



## **IL COINVOLGIMENTO DEGLI INTERESSI PRIVATI NEI PROCESSI DECISIONALI PUBBLICI**

di

**Margherita Raveraira**

*(Professore ordinario di Istituzioni di Diritto  
Pubblico nell'Università di Perugia)*

E' osservazione non certo di oggi quella per la quale la realtà mobile della c.d. globalizzazione determini, nella emersione di interessi sempre più articolati e complessi, profonde trasformazioni degli ordinamenti giuridici e dell'agire pubblico, le quali, ponendo in crisi lo Stato *superiorem non recognoscens*, ne comporterebbe quella sorta di deperimento in qualche modo riconducibile alle preconizzazioni di Friedrich Engels, se non, in una prospettiva futura, il definitivo superamento.

La crescente porosità dei confini alla circolazione delle persone, delle merci, dei beni, dei capitali, delle idee, dei modelli; i progressi tecnologici, che consentono la costituzione di una comunità commerciale virtuale, secondo taluni, "astatuale",<sup>1</sup> in grado di produrre regole diverse da quelle che concludono il contratto, sarebbero causa, tra altre, di una tendenziale contaminazione degli Stati e del diritto da parte di una logica economica<sup>2</sup> a tutto svantaggio di quella tradizionale logica "politica", su cui si fonda la teoria della sovranità come forma di una volontà originaria ed esclusiva.

E' nelle coordinate brevemente ricordate che, sulla scorta di taluni casi in materia societaria suffragati dalla giurisprudenza comunitaria, si afferma l'idea che anche al diritto si applichi, per dirla in sintesi, il principio della libera concorrenza, propria del mercato, e dunque della competizione tra ordinamenti.

---

<sup>1</sup> In questo senso, si veda D.R. JOHNSON, D. POST, *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*, in *Stanford Law Revue*, XLVIII, 1996, 1397 ss.

<sup>2</sup> Sul punto si veda M.R. FERRARESE, *Dalla concorrenza tra ordinamenti alla competizione giuridica diffusa*, in AA.VV., *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, a cura di A. ZOPPINI, Roma-Bari, 2004, 124 s.

Il cliente/consumatore, in particolare nell' ambito europeo ed in riferimento al diritto privato, può cioè scegliere la regola a lui più favorevole, "comprando" il diritto più conveniente: insomma può effettuare quello che viene definito un vero e proprio *lawshopping*.

In senso analogo sulla "mercattizzazione" del diritto anche se in una considerazione più ampia oltre l'ambito europeo, la "opacizzazione" della sovranità dello Stato viene riconnessa alla costituzione di una *global governance*,<sup>3</sup> in cui operano una molteplicità di soggetti di diversa tipologia, pubblici e privati: *governance* che sarebbe peraltro di tipo funzionale e non politico, in quanto mirante a governare valori economici e materiali. Il nuovo regime internazionale, che ne conseguirebbe, sarebbe caratterizzato, in assenza di una autorità centrale dotata di supremazia, da fenomeni di aggregazione autoregolativa contraddistinti dai caratteri del *rule of law*, *expertise*, *accountability*, *speed*, *fairness*, *due process of law*<sup>4</sup>.

Imbrigliato lo Stato in una rete di *soft law*, in una rete, cioè, di regole e decisioni negoziate e flessibili, il ruolo dominante in una *global governance*, *without global government*, non sarebbe pertanto svolto dai corpi di rappresentanza democratica, bensì da altri attori (dall' amministrazione, dai giudici, dai privati), dando luogo ad interscambiabilità di ruoli, modificazione dei rapporti, commercio delle regole e dei principi ordinatori.

Ciò con la conseguenza che il modello legale-razionale dei poteri pubblici verrebbe sostituito da un diverso modello, in cui i modi dell'agire pubblico si assimilano ai moduli propri del mercato, nel travolgimento, dunque, del tradizionale paradigma gerarchico di contrapposizione tra autorità/libertà, pubblico/privato.

Anche a dare per acquisito che si sia già radicato e consolidato un siffatto sistema relativamente ai settori economici e di mercato, molto più ambiguo e denso di frizioni si presenta peraltro il quadro ove ci si riferisca invece ad una *governance* politica.

Se non è più di tanto controvertibile che si sia oggi in presenza di una sorta di erosione di ambiti di azione, meglio di un intreccio di condizionalità nei confronti dello Stato, il superamento di quest'ultimo non appare affatto, come peraltro è stato riconosciuto<sup>5</sup>, un dato irreversibile, al presente neppure come prevedibile e necessitata conclusione di ulteriori percorsi evolutivi.

---

<sup>3</sup> S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, in particolare 15 ss.

<sup>4</sup> S. CASSESE, *La crisi*, cit., 19 s.

<sup>5</sup> S. CASSESE, *La crisi*, cit., 41 ss., ma si veda anche A. ZUPPINI, *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, in AA.VV., *La concorrenza*, cit., in particolare 39 s.

Già sul piano della concettualizzazione, ma anche su quello della pratica, è da dubitare che i due tipi di *governance*, quella funzionale e quella politica, possano essere disgiunti; è, cioè, da dubitare che, pur tenendo conto della varietà che il termine “funzione” ha assunto<sup>6</sup>, possano sussistere funzioni non correlate ad un assetto organico di potere che quelle stesse funzioni attribuisce e regola.

Cosicché, in assenza di un governo globale, in quanto soggetto di potere politico sovraordinato a quello degli Stati, non sembra contestabile che le funzioni della *global governance*, negli ambiti e settori in cui si esplicano, trovino, in realtà, legittimazione, di diritto e di fatto, nella volontà “politica” degli stessi Stati di accettare, per la parte in cui, limitazioni della loro sovranità, accettazione di limitazioni possibile peraltro in quanto essi continuano a rimanere titolari della pienezza della sovranità stessa<sup>7</sup>.

Se, dunque, lo Stato continua a mantenere il governo esclusivo degli elementi valoriali che ne radicano la sovranità “politica” e conseguentemente il monopolio delle norme imperative che esprimono e garantiscono tali valori, non v’è però dubbio che, nello scenario, dai contorni non solo fluidi, ma neppure ben definibili in ragione delle molteplici variabili suscettibili di influenzare variamente sia l’assetto delle relazioni esterne, sia quello delle relazioni interne, lo stesso Stato debba comunque riposizionarsi.

Insomma, per meglio corrispondere alle trasformazioni in atto ed alle esigenze indotte dalla *governance*, lo Stato deve adeguare i propri processi decisionali in termini di attribuzione di poteri e di modalità del loro esercizio in un rapporto con i portatori plurali degli interessi diverso da quello rispondente ai canoni tradizionali.

In vista dei criteri e delle mutevoli ragioni dell’economia e del mercato, non è che non si veda, infatti, come si imponga, nei settori socio-economici riguardati, un modo di intendere le decisioni del potere pubblico per il quale la loro legittimazione non si fonda più (solo) sulla supremazia del soggetto da cui promanano, bensì piuttosto sulla loro credibilità, di una credibilità che si gioca, in processi trasparenti, per obiettivi condivisi, tra rappresentanza e rappresentazione degli interessi, pubblici, collettivi e privati, e risultati attesi rispetto ai medesimi obiettivi.

“La credibilità condivisa”, condizione per una *governance* efficace, mettendo in moto un più perspicuo circuito, ai fini della decisione, tra portatori di interessi e decisori pubblici, se, da un lato, comporterebbe che il diritto diventi “il prodotto di una negoziazione

---

<sup>6</sup> Si rinvia per una approfondita analisi sul punto a F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc.Dir.*, XVIII, Giuffrè, 1969, 301 ss.

<sup>7</sup> Per spunti di riflessione in chiave socio-politologica ancora molto attuali sulla sovranità statale nel mondo della globalizzazione, cfr. S. SASSEN, *Fuori controllo*, Milano, Il Saggiatore, 1988, passim.

collettiva”, la cui effettività non dipenderebbe più esclusivamente dalla sua capacità costrittiva, bensì dalla “sua legittimità” tecnico-economica<sup>8</sup>; dall’altro lato, darebbe luogo, come da molti affermato, ad una democrazia che si qualificherebbe come “democrazia dei risultati”<sup>9</sup>.

Tali questioni sembrerebbero trovare adeguati strumenti e soluzioni in quel tipo di Stato c.d. regolatore, secondo un modello che, a seguito dei processi di privatizzazione e di aziendalizzazione di enti pubblici, si starebbe affermando anche nell’Europa continentale (sulla scorta del modello del governo indiretto o *proxy government*<sup>10</sup> di stampo anglosassone, nonché dell’esperienza del *rulemaking* nord-americana<sup>11</sup>), e su cui si fonda, secondo taluni, la possibile teorizzazione, con particolare riferimento alle istituzioni europee, di un “costituzionalismo transnazionale”<sup>12</sup>.

Si tratterebbe, per rimanere agli ordinamenti nazionali, di un tipo di Stato, detto in sintesi, che risponde con nuovi strumenti ed istituti ai fallimenti “del” mercato, e, dovrebbe dirsi, richiamando le note osservazioni di Georg Stigler, ai fallimenti “per” il mercato<sup>13</sup>.

Di un tipo di Stato dunque, il quale “governa la società” privilegiando, per quei settori di attività svolte da soggetti privati ritenute particolarmente sensibili (o perché riguardano servizi di pubblica utilità, ovvero perché, se lasciate a loro stesse, possono ingenerare significativi costi sociali, o perché risultano rilevanti rispetto ai valori condivisi dalla

---

<sup>8</sup> Tra gli altri, J. CHEVALLIER, *Evaluation e Gouvernance*, Relazione al Congresso della SFE, Rennes, 2000, <http://www.sfe.asso.fr>., il quale riconnette tale conseguenza espressamente alla *governance* degli interessi.

<sup>9</sup> Cfr. D.OSBORNE e T. GAEBLER, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is transforming the Public Sector*, 1992, MA, Addison-Wesley, ora in S. CASSESE (a cura di), *Dirigere e governare*, Garzanti, 1995.

<sup>10</sup> Un rilevante esempio in proposito è il programma inglese denominato *Next Steps*, il cui scopo dichiarato è la frammentazione dell’unitarietà della pubblica amministrazione; sui risultati del programma, come accordo-quadro tra le *Next Steps Agencies* ed i Dipartimenti di origine, cfr. K. DOWDING, *Model or Metaphor? A Critical review of the Policy Network Approach*, in *Political Studies*, XLIII, 1995, 75 s.

<sup>11</sup> Sulla quale ampiamente H.SEIDMAN e R.GILMOUR, *Politics, Position and Power. From the Positive to Regulatory State*, Oxford, Oxford University Press, 1986, *passim* e in particolare 128, ove si afferma che “il governo tramite regolazione è inevitabilmente in concomitanza con il governo per *proxy*”.

<sup>12</sup> Sulla Stato regolatore, cfr., per tutti, il noto lavoro di A.LA SPINA e G.MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, 2000.

<sup>13</sup> Si potrebbero definire in tal modo tutte quelle cause attinenti alla *regulation* che incidono negativamente sulla concorrenza, costituendo fattori di alterazione del mercato. Tra i vari motivi di criticità che attengono all’agire delle Agenzie di regolazione, G.J. STIGLER, iniziatore della “teoria economica “ della regolazione (in particolare negli ormai classici scritti su *A Theory of Regulation*; su *Regulation: the Confusion of Means to Ends*, su *Law Enforcement, Malfeasance and Compensation of Enforcers*, raccolti in ID., *Mercato, informazione, regolamentazione*, Il Mulino, Bologna, 1994, *passim*, ma 349 ss.) richiama espressamente le problematiche relative alla qualificazione professionale dell’agente, agli incentivi affinché compia il suo dovere, al controllo sulla sua prestazione, alla possibilità di correggere le manchevolezze o le debolezze della sua prestazione, nonché alla qualità dell’*enforcement* per l’applicazione della legge ed al funzionamento della tutela giurisdizionale.

collettività), non la gestione diretta secondo il modello dello Stato gestore, bensì privilegiando una funzione di regolazione.

Tale funzione peraltro non si esaurirebbe nell'adozione di un atto legislativo-normativo, quale espressione di autorità, ma sarebbe volta a porre in essere un controllo, per dirla con Philip Selznick<sup>14</sup>, “prolungato e focalizzato” dell'attività socialmente rilevante, sostanziandosi perciò in un processo continuo di osservazione dell'attività da regolare, di valutazione degli interessi in gioco, di aggiustamento delle regole in considerazione delle circostanze.<sup>15</sup>

Ne deriverebbe pertanto la necessità di attribuire tale funzione ad organismi *ad hoc*, i quali siano competenti per una materia circoscritta; siano di elevata specializzazione per poter meglio comprendere i nuovi problemi determinati dalla rapida evoluzione tecnologica, organizzativa ed economica e poter individuare le soluzioni più idonee orientate al *problem-solving*; siano indipendenti, anche se non per questo impermeabili, dalla politica dei partiti e dagli interessi dei gruppi “regolati”.

Nei predetti termini, le scelte regolative-normative, proprio perché fondate sul *know-how* e svincolate dagli andamenti della *politics*, non sarebbero inficiate da quella che viene definita la sindrome del “breve-terminismo” propria delle *élites* politiche rappresentative, volte piuttosto verso obiettivi e soluzioni che colpiscano l'opinione pubblica nella ricerca di consenso a fini elettorali<sup>16</sup>.

Ora, non è questa la sede per approfondire le molteplici problematiche che attengono alla qualificazione di tali organismi ed al loro ruolo; dalla legittimazione democratica ai diversi moduli organizzativi e strumenti a garanzia della “indipendenza” dai giocatori in campo; dalla natura dell'approccio tecnico, come metodo, secondo taluni, retorico-argomentativo non meccanicamente applicativo di una “tecnica”, ma, nell'incontro tra più

---

<sup>14</sup> P.SELZNICK, *Focusing Organizational Research on Regulation*, in R.G. NOLL (a cura di) *Regulatory Policy and the Social Sciences*, Berkeley, University of California Press, 1985.

<sup>15</sup> In senso non difforme appare la definizione di W.H. RIKER e P.C. ORDERSHOOK, *Introduction to Positive Political Theory*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1973, per i quali la “regolazione” è il processo attraverso cui vengono modificati l'orizzonte delle alternative, gli esiti, lo stato della tecnologia, i modelli di socializzazione implicati nelle funzioni di utilità individuali, l'informazione e quant'altro il decisore deve considerare per definire un'azione.

<sup>16</sup> Cfr. in particolare G. MAJONE, *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, in *Journal of Public Policies*, 17, 1997, 139ss. Secondo T.M. MOE, *Political Institutions: The Neglected Side of the Story*, in *Journal of Law, Economics and Organisation*, 6, 1990, 53 e 213 ss., la soluzione a tale problema consisterebbe nella “esternalizzazione di diritti di proprietà politica” dai corpi eletti ad organismi terzi, svincolati dagli andamenti delle *politics*. Nello stesso senso, G. MAJONE, *Non-Majoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: a Political Transaction-Cost Approach*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 2, 2001, il quale (58) definisce i diritti di proprietà politica come “il diritto di esercitare autorità in certe aree di *policy*”.

tecniche, come metodo che presupporrebbe una visione valoriale <sup>17</sup>, ai rimedi (di proceduralità e di giustiziabilità) che dovrebbero essere posti a garanzia nei confronti della loro attività regolatoria; per non parlare poi della problematica inerente al tipo di responsabilità.

Si tratta di questioni già da tempo all'attenzione ed ancora oggetto di discussione.

Interessa piuttosto sottolineare come - siano tali organismi titolari di poteri propriamente regolatori ovvero amministrativi ovvero di vigilanza ovvero anche solo di *moral suasion*- le loro decisioni non possono comunque che derivare da processi in varia misura "partecipati" nel tentativo di addivenire ad un accordo con i destinatari.

Se l'essenza della *regulation* è quella di un controllo "continuo e focalizzato", dovrebbe essere, almeno in via di principio, nella natura delle "cose" che, onde evitare il noto rischio della "cattura" del regolatore da parte dei gruppi di interesse più forti, il metodo decisionale sia di tipo "processuale", nel quale variamente il reperimento delle informazioni, l'audizioni di testimoni, esperti, parti interessate, anche in contraddittorio tra parti avvantaggiate e parti sfavorite, rispondono alla necessità di consentire l'espressione e la rappresentazione di tutti gli interessi coinvolti nell'attività regolativa, ai fini di una regolazione più condivisa e dunque più efficace, nella eventuale prevenzione, come è stato detto<sup>18</sup>, di conflitti potenziali.

Si è già sopra accennato come questo del *rulemaking* e delle *Agenzie*, non solo viene assunto quale tratto distintivo della qualificazione dello Stato regolatore in contrapposizione ad altri tipi di Stato, ma anche, secondo i suoi sostenitori, quale tratto distintivo di un sistema istituzionale europeo, il quale, per il tramite di una regolazione socioeconomica che produca e implementi soluzioni comuni, sganciandosi dalle realtà nazionali, sia perciò in grado, nel disegno di politiche credibili in contesti internazionali, di rendere le democrazie (politiche) più efficienti, controllando l'opportunità dei governi nazionali.

Ora, condivisibile o meno che ciò sia, viene però da notare come questo della "regolazione" non sia certamente l'unico fenomeno di modificazione del *modus operandi* dell'autorità statale in vista di un rinnovato rapporto pubblico/privato nella considerazione degli interessi.

Non v'è dubbio che le riforme verso il decentramento politico istituzionale ed amministrativo o verso il suo potenziamento, che, pur nelle debite differenze, si evidenziano

---

<sup>17</sup> Così G.MAJONE, *Evidence, Argument and Persuasion in the Policy Process*, New Haven (CT), Yale University Press, 1989

<sup>18</sup> Cfr. A.PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, in S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Il Mulino, 1996, 107 ss.

come una tendenza generale in tutti i Paesi a struttura accentrata o a regionalismo debole, sia la risposta, nell'ambito della *governance*, alla necessità di costituire livelli di governo, di regolazione e di amministrazione più contigui agli interessi, nonché alla necessità che questi ultimi trovino forme di adeguata rappresentanza: sia, cioè, la risposta alla necessità che gli stessi interessi localizzati dei cittadini, delle imprese e delle formazioni sociali, per il tramite di un'adeguata rappresentazione organizzata, trovino una sede più idonea e confacente, per prossimità, ad una maggiore interazione tra autorità e *stackholders*<sup>19</sup>.

Se la “*governance* multilivello” rappresenta, ad oggi, se non il modello, certamente la metafora più diffusa per indicare il carattere degli ordinamenti sovranazionali e – dovrebbe dirsi – in qualche modo e per qualche verso anche di quello internazionale, è di tutta evidenza come il policentrismo decisionale per la regolazione di interessi economici o sociali, sia esso fondato sul *know-how* ovvero sulla contiguità territoriale, non possa non riverberarsi sul sistema dei fenomeni di produzione del diritto e sul loro assetto negli ordinamenti statuali, operandone profonde trasformazioni.

E' osservazione ormai acclarata come, almeno nei Paesi a c.d. *civil law*, ove più o meno, si assista ad una diffusa e generale crisi della legge come atto, il quale, in ragione della forma, coniuga, dandole corpo e sostanza, la primazia, in termini di assorbente esclusività dispositiva, della discrezionalità del potere politico rappresentativo.

La funzione legislativa, tradizionalmente intesa, appare, infatti, in fase recessiva, mentre in ascesa appare, per converso, la produzione regolativa espressione non di imposizione autoritativa, rappresentativa o non che sia, ma di tipo concordato, convenzionale, pattizio: tanto è vero che l'accordo normativo e l'autoregolamentazione non a caso sono fenomeni sempre più emergenti.

Ora, per quanto se ne voglia e se ne debba rilevare la recessività, non si può certo porre in dubbio la posizione eminente della legge negli ordinamenti, quale prodotto delle Assemblee rappresentative; posizione radicata nel peculiare rapporto che essa ha con la Costituzione non soltanto perché esclusivamente da questa subisce limiti, ma anche e soprattutto poiché è essa legge, espressione dei corpi democratici, che rappresenta l'ordinario momento di integrazione della Costituzione medesima, del suo mantenimento, del suo sviluppo e svolgimento.

---

<sup>19</sup> L'autorità pubblica non dovrebbe dunque essere concentrata (G. MAJONE, *Two Logics of Delegation. Agency and Fiduciary Relations in EU Governance*, in *European Union Politics*, 2, 2001, 58) , ma piuttosto, richiamando, se si vuole, la dottrina di JAMES MADISON, dovrebbe essere “condivisa, dispersa, delegata e limitata”, onde evitare i rischi della tirannia della maggioranza.

Quantunque si voglia enfatizzare il ruolo della regolazione (nel suo significato più ristretto), ed anche nel superamento del tradizionale criterio gerarchico, spetta, cioè, pur sempre alla legge delle Assemblee rappresentative il ruolo, non alternativo ad altri livelli, di “normazione sulla normazione”, nell’attribuzione delle competenze e nella previsione delle loro modalità di esercizio, nonché il ruolo di strumento a garanzia dei diritti alla luce dell’evoluzione dei contesti.

Ciò tanto è vero che la comprensione nel sistema delle fonti del diritto dell’autoregolazione privata, nella varietà degli ambiti in cui essa si esplica e dei relativi soggetti che la pongono in essere (si pensi, ad esempio, all’ampia area delle professioni e dunque ai codici deontologici, ai protocolli di *best practices*, ad atti di organismi tecnici con funzione regolativa), pone evidentemente, sotto molteplici profili, un problema di compatibilità con il principio di legalità, a partire da quello relativo alla possibilità di emanare norme con efficacia generale sino a quello della problematica interferenza con ambiti di disciplina pubblica.

Ciò tanto è vero ancora che gli stessi fautori di una teoria positiva delle istituzioni che presiedono alla regolazione economica e sociale<sup>20</sup> debbono comunque riconoscere che gli interventi volti a ridurre le disuguaglianze attraverso trasferimenti da un gruppo sociale all’altro (le c.d. *redistributive policies*) sono sottratte al potere di regolazione degli organismi indipendenti.

Le Agenzie, infatti, possono, per loro stessa natura, gestire solo problemi riconducibili a quelle che vengono definite *efficient policies*, ossia a quelle politiche finalizzate ad aumentare, come si dice, il benessere complessivo. Ove, invece, la decisione implichi la definizione di specifici *trade-off* tra efficienza ed equità, essa non può che essere di competenza dell’atto legislativo delle Assemblee rappresentative, in quanto decisori legittimati su base democratica. Insomma, le Agenzie non possono e non debbono farsi carico degli effetti redistributivi della loro azione regolativa, ma solo considerarli come vincoli decisionali.

Se dunque anche nell’idealtipo dello Stato regolatore (e decentrato) si assume che i diversi livelli di produzione del diritto, lungi dal poter concorrere liberamente tra di loro, si attestano comunque su relazioni che dovrebbero rimanere pur sempre di validità/legalità/condizionalità nell’esercizio delle rispettive competenze, siano esse

---

<sup>20</sup> Si veda G. MAJONE, *Two Logics of Delegation*, cit, 103ss.



costituzionalmente o legislativamente attribuite, a maggior ragione non v'è dubbio che la stessa funzione legislativa debba essere radicalmente ripensata.

Di fronte ai nuovi spazi che si aprono ed alla molteplicità e conflittualità degli interessi, organizzati o meno, che caratterizzano la *governance*, la legge non dovrebbe o semplicemente ritirarsi, “abbandonando” il campo a regolazioni alternative, ovvero ripercorrere le vie note, a seconda delle diverse esperienze e culture giuridico-istituzionali. La legge non dovrebbe, cioè, arroccarsi nel suo essere considerata apoditticamente ed aprioristicamente come espressione generale ed astratta della volontà “del popolo”, secondo una concezione inconfidente nelle società pluraliste odierne, o, al contrario, ridursi ad atto che, nel rincorrere gli interessi corporativi che sostengono elettoralmente le singole forze politiche che compongono la rappresentanza, assume non di rado contenuti provvedimentali.

Essa dovrebbe piuttosto costituirsi come strumento di politiche di “governo” dei movimenti e dei soggetti della *governance*, stabilendo la cornice all'interno della quale questi svolgono la loro azione; stabilendo, cioè, competenze, principi, criteri, modalità, obiettivi, programmi.

Ciò con la conseguenza evidente che, in tal senso, la stessa funzione legislativa dovrebbe fondarsi su un principio di partecipazione trasparente, che consenta ai decisori democratici la conoscenza degli interessi, delle richieste e delle azioni dei gruppi economici, sociali e politici, di quelli forti, ma anche di quelli deboli, di quelli collettivi, di quelli diffusi e di quelli di categoria, al fine dell'elaborazione di programmi per obiettivi “razionali” e chiari in quanto fondati sui dati economici e sociali sussistenti, di cui sono portatori i privati, nonché della previsione degli strumenti per la verifica dei risultati.

Il che contribuirebbe a superare la c.d. crisi della legge, a rafforzarne anzi il ruolo; a rafforzare, come è stato detto, “*la justification axiologique de la production législative.....au-delà du parlementarisme traditionnel et de la grille des partis politiques*”<sup>21</sup>.

Diversamente, alla pretesa della legge, qualunque ne siano le motivazioni di tradizione culturale e di interesse delle *élites* politiche, di invadere ed inglobare la società civile, anche in maniera fortemente pervasiva, finisce (ed ha finito) per corrispondere la pretesa di rivincita degli interessi privati, che, per il raggiungimento dei propri scopi, ricorrono il più delle volte, a seconda della posta in gioco, a forme di negoziazione

---

<sup>21</sup> M.V. PETEV, *Le système français de la loi vu de l'étranger: l'impact de la mondialisation sur la fonction législative de l'Etat*, in Atti Convegno su *Vive la loi!*, Senato della Repubblica Francese- Università Paris II, 2004, Paris, 39 s.

sotterranea della stessa decisione legislativa, a tutto vantaggio e con il prevalere di quegli interessi che riescono a rappresentarsi con maggiore capacità di pressione, in quanto in grado di far valere forti “ragioni” di scambio<sup>22</sup>.

Non v'è bisogno di dimostrare più di tanto come, in questi termini, i tradizionali circuiti della rappresentanza politica<sup>23</sup> da soli non risultino più sufficienti e soprattutto adeguati alle necessità della complessità attuale, ove il moltiplicarsi di interessi variegati tende a diffondere nell'opinione pubblica la richiesta di trasparenza (e di *accountability*) nei rapporti tra e con i soggetti del processo decisionale.

Insomma, è tutto il sistema, ai diversi livelli, che richiede canali di rappresentanza e di rappresentazione degli interessi più ampi e diversificati rispetto a quelli tradizionali e sin qui noti.

Che poi tale risultato, per rimanere alla funzione legislativa, si possa conseguire, prima di tutto, per il tramite di un'acconcia regolamentazione del fenomeno del “lobbismo”, quale forma democratica di partecipazione all'iter legislativo, è questione che, alla luce dell'esperienza di altri Paesi europei, non appare più così nodale, diversamente da quanto si è ritenuto ed affermato per molto tempo sull'onda delle suggestioni di derivazione statunitensi.

A parte, infatti, la Gran Bretagna, ove esso è rigorosamente e puntualmente disciplinato, solo la Danimarca e la Germania, nonché la Francia (ma limitatamente alle associazioni professionali) lo prendono in considerazione a livello legislativo, peraltro con meri riferimenti parziali e piuttosto marginali; il che non ha prodotto effetti di rilievo, dal momento che in questi Paesi la partecipazione o si sostanzia nelle conosciute consuetudini concertative-negoziali ovvero non ha avuto, di là dalle dichiarazioni di intenti, pratica applicazione. Per converso, in altri Paesi (valga il caso dell'Olanda, ma non solo) la mancata disciplina del fenomeno non ha, in ogni caso, impedito di prevedere un efficiente sistema di partecipazione e di comunicazione/consultazione anche per le fonti primarie.

Nelle considerazioni di vario ordine che precedono è già ampiamente esplicitata la conclusione che il coinvolgimento diretto dei portatori di interessi socio-economici nei processi decisionali pubblici è, nelle diverse forme ed istituti che si ascrivono all'ampia categoria della partecipazione, la via obbligata per l'adozione di norme e regole che siano attuabili ed attuate, e dunque effettive.

E' d'altro canto noto come la partecipazione/consultazione rappresenti un passaggio chiave di quegli strumenti per il miglioramento della normazione, quali la analisi *ex ante* di

---

<sup>22</sup> In tal senso, cfr. le analitiche osservazioni di N. BOBBIO, *Stato, governo, società*, Torino, 1995, 17 s.

<sup>23</sup> G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, Torino, 1987, 275

impatto della regolazione (AIR) e la valutazione *ex post* di impatto della medesima (VIR) sui quali si fonda l'elaborazione della c.d. *better regulation* formulata dall'Unione Europea in vista dello sviluppo socio-economico.

Se la valutazione costi/benefici si prospetta come strumento di supporto (e di verifica degli effetti prodotti) delle decisioni pubbliche, è, infatti, da dubitare che una valutazione non “partecipata”, bensì “internistica”, poiché operata esclusivamente all'interno degli stessi soggetti pubblici decisori, possa realizzare appieno tale finalità. Confinata in una prospettiva, in cui il decisore provvede a delimitare e ad orientare tanto l'oggetto, quanto le metodologie di una valutazione non destinata alla divulgazione ed alla pubblicizzazione, la valutazione stessa, pur potendo svolgere un ruolo anche utile per il decisore, fallirebbe però l'intento di perseguire quella accettazione della decisione, basata sulla condivisione e sulla trasparenza, di cui oggi si avverte sempre più pressantemente l'esigenza.

Per non dire inoltre che il mancato confronto con i portatori degli interessi direttamente o indirettamente coinvolti, e dunque la mancata rilevazione e conoscenza, anche empirica, delle opinioni, delle informazioni, dei fatti di cui essi sono depositari, finirebbe per incidere negativamente sulla efficacia della stessa analisi costi/benefici, come fondamento qualificante della valutazione, riducendola piuttosto alla dimensione di *expertise* operata “a tavolino”, basata su dati ufficiali in possesso del decisore e perciò su impostazioni “tecniche” avulse dalla reale effettività concreta del dato socio-economico.

In tal senso, è certamente problematico sostenere che una valutazione siffatta possa porre le adeguate premesse *ex ante* per favorire l'ottemperanza da parte dei destinatari ed il miglioramento della normativa nella rilevazione *ex post*, almeno in termini sia di efficacia, sia di diminuzione dei costi a parità di risultati (*cost/effectiveness*), sia di miglioramento dello stesso rapporto costi/benefici (efficienza).

E' proprio in ragione- si dovrebbe dire- di tali considerazioni che l'OCSE<sup>24</sup> e la Commissione europea<sup>25</sup> da tempo hanno sollecitato il coinvolgimento nei processi decisionali ( sulle politiche e sulle regole) di tutte le parti interessate, siano essi cittadini, gruppi e imprese.

---

<sup>24</sup> OECD, *Recommendation on Improving the Quality of Government Regulation*, Oecd Council, 1995 (<http://www.oecd.org/puma>), e, più in particolare per l'AIR, OECD, *Regulatory Impact Analysis: Best Practices in Oecd Countries*, Oecd Publications, Paris, 1997.

<sup>25</sup> Commissione europea, *La governance europea. Un Libro bianco*, cit., al quale sono poi seguite direttive nel medesimo senso; cfr. in particolare la 2002/2/21/CE, riferita alle autorità nazionali di regolamentazione, il cui art. 6 è rubricato “*Meccanismo di consultazione e di trasparenza*”. Ma si veda anche il Consiglio di Stato italiano, il quale individua nella consultazione, oltre che nell'AIR e nella VIR, “ gli strumenti tipici di qualità della normazione”. Così nel parere reso in adunanza generale il 25 ottobre 2004, sul Codice dei diritti di proprietà industriale, in *Foro it.*, 2005, III, 209 ss.

Se il principio appare inconfutabile, quale metodo e criterio della stessa *better regulation* e, più ampiamente, della qualità dell'ambiente normativo e regolativo, non possono però sfuggire le problematiche non prive di criticità che si possono porre nella pratica a seconda delle caratteristiche e delle scelte dei diversi ordinamenti.

Da un lato, infatti, in sistemi in cui la formazione prevalentemente giuridica dei decisori pubblici li rende ancora poco inclini ad utilizzare gli strumenti per un corretto ed efficace inserimento della consultazione nel processo decisionale, tramite la sua formalizzazione, nonché tramite il ricorso alle tecniche di comunicazione in una prospettiva di lungo periodo, la consultazione corre il rischio di ridursi, come è stato osservato<sup>26</sup>, ad una pratica "ritualizzata", venendo così meno a quella che è la sua finalità.

Dall'altro lato, nei sistemi come quello nordamericano, in cui la consultazione da parte delle *Executive Branch Agencies* è fortemente proceduralizzata dalla legge (APA), il rischio è quello che si addivenga o a forme di negoziazione su base paritaria tra pubblico e privato, di modo che la regolazione, pur continuando a qualificarsi come atto autoritativo, nella sostanza si conformi ad un modello di tipo squisitamente consensuale privatistico a tutto svantaggio dell'interesse pubblico; ovvero che si accentui una relazione pubblico/privato di tipo fortemente "avversariale"<sup>27</sup>, rafforzata dal riconoscimento del diritto a ricorrere, con azioni collettive (c.d. *class action*), a gruppi portatori di interessi diffusi, ad opera di una giurisprudenza, la quale ha precisato, sulla base di tecniche di *hard look* degli interessi coinvolti nel procedimento, i caratteri della motivazione della regolazione stessa, sino ad estenderli alla visibilità, razionalità e ragionevolezza del percorso logico-decisionale seguito nella scelta, anche in vista del riesame giudiziario di essa<sup>28</sup>. Il che ha finito con il determinare una situazione di aggravio degli oneri organizzativi del procedimento (fenomeno della c.d. "ossificazione"<sup>29</sup>), con conseguente rallentamento ed inefficienza del processo decisionale.

E' appena il caso qui di ricordare come peraltro le suggestioni del modello americano del *notice and comment* e delle sue evoluzioni<sup>30</sup> abbiano influenzato gran parte della dottrina

---

<sup>26</sup> Così A.LA SPINA e S. CAVOTORTO ( a cura di), *La consultazione nell'analisi di impatto della regolazione*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2001, 51

<sup>27</sup> Sul punto si veda, G.P. MANZELLA, *Brevi cenni sulla Regulatory Negotiation*, in *Riv.Trim.Dir Pubbl.*, 1994, 278 s. e bibliografia ivi citata, in particolare a nota 21.

<sup>28</sup> Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale sul punto, si veda, S.BREYER e R.B. STEWART, *Administrative Law and Regulatory Policy*, Boston, 1992, 572 ss.

<sup>29</sup> L'espressione si deve a T.O. MCGARITY, *Some Thoughts on "Deossifying" the Rulemaking Process*, in *Duke Law Journal*, 41,1991/1992, 1385 ss.

<sup>30</sup> Per un'ampia trattazione al riguardo, cfr. G. DE MINICO, *Regole comando e consenso*, Giappichelli, Torino 2004, passim

a proposito della legittimazione delle nostre Autorità Indipendenti, nel senso che, in riferimento a quella che viene definita una “democrazia processuale”<sup>31</sup>, la caduta della legalità sostanziale sarebbe anche per queste almeno in parte compensata dalla legalità procedurale: tanto meno è garantita la prima per effetto dell’attribuzione alle Autorità di poteri da parte della legge che le istituisce, i quali, a volte, sono sostanzialmente in bianco, tanto maggiore è l’esigenza di potenziare forme di coinvolgimento nel procedimento di tutti i soggetti interessati, di modo che la partecipazione viene considerata come un correttivo, anzi un surrogato sia della legalità sostanziale, sia del *deficit* di legittimazione democratica.

Ora, non è questa la sede per addentrarsi nei molteplici aspetti di una questione, la quale, riproducendo la problematica composizione del principio di legalità con il criterio di effettività, quale criterio derivante dalla realtà di fatto e dalle esigenze che questa esprime, riecheggia, in qualche modo e per qualche verso, le note contrapposizioni tra c.d. positivismo formalistico e c.d. realismo empirico<sup>32</sup>.

Interessa piuttosto come, di là da una certa qual retorica della “partecipazione” in guisa di assorbente titolo di legittimazione democratica dal “basso”, l’attenzione deve essere comunque posta a che la partecipazione stessa, pur nella forma della consultazione, non ridondi nell’affermazione e nel prevalere di logiche diverse da quelle che dovrebbero sovrintendere ad essa, evitando confusioni di ruolo e mantenendo invece distinti, nel processo decisionale pubblico, i confini tra regolatore e privati.

Se il “decisore” deve essere pertanto soggetto diverso ed indipendente dal “consultato”, va da sé come uno dei principali punti di snodo abbia riguardo ai soggetti consultati. Che la consultazione sia volta ad acquisire informazioni ovvero sia volta a rilevare preferenze ed interessi<sup>33</sup>, più si ampliano le categorie dei soggetti, ammessi alla consultazione, estendendoli, oltre ai regolati, almeno a quelli che vengono definiti

---

<sup>31</sup> Così S. CASSESE, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità Indipendenti*, in AA.VV., *Il procedimento davanti alle Autorità Indipendenti*, Giappichelli, Torino, 1999, 42. Ma l’opinione è invero diffusa, al punto che non risulta agevole riportare l’ampia bibliografia in senso conforme.

In senso critico peraltro, anche in riferimento al “giusto procedimento”, cfr., da ultimo, G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano, 2006, 80 ss.

<sup>32</sup> Nella dottrina italiana sembrano riconducibili all’una e all’altra posizione rispettivamente le tesi di CRISAFULLI e quella di MORTATI, con particolare riferimento alla diversa considerazione dei due Autori in ordine alla compatibilità dei regolamenti “delegati” con il principio di legalità ovvero di effettività. Sul punto e più in generale sul principio di legalità, si rinvia all’ampia ed esaustiva analisi di P. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc, Dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, 659 ss.

<sup>33</sup> La distinzione tra le due finalità di consultazione può apparire agevole in linea teorica (si veda, in questo senso, la *Guidance on Government Research into Public Attitudes and Opinions* del Cabinet Office britannico, in [http:// www.cabinet-office.gov.uk/central/2000](http://www.cabinet-office.gov.uk/central/2000), ora sostituita dal *Legislative and Regulatory Act* del 2006), ma è sicuramente molto meno rilevabile nella operatività, dal momento che dalle consultazioni possono emergere sia informazioni, sia preferenze.

“beneficiari” (in quanto subiscono gli effetti della regolazione, in negativo o in positivo, nonostante che la loro condotta non venga direttamente influenzata da essa), più si riducono infatti le c.d. asimmetrie informative ed il rischio di cattura del decisore, più quest’ultimo si avvantaggia della pluralità degli interessi consultati, disponendo di maggiori elementi di conoscenza ai fini della decisione.

Molto vi sarebbe ancora da dire su tali questioni, a partire da quella, alla luce di quanto sopra rilevato, delle problematiche relative all’uso degli esiti delle consultazioni nel processo decisionale; peraltro, secondo dati recenti forniti dal Dipartimento della Funzione Pubblica (2006), nei Paesi europei vi sarebbe la generale tendenza a prevedere l’inserimento dei commenti dei consultati in una relazione finale, con la finalità, ma richiesta solo in pochi ordinamenti, di specificare perché taluni *comments* non sono stati presi in considerazione, secondo un modello ben diverso degli ampi vincoli proceduralizzati alla “motivazione” di stampo nordamericano.

Ma l’approfondimento travalicherebbe i limiti della presente trattazione.

Una osservazione si impone però a mo’ di conclusione.

Se, sulla scorta della c.d. *better regulation* di marca europea, si è fatta strada una nozione di “qualità della normazione” riferita non solo o non tanto a quella formale dei testi normativi (chiarezza, intelligibilità accessibilità), bensì riferita anche e soprattutto alla “qualità” sostanziale di norme e regole perché prevedono l’opzione regolatoria “migliore” in riferimento agli interessi ed alle circostanze; se il coinvolgimento, ove necessario, degli interessi socio-economici nei processi decisionali pubblici per il tramite delle forme di partecipazione, notamente per il tramite della consultazione, si salda con gli altri strumenti (dall’AIR, alla VIR, all’analisi di fattibilità) per il perseguimento di quest’ultimo obiettivo; se ancora può risultare funzionale ad esso quanto meno e se non altro la semplificazione amministrativa, in termini di organizzazione, di procedimenti e di abbattimento degli oneri burocratici (quella normativa, in termini di riduzione degli atti, sembra piuttosto funzionale alla qualità formale); ebbene non è allora inconferente interrogarsi sulla natura e sulla eventuale copertura costituzionale dell’obiettivo stesso.

Sono noti gli orientamenti della Corte costituzionale, la quale, dalla sent. n.364/1988, alla n. 422/1944, alla n. 171/2007, ha sanzionato, per dirla in sintesi, le leggi oscure e le norme intrusive, anche richiamando la necessità di un corretto esercizio “di tecnica legislativa”. Orientamenti questi che, al pari di quelli espressi dal Conseil constitutionnel francese nel 1999 e nel 2003, sembrano affermare, alla luce di una lettura evolutiva a garanzia della

effettività dei diritti e delle libertà fondamentali, la sussistenza di un principio costituzionale implicito sulla qualità della normazione.

Tuttavia, allo stato, tale principio, che è sicuramente attinente ai profili formali che determinano la chiarezza, intelligibilità ed accessibilità del diritto, appare di dubbia estensibilità alla “qualità sostanziale” di norme e regole.