richiamare l'attenzione su due fenomeni speculari, ma senza dubbio significativi: da un lato, l'esistenza di apparati indipendenti che, evidentemente, non si occupano di "regolazione" (*stricto sensu*) e, dall'altro, di apparati di regolazione (*stricto sensu*) non indipendenti; i giudici, nel primo caso, le agenzie governative, nel secondo [DSR, 12-14].

Tale rilievo, al di là di ogni altra questione, credo dovrebbe dar conto del fatto che, *almeno limitatamente all'ordinamento giuridico italiano*, l'idea di un nesso necessario tra "regolazione" e "indipendenza" sia normativamente insostenibile.

È certo indubitabile che sussista una connessione storica, meglio: *fattuale*, tra i due termini, ma un tanto non autorizza a trarne corollari di tipo prescrittivo, incorrendosi in caso contrario in un classico caso di argomentazione viziata da fallacia naturalistica.

7. Autorità ed agenzie. – Le c.d. autorità *amministrative* indipendenti (secondo la nomenclatura che mi è parsa più adeguata) costituiscono indubbiamente la manifestazione organizzativa caratteristica dello stato regolatore [DSR, 189, nt. 449]. Si tratta di strutture compiute, affidatarie di funzioni di c.d. regolazione in settori della vita pubblica particolarmente rilevanti, ed appunto per tale ragione il legislatore istituyente ha ritenuto di presidiarne l'azione con meccanismi idonei a garantirne lo sganciamento integrale dal circuito dell'indirizzo politico generale [DSR, 46 e ss.].

Nondimeno, l'intestazione congiunta delle potestà propriamente regolative non è un'esclusiva degli apparati radicalmente *indipendenti* dal Potere politico, atteso che attribuzioni di analoga latitudine sono altrettanto di frequente rinvenibili all'interno di strutture che non beneficiano, ad esempio, né della nomina dei membri a termine fisso, né della revocabilità solo per giusta causa, né della durata del mandato superiore a quella del mandante, né, per finire, dell'obbligo di designazione *bipartisan*.

⁹ Per rimanere ancorati all'esperienza giuridica italiana, mi limiterei a ricordare le due importanti sentenze della Corte costituzionale n. 349 del 1992 e n. 403 del 1994 *in subiecta materia*.

Tali apparati, strutturati talvolta come uffici separati, ma comunque incardinati presso un Ministero (astrattamente) competente *ratione materiæ*, talaltra quali burocrazie formalmente autonome ma comunque collegate al Governo, vengono in genere designati come “*agenzie di regolazione*”: si può pensare, ad esempio, all’ARAN (Agenzia per la rappresentanza negoziale delle Pubbliche amministrazioni), istituita nel 1993 e dotata di personalità giuridica di diritto pubblico e di autonomia organizzativa, gestionale e contabile, che però non può certo dirsi impermeabile alle istanze governative, pur nella latitudine dei poteri riconosciutigli dalla fonte istitutiva¹⁰.

Del resto, anche a restringere lo sguardo ai soli apparati indipendenti, si noterà che il livello di “impermeabilità” rispetto alle istanze provenienti dal mondo politico è tuttora piuttosto variabile, pur all’interno di una tendenza che va verso una sempre maggiore omogeneizzazione [DSR, 64-70].

8. Caratteristiche morfologiche della regolazione. Regolazione “condizionale” e regolazione “finale”. – Il passaggio dal versante organizzativo a quello funzionale, alla ricerca di un fattore di unificazione della fattispecie, è tutt’altro che incoraggiante: se, infatti, si rileva un alto grado di incostanza quanto agli *standard* di indipendenza degli apparati, le variabili che è dato registrare in merito alla latitudine dei poteri loro conferiti rasenta l’ineffabilità [DSR, 89-125].

Con una certa fatica, peraltro, si può mettere qualche punto fermo anche in questa *congerie* di poteri:

a.- le potestà che caratteristicamente compongono la “regolazione” sono – dal punto di vista concettuale – riconducibili a funzioni cardinali distinte (produrre norme, applicare in concreto norme, applicare sanzioni per violazioni di norme) e normalmente collocate in capo ad apparati, a loro volta, distinti [DSR, 79-91];

b.- le potestà in discorso sono intestate sempre con fonte legislativa e quasi sempre sulla base di un ben individuato referente costituzionale [DSR, 79-89];

c.- gli atti espressivi della potestà regolativa sono sempre assoggettati, almeno formalmente, al controllo di un giudice (in genere quello amministrativo) [DSR, 125-138];

¹⁰ In effetti, il Presidente dell’ARAN viene nominato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro per la Pubblica amministrazione e l’innovazione, previo parere della Conferenza unificata; viene scelto fra esperti in materia di economia del lavoro, diritto del lavoro, politiche del personale e strategia aziendale, anche estranei alla Pubblica amministrazione e dura in carica quattro anni; può essere riconfermato per una sola volta. I quattro membri del Collegio di indirizzo e controllo (oltre al Presidente) vengono invece scelti tra esperti di riconosciuta competenza in materia di relazioni sindacali e di gestione del personale, anche estranei alla Pubblica amministrazione; due di essi sono designati, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta, rispettivamente, del Ministro per la Pubblica amministrazione e l’innovazione e del Ministro dell’economia e delle finanze; gli altri due, rispettivamente, dall’ANCI e dall’UPI e dalla Conferenza delle Regioni e delle province autonome; il Collegio dura in carica quattro anni e anche in tal caso è possibile la riconferma.

d.- concettualmente, è possibile distinguere i dispositivi che attribuiscono i poteri in due macro-categorie: dispositivi materiali e dispositivi finalistici, a seconda che la fonte istitutiva formuli la fattispecie a partire da una condotta ovvero da un obiettivo (da perseguire) [DSR, 149-167].

Sui punti da *a* a *c*, particolarmente rilevanti, tornerò tra poco per effettuare una precisazione importante rispetto alle tesi del libro (§ 9).

Dal rilievo *sub d*, invece, emerge un dato interessante, ossia che è possibile scomporre la regolazione in due fattispecie distinte: la regolazione c.d. condizionale, in cui il potere è conferito attraverso dispositivi materiali, e la regolazione c.d. finale, in cui esso è invece attribuito mediante dispositivi finalistici.

Di conseguenza, i relativi apparati potranno a loro volta essere subclassificati in apparati di (regolazione-)controllo ed apparati di (regolazione-)indirizzo.

Tali distinzioni, pur vantando un fondamento empirico, possono essere recepite anche all'interno di un discorso svolgentesi sul piano deontologico, poiché marcano una differenza *qualitativa* teoricamente chiara e giuridicamente apprezzabile, e quindi non contraddicono l'approccio analitico dell'intera ricerca [DSR, 20-30].

In particolare, la regolazione c.d. condizionale consiste in una *vigilanza sul rispetto delle disposizioni legislative*, per cui l'apparato di controllo si limita a verificare che gli operatori del settore non violino un certo equilibrio degli interessi, voluto dal legislatore medesimo attraverso le norme materiali di comportamento che egli stesso ha dettato.

Al contrario, con la regolazione c.d. finale il legislatore chiede all'apparato amministrativo di *curare il perseguimento degli obiettivi da lui predeterminati nelle norme istitutive*, ma non individua i comportamenti all'uopo necessari, opportuni e/o vietati; pertanto, dovrà essere direttamente la struttura regolativa ad *integrare* il *dictum* legislativo per la parte in cui esso è carente.

Nel primo caso, lo si intuisce, l'apparato amministrativo appare accostabile al giudice; nel secondo, invece, al legislatore.

Per diverse ragioni [Sull'irricevibilità della qualificazione giurisdizionale/neutrale, cfr. DSR, 157-171; per il rigetto della teoria legislativa v. invece DSR, 171-177 e 255-268], ho ritenuto però preferibile collocare la regolazione (ed il correlativo ufficio) – pur con tutte le sue peculiarità e pur in presenza delle due varianti suddette – nell'alveo del potere amministrativo tradizionale, se non altro come opzione *de residuo* [DSR, 184-191].

In effetti, ricondurre la regolazione all'attività giurisdizionale, oltre a svalutare il dato empirico rappresentato dai poteri finalistici

degli apparati di regolazione-indirizzo, determinerebbe *de plano* la violazione dell'art. 102, 2° comma, Cost.; così come, d'altra parte, non è affatto necessario postulare che l'amplissima discrezionalità, di cui gli apparati in questione pure dispongono nei casi di regolazione c.d. finale, debba necessariamente avere natura *politica*: il potere normativo esercitato può infatti essere banalmente collocato a livello secondario, non sussistendo formali indicatori giuridico-positivi che smentiscano tale assunto, anzi essendo vero proprio il contrario.

9. Regolazione e sindacato giurisdizionale. – Non per caso, tutti gli atti di regolazione sono sottoposti al sindacato giurisdizionale.

Tale sottoposizione è stata sancita dapprima frammentariamente e secondo criteri piuttosto ondivaghi, ma infine un certo ordine alla materia è stato dato con il c.d. Codice del processo amministrativo, specialmente agli artt. 133 e ss. [DSR, 133-134].

Oggi – e salvo limitatissime eccezioni – tutti gli atti di regolazione sono sottoposti al sindacato del Giudice amministrativo.

La scelta del legislatore, oltre che praticamente opportuna, è teoricamente commendevole, poiché, inserita nel quadro ordinamentale, consente di rafforzare l'idea che la collocazione propria del fenomeno regolativo sia nell'alveo del potere amministrativo, nel quale sorgono molti meno problemi di sistemazione che non altrove.

Vengo quindi alla precisazione che avevo anticipato poco sopra.

La presenza del controllo giudiziale, unitamente alla forza primaria delle fonti istitutive, aumenta infatti considerevolmente il grado di compatibilità del fenomeno *de quo* col principio di legalità [DSR, 203-214] e con quello di separazione dei poteri [DSR, 214-227].

Sia chiaro: nel corso dell'indagine, ove possibile, mi sono sempre orientato verso la soluzione interpretativa maggiormente compatibile col fenomeno considerato, e pertanto ho ricostruito il principio di legalità a partire dall'art. 101 Cost., ossia in senso *formale*, ed ho privilegiato la portata precettiva *minima* di quello di separazione, individuandone il nucleo inderogabile nella sola dissociazione tra il c.d. *gubernaculum* e la *iurisdictio*.

Tale approccio "conservativo", però, non è del tutto scontato, sebbene mi paia implicato dalla necessità di perseguire, fintanto che lo si possa fare senza sconfinare nella creatività, la coerenza (o, come dicono più precipuamente i logici, la *consistenza*) di *tutti* gli enunciati linguistici prescrittivi che compongono il sistema.

In particolare, molti e molto autorevoli studiosi intendono il precetto della legalità in senso *sostanziale*, e quindi individuano il titolo giuridico del principio nell'art. 113 Cost. (da leggersi assieme agli artt. 24 e 28 Cost.); se così fosse, tuttavia, le conclusioni dovrebbero

essere diverse da quelle che io ho proposto nel testo¹¹, poiché qualsiasi dispositivo meramente teleologico, a quel punto, impedirebbe al giudice di esercitare *in concreto* una *effettiva* azione di controllo sull'operato della struttura burocratica di regolazione (-indirizzo), svuotando il principio stesso del suo contenuto, e, a cascata, farebbe implicitamente venir meno anche l'*effettiva* separazione tra *gubernaculum* e *iurisdictio*.

Quanto agli altri due principi costituzionali che esamino nel libro, il *test* di compatibilità risulta pienamente superato con riferimento alla sussidiarietà, specialmente se intesa, come io ritengo preferibile, quale precetto *statico*; viceversa, seguendo l'impostazione voluta dalla giurisprudenza costituzionale, potrebbe aversi qualche problema in più, poiché forte sarebbe il rischio, in una prospettiva *dinamica*, che il "giudice" si sostituisca all'"amministratore" nello stabilire l'ottimale divisione del lavoro [DSR, 227-247].

Mi sono invece parse del tutto insormontabili le perplessità che solleva il principio della sovranità popolare, pur se inteso nel suo significato minimale di *rappresentatività* degli apparati di potere, quando lo si voglia far interagire coi poteri di regolazione-indirizzo di cui sia intestataria una burocrazia indipendente [DSR, 247-255].

10. "Stato regolatore" e legittimazione democratico-rappresentativa. – Il nodo controverso, approssimazione per approssimazione, si è infatti progressivamente delineato con chiarezza: il problema è la *giustificazione del potere*.

La presenza dell'art. 1, 2° comma, Cost. impone che nel nostro sistema ogni potere pubblico sia in un qualche modo riconducibile a quel paradigma, anche ai fini della ascrizione e della delimitazione delle responsabilità ex art. 28 Cost. (disposizione che peraltro ho sempre lasciato sullo sfondo del mio discorso, costituendo essa un pacifico corollario del ragionamento svolto¹²).

Ebbene, in ultima analisi, il principio è rispettato ogni qual volta, nel "risalire" dall'atto/comportamento singolare al suo autore, ovvero al controllore, si possa trovare modo di imputare il medesimo ad un funzionario pubblico che avesse avuto il modo di evitarlo adottando la diligenza del caso [DSR, 326-336].

Questa catena – concettualmente – sussiste qualora l'apparato pubblico (Pubbliche amministrazioni tradizionali ed agenzie) sia collegato, più o meno intensamente, al Governo, il quale "risponde"

¹¹ Un cenno, effettivamente un po' nascosto, alla problematica, è in DSR, 214, nt. 67 ed in DSR, 360-361.

¹² Infatti, per continenza logica, ove sussiste una responsabilità giuridica, sussisterà altresì quella politica, pur non essendo vero il reciproco. D'altro canto, sul tema occorrerebbe scrivere una monografia a parte, mentre il mio obiettivo era semplicemente quello di predisporre un quadro concettuale nel quale inserire tale meccanismo di risposta in caso di cattivo esercizio del potere. Cenni comunque in DSR, 310, nt. 91.

al Parlamento, che “risponde” al Popolo; possiamo accettare anche il collegamento diretto tra apparato indipendente e Parlamento, con *bypass* del Governo, qualora la fonte istitutiva predetermini essa stessa l’equilibrio degli interessi, poiché, in questo caso, la burocrazia indipendente *non agit sed agitur* (dalla legge, evidentemente), e quindi è comunque possibile immaginare una risposta parlamentare verso il suo Mandante sovrano [DSR, 332-333].

Ma la catena si interrompe bruscamente, e senza possibilità di rimedio, se la ponderazione degli interessi in gioco sfugge, per una qualunque causa, alla fonte istitutiva e finisce nelle mani di burocrazie per definizione non controllabili (poteri finalistici attribuiti a strutture totalmente indipendenti) [DSR, 333-334].

11. Conclusioni: il «doppio» stato regolatore. – Nell’ipotesi da ultimo delineata, si può solo provare a razionalizzare il potere, per dirla à la Weber, in maniera diversa da quella legale-razionale (ove rientra senza dubbio il paradigma dell’art. 1 cpv. Cost.), poiché ogni altro tentativo in tale direzione (legittimazione procedimentale, legittimazione tecnica, legittimazione parassitaria), a ben vedere, ricade al di fuori della figura in parola¹³.

Sempre ripercorrendo le categorie weberiane, del resto, non è nemmeno ipotizzabile parlare, nel caso di specie, di potere “tradizionale”, vista la (relativa) novità della materia [DSR, 347].

Resta solo la matrice *carismatica* per giustificare il potere gli apparati indipendenti di indirizzo, ma con un’ultima precisazione: facendo mia un’immagine famosa (“doppio stato”¹⁴) ed adattandola agli obiettivi della ricerca, ritengo di aver acquisito un solo dato realmente significativo, e cioè che non tutti i poteri di regolazione, all’interno dell’ordinamento, incarnano nello stesso modo e con la stessa intensità il precetto della sovranità popolare.

Non saprei dire ancora con esattezza se ciò determini l’invalidità delle autorità indipendenti di (regolazione-)indirizzo, ovvero, più blandamente, “solo” la loro incoerenza rispetto al disegno complessivo della Costituzione; certamente, però, continuare a ragionare di “stato regolatore” come se si trattasse di un unico costrutto, contemplante figure soggette al medesimo regime giuridico, mi pare estremamente scorretto, e, in ultima analisi, sconsigliabile.

Le agenzie (di controllo o di indirizzo) sono certamente riconducibili a sistema, così come le autorità indipendenti di controllo; tali apparati attendono in maniera tutto sommato soddisfacente ai compiti cui vengono chiamati.

¹³ L’analisi critica in tal senso viene svolta nel corso di tutto il libro. In sintesi però cfr. DSR, 305-307 (quanto alla legittimazione tecnica ed a quella procedimentale) e DSR, 348-349 (quanto alla legittimazione parassitaria).

¹⁴ E. FRÆNKEL, *Der Doppelstaat*, Köln, 1974, tr. it. a cura di P.P. Portinaro, *Il doppio Stato*, Torino, 1983.

Non vorrei però che, nel tentativo di “salvaguardare” anche le più problematiche autorità indipendenti di indirizzo accomunandole alle altre strutture regolative, si finisse poi per generare un esito opposto, ovvero quello di determinare la valutazione di *tutto* lo stato regolatore alla luce sola legittimazione carismatica (ovvero: antidemocratica) di una frazione di esso.

* Ricercatore a t.d. in Diritto costituzionale – Università di Sassari.