

Capitolo I della monografia di ANTONIO RIVIEZZO, *Il doppio Stato regolatore. Profili costituzionali, appunti di teoria generale*, [Università degli Studi di Sassari – Pubblicazioni del Dipartimento di Giurisprudenza, 7] Napoli, Jovene Editore, 2013, XIV-426 pp. ISBN 978-88-243-2225-6

[Indice-Sommario](#)



**Antonio Riviezzo**  
Università di Sassari

## Questioni preliminari

**SOMMARIO:** 1. [Delimitazione dell'oggetto osservato](#). – 2. [Programma ed utilità della ricerca](#). – 3. [Tre glosse sul metodo](#). – 4. [Incursus preparatorio: l'organizzazione del potere pubblico nell'ordinamento giuridico italiano](#). – 5. [Posizione del quesito di partenza](#).

### 1. – Delimitazione dell'oggetto osservato

Il presente lavoro è simile ad un viaggio del quale, all'inizio, si intuisce la direzione, ma non (non chiaramente, almeno) l'itinerario, né l'esatta destinazione finale.

D'altro canto, nell'accingersi allo studio (ad un qualsiasi studio) di una fattispecie complessa, si è consapevoli che persino la direzione potrebbe subire, in corso d'opera, più di un aggiustamento, poiché lo svolgimento analitico dei singoli argomenti, spesso, introduce nel discorso sviluppi imprevisi, e contemporaneamente ne inibisce o sconsiglia altri, invece programmati.

Da ultimo, non si può neppure esser certi che, una volta giunti a destinazione, il viaggio sia effettivamente concluso, poiché, alla luce dei risultati acquisiti, si potrebbe scoprire di aver raggiunto semplicemente la stazione intermedia di un tragitto più lungo e strutturato di quanto inizialmente immaginato.

L'insieme di tali variabili può incidere sensibilmente sull'impianto generale di un saggio monografico e, di conseguenza, sulla sua stessa sintesi conclusiva; è con tale spirito che ci accingiamo ad esaminare la figura evocata nel titolo, lo *stato regolatore*, consapevoli per di più che la notevole articolazione dell'argomento rende arbitraria – almeno apparentemente, od in una certa misura – qualsivoglia selezione del materiale (ritenuto dall'osservatore giuridicamente) rilevante, a scapito dei numerosi profili che, fatalmente, occorrerà lasciare indietro, pena un "eccesso di analisi" che finirebbe col minare alle basi persino la minima finalità conoscitiva che deve animare una qualsiasi ricerca<sup>[1]</sup>.

Tenendo conto di tali *caveat*, occorre dunque procedere, per prima cosa, alla formulazione di un quesito di partenza, al quale il successivo svolgimento fornisca l'ordinata ed intelligibile risposta<sup>[2]</sup>; elaborare un quesito sufficientemente chiaro e scientificamente accettabile, peraltro, esige a sua volta un lavoro preliminare, non semplice né scontato, finalizzato a delimitare il campo d'indagine e, conseguentemente, espungere dalla trattazione le tematiche estranee, o comunque collaterali, all'oggetto principale che si intende esplorare.

Proprio per tale ragione, ci è sembrato opportuno far presente sin dal principio al lettore cosa *non* troverà nelle prossime pagine, e *perché* non ve lo troverà: una chiara (seppur ovviamente concisa) enunciazione in tal senso, in effetti, consente di individuare più agevolmente l'ambito dell'investigazione, rendendo nel contempo conto, *a contrario*, de (*id est*: giustificando) le sue apparenti mancanze<sup>[3]</sup>.

Il presente lavoro, in particolare, *non* intende proporsi quale ennesimo contributo alla comprensione della fenomenologia delle c.d. autorità amministrative indipendenti: già molti e molto qualificati studiosi hanno sviscerato il tema, sin nelle sue pieghe più recondite<sup>[4]</sup>; *né*, per analoghe ragioni, (il presente lavoro) ambisce ad intrattenersi sull'esatta (od ottima) accezione del lemma "regolazione", che di quegli apparati costituisce l'attribuzione funzionale peculiare<sup>[5]</sup>.

Nondimeno, sia l'analisi sulle strutture burocratiche in parola, sia l'esatta concettualizzazione dell'attività di c.d. regolazione rappresentano innegabilmente un importante, se non imprescindibile, riferimento per introdurre alla problematica dello stato regolatore anche dal crinale (a nostro avviso) più interessante e (probabilmente) meno studiato del fenomeno, ossia precipuamente il *nesso* tra quegli apparati indipendenti e la loro funzione tipica.

All'uopo è però necessario spendere, in chiave introduttiva al discorso vero e proprio, alcune parole di chiarimento, così da impostare correttamente le coordinate di base del ragionamento che intendiamo proporre.

Di "stato regolatore", in effetti, si può parlare, e si è parlato, in almeno due accezioni: in senso lato, come locuzione comprensiva di ambedue i profili – organizzativi e funzionali – succennati; in senso stretto, per designare, cioè, la sola porzione organizzativa del fenomeno, in contrapposizione quindi all'aspetto prettamente funzionale dello stesso (la regolazione, *scil.*)<sup>[6]</sup>.

Sia come sia, l'espressione linguistica in parola denuncia comunque una cristallina matrice funzionale, caratterizzandosi il sottostante costruito per un'attività che, letteralmente, consiste nel "regolare"; da tale verbo poi, tra le altre cose, discende (e forse precede addirittura il costruito stesso) il sostantivo "regolazione", e proprio da qui converrà avviare le riflessioni preliminari, poiché esso (sostantivo) vanta una "storia" singolare.

Il termine "regolazione", infatti, per un verso, manifesta un etimo assai risalente, mentre, per l'altro, appare legato – per ragioni essenzialmente storiche – alla (ben più recente) fenomenologia anglosassone delle *authorities*, nel cui ambito ha acquisito l'attuale, specifico, significato.

In effetti, l'italiano "regolazione" si atteggia a semplice calco dall'originario termine inglese (*regulation*, come il suo contrario, "de-regolazione", è un calco di *de-regulation*), il quale però, a sua volta, è etimologicamente un prodotto del latino *regulatio*. E se il significato originario della parola era quello, ampio, di "dare una regola", "disciplinare" (un fenomeno), e quindi "regolamentare" (verbo che ci ha lasciato in eredità la parola italiana "regolamento"), nel percorso di ritorno dal mondo anglosassone, "regolazione" ha finito per assumere una colorazione economica (o, meglio, metagiuridica) che ne ha invece ristretto l'area semantica d'impiego.

Il completamento di tale specificazione di significato può essere collocata, *grosso modo*, nella seconda metà degli anni Ottanta del Millenovecento[7], pur non difettando prodromi in periodizzazioni precedenti, sebbene contraddistinte da un uso inizialmente alquanto incostante del termine *regulation*[8]; più in particolare, è possibile tracciare una vera e propria parabola di senso del termine *de quo*, che muove dall'iniziale significato generico, per culminare in quello più specifico, ambedue summenzionati.

Tale parabola semantica genera però un'ulteriore (apparente) duplicazione della figura dello stato regolatore cui il termine "regolazione" afferisce, poiché:

a.- se "regolazione" venisse intesa in senso (risalente e) generico, l'espressione "stato regolatore" finirebbe col descrivere semplicemente uno "stato che regola" (nel senso di prescrivere comportamenti, *scil.*); e, pur obliterando le criticità che attraversano il sostantivo "stato"[9], non si potrebbe allora non notare che l'aggettivo "regolatore" finirebbe con l'assumere, sempre ed invariabilmente, il senso di una ridondanza: lo stato, comunque lo si voglia intendere, infatti, esiste, al pari di una qualsiasi autorità normativa, appunto in quanto detta regole e le fa rispettare[10];

b.- se regolazione venisse invece intesa, come sembra più logico, nell'accezione (più recente e) specifica, l'utilizzo del sintagma "stato regolatore" andrebbe a designare una tipologia peculiare di intervento pubblico (statale) in ambiti normalmente riservati all'azione dei privati cittadini e della c.d. società civile.

All'interno di tale seconda – e più propria – declinazione, peraltro, è d'obbligo (almeno) registrare un'ulteriore complicazione ancora, poiché l'utilizzo del termine "regolazione" (e, a cascata, il significato del sintagma "stato regolatore") è altamente disomogeneo, a seconda che il fenomeno venga riguardato da una prospettiva economica, sociologica od anche – ma solo più di recente – prettamente giuridica[11].

Ragioni di tempo e di spazio, oltre che di opportunità, ci inducono pertanto ad operare una prima stipulazione linguistica, utile a semplificare il nostro discorso introduttivo: presupporremo quindi d'ora innanzi, quale definizione di partenza del fenomeno da indagare, quella – riconducibile più o meno alla data di ingresso "ufficiale" del sintagma nel panorama dottrinale interno[12] – per cui "stato regolatore" 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»[13].

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)»[14] tramite un particolare dispositivo di «controllo [...] 'prolungato e focalizzato' [...] esercitato da un organismo costituito o comunque attrezzato *ad hoc*»[15]; 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»[16].

Si tratta, con tutta evidenza, di una descrizione fenomenica di matrice sociologica, avente una mera finalità operativa, la quale però presenta il vantaggio di essere semanticamente poco impegnativa, dato che nessuna delle altre descrizioni, reperibili in dottrina, dell'oggetto in discorso sembra discordare da tale *minimum*, ma semmai ne esorbita, con esiti e corollari parecchio diversificati, a seconda della prospettiva di partenza e della finalità che ciascun autore si propone[17].

Tali questioni, peraltro, sono solo relativamente importanti rispetto al *focus* che intendiamo apporre allo studio[18], ed ecco il motivo per cui non riteniamo di intrattenerci oltre sul tema definitorio, se non per segnalare un singolo profilo – *questo sì!* – significativo: la causa delle variazioni linguistiche surricordate non è da attribuire al vezzo degli studiosi, bensì ad un'esigenza pratica ben precisa, che era quella di dotare il lessico (anche legale) di un termine idoneo a descrivere un fenomeno per tanti versi inedito.

Esso (fenomeno)[19] consiste, in buona sostanza, nell'intestazione congiunta di potestà pubblicistiche tradizionalmente tenute distinte, quali le normative, le amministrative e le giurisdizionali, in capo ad apparati burocratici, variamente istituiti ed organizzati[20], per il governo di alcune tipologie di rapporti correnti nella società contemporanea[21].

Ed è stata l'analoga (o, in parecchi casi, identica) scelta, fatta in tempi diversi dai vari legislatori nazionali, di attribuire tali poteri ad organismi indipendenti, a generare l'impressione che quella connessione storica tra *authorities* e regolazione avesse un ovvio controcanto anche sul versante puramente concettuale[22].

Viceversa, a noi pare che un'equazione così impostata non sia del tutto corretta (come proveremo a dimostrare nelle prossime pagine), dato che non sembra affatto inconcepibile un'attività di regolazione svolta al di fuori del modello organizzativo indipendente, esattamente come non è necessario immaginare che un apparato indipendente debba per forza di cose svolgere una funzione articolata in forma regolativa, piuttosto che in una qualsiasi altra forma prevista dall'ordinamento[23].

Un primo indizio della possibile fondatezza di quanto andiamo dicendo si può inferire sin dall'*exergo* che abbiamo premesso alla trattazione, ove è riportato un capitolo delle c.d. costituzioni di Melfi, promulgate da Federico II di Svevia in pieno Medioevo (1231); in tale disposizione il Monarca comandava l'unificazione legale dei pesi e delle misure nel Regno delle Due Sicilie, a tutela dell'uniformità e (quindi) dell'equità delle transazioni economiche: proprio quel tipo di ingerenza pubblica in settori di normale pertinenza privata che – come visto – molti assumono essere un tratto caratteristico dello "stato regolatore"[24].

Un secondo elemento a favore del nostro scetticismo potrebbe poi essere rinvenuto in epoca ben più recente, compulsando una qualsiasi sintesi ricostruttiva dell'evoluzione dei compiti dello stato contemporaneo: una siffatta indagine, scevra da pregiudizi, infatti, non potrebbe che portare alla luce una tendenza all'erosione degli spazi privati da parte del pubblico potere secondo lo schema di una *climax* ascendente che – raggiunto l'apice durante la seconda metà del Millenovecento – ha conosciuto in anni più vicini a noi una certa regressione (o asserita tale[25]) verso gli *standard* che si vorrebbero propri solo dello stato regolatore[26]. La considerazione che "il più comprende il meno", però, sembrerebbe suggerire, a questo punto e proprio muovendo dalle premesse di tale ricognizione, che la fattispecie in discorso sia da collocare lungo un *continuum* omogeneo, le cui variazioni sono solo quantitative, ma mai qualitative; il che equivarrebbe però a negare a *radicibus* che lo "stato regolatore" abbia una sua autonomia concettuale in ragione della sua insorgenza in anni recenti.

D'altro canto, è stato ulteriormente osservato da un'autorevole dottrina come pure quella fase di regressione dallo stato "interventista" allo stato "regolatore" cui facevamo riferimento poc'anzi sia entrata, in anni ancora più vicini a noi, nella sua parabola discendente[27], con ciò implicitamente suggerendo due corollari alternativi:

I.- che lo stato (oggi) non si occuperebbe più di talune questioni, specialmente di quelle economiche;

II.- che lo stato si occupa sempre delle medesime questioni, ma variando, secondo tempi ed opportunità, gli strumenti e le modalità di intervento.

Il primo corollario, peraltro, sarebbe assai arduo da sostenere, dato che – secondo concetto – anche scegliere di non giuridificare di una materia è un modo per decidere come regolarla[28], mentre il secondo confermerebbe quanto andiamo dicendo, e cioè che non esiste, in linea generale, alcun *novum* accordabile al c.d. stato regolatore rispetto alle esperienze statuali precedenti (e coeve), né, più in particolare, sussiste alcun automatismo o simmetria necessaria in grado di legare apparati indipendenti e funzione regolativa *ex se*.

Nella direzione da ultimo prefigurata, infine, sembra spingere anche l'ultimo indizio che intendiamo allegare, in chiave introduttiva, a conforto della nostra perplessità, (indizio) costituito dalla mera osservazione dell'ordinamento giuridico di riferimento (quello italiano, ovviamente), così come esso si rappresenta attualmente. In particolare, l'istituzione di un nesso inscindibile tra l'indipendenza dell'apparato e la cifra regolativa della potestà pubblica dovrebbe comportare che sia impossibile rinvenire nell'ordinamento *de quo* figure in cui l'una caratteristica si presenti disgiunta dall'altra; tale implicazione, tuttavia, appare smentita dalla circostanza che risulta assai agevole reperire nel sistema giuridico italiano (e negli altri, su cui getteremo un veloce sguardo a tempo debito[29]) esempi di soggetti indipendenti che *non* svolgono attività di regolazione, e, specularmente, di soggetti *non* indipendenti che svolgono attività di regolazione[30].

Come prototipo della prima configurazione, viene da pensare, intuitivamente, al caso della giurisdizione, che non è, per definizione, attività di regolazione nel senso sopra specificato, ma che, altrettanto certamente, viene imputata a figure soggettive indipendenti *ex artt.* 102, 1° comma, e 104, 1° comma, Cost.; quale esemplificazione della seconda fattispecie, invece, ci si può rifare alle c.d. agenzie, (una per tutte: l'ultima nata, Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza, AGIA, istituita con la legge 12 luglio 2011, n. 112), che altro non sono se non strutture burocratiche di regolazione formalmente soggette ad una qualche ingerenza esterna, e più precisamente del potere politico (*id est*: non si tratta di strutture indipendenti)[31].

Tanto basta per mettere in forte dubbio la tenuta del principio di corrispondenza biunivoca tra apparato (indipendente) e funzione (regolativa) come caratteristica identificativa dello "stato regolatore", sebbene ciò non significhi affatto – si badi – che tale equazione, *de facto*, non si dimostri esatta in parecchie ipotesi; semplicemente, non in tutte, e una simile evidenza è a nostro avviso più che sufficiente per dare un senso ed un'utilità all'analisi che ci proponiamo di svolgere.

In effetti, alla luce di quanto andiamo considerando, sembra che i due parametri dell'indipendenza della struttura burocratica e della cifra regolativa della funzione, più che come il *recto-verso* di un'unica medaglia, dovrebbero essere trattati come due autonomi segmenti graduati, l'uno che misuri il livello di indipendenza dell'apparato, l'altro la latitudine delle potestà attribuitegli.

Nella realtà (normativa), lo ribadiamo ancora una volta, tali componenti sono spesso perfettamente sovrapposti ed incastrati, ed è proprio questa circostanza a generare l'impressione di una loro inscindibile ed inevitabile unità (il *recto-verso* della medaglia, appunto); talvolta, però, come abbiamo già iniziato a vedere, i due elementi si disarticolano, o disallineano, facendo riaffiorare la reale natura del fenomeno osservato, che è quella di una unificazione meramente accidentale dei parametri *de quibus*, frutto della pura e semplice volontà normativa dell'ordinamento considerato.

Lo sfasamento degli elementi in parola, sebbene (per adesso) solo blandamente esemplificato, genera comunque *de plano* una domanda cruciale, vertente sulle possibili combinazioni tra (grado di) indipendenza strutturale e (grado di) attribuzione funzionale, nonché, immediatamente dopo, sulla loro (delle combinazioni) compatibilità col quadro normativo di riferimento[32].

A tale ultimo proposito, infatti, potrebbe indifferentemente darsi il caso – sempre in tesi, per adesso – che:

1.- l'indipendenza *ex se* di un apparato sia una prerogativa incompatibile col quadro normativo di riferimento, e dunque debba essere considerata invalida (a meno che non sia presidiata da una qualche clausola suprema), o almeno fonte di incoerenza sistematica[33];

2.- sia invece la regolazione *ex se* a mettere in crisi la coerenza dell'ordinamento (salva sempre la presenza di una riserva in tal senso al livello normativo più elevato)[34];

3.- sia, infine, solo una certa combinazione – od alcune combinazioni – degli elementi *ut supra* a meritare la sanzione dell'invalidità o almeno il predicato dell'incoerenza[35].

Domande, queste, alle quali occorrerà rispondere nel prosieguo.

Come che sia, già in chiusura della presente esposizione preparatoria emergono però due acquisizioni non secondarie rispetto all'oggetto dell'indagine da svolgersi:

α.- in primo luogo, siamo sin d'ora in grado di *espungere immediatamente dal thema investigandum l'accezione lata della controversa formula* ("stato che regola"), in quanto – nella migliore delle ipotesi – essa si atteggia come visto a nozione a-problematica, e quindi immeritevole di approfondimenti ulteriori[36];

β.- in secondo luogo, possiamo affermare che *l'espressione "stato regolatore", nella misura in cui induca a ritenere che la porzione organizzativa e quella funzionale del fenomeno osservato siano perfettamente sovrapponibili, è, probabilmente, fuorviante*, poichè sembra suggerire la considerazione unitaria di un fenomeno, a ben guardare, assai più complesso ed articolato. Ma su tale ultima affermazione avremo modo di tornare più a lungo a tempo debito[37].

## 2. – Programma ed utilità della ricerca

È naturalmente prematuro trarre sin d'ora conclusioni a proposito dello "stato regolatore"; nondimeno, le prime considerazioni appena effettuate hanno avuto il merito, se non altro, di introdurre con un minimo di ordine i dubbi che allignano dietro la controversa formula.

A questo punto, occorre però stilare un programma di avanzamento dell'indagine, che deve necessariamente passare attraverso la risoluzione di una serie di nodi che possono essere così riassunti:

a.- in via preliminare, bisogna capire se dietro l'espressione linguistica "stato regolatore" si celi, alternativamente, una ridondanza ("stato che regola", secondo la già commentata definizione *lato sensu*) ovvero una eccessiva semplificazione (definizione *stricto sensu*, implicante il nesso automatico tra apparati indipendenti e regolazione)[38]: abbiamo appena visto – speriamo in modo convincente[39] – che vale la pena di concentrarsi solo sul secondo corno dell'alternativa;

b.- secondariamente, è necessario appurare se, nel sintagma *stricto sensu*, il termine “stato” abbia un’accezione ampia (comprensiva cioè della duplice dimensione, organizzativa e funzionale, rammentate *supra*), ovvero se, nell’evocare lo “stato regolatore”, si abbia di mira – più o meno consapevolmente – solo l’organizzazione (*recte*: un particolare assetto organizzativo) delle funzioni pubbliche, ovvero ancora solo una funzione giuridica con caratteristiche peculiari[40];

c.- in terzo luogo, occorre vedere se la locuzione in parola ha solo il valore descrittivo, di mera sintesi verbale, emergente dalla stipulazione definitoria iniziale, ovvero se essa locuzione sia dotata altresì di un’attitudine propriamente direttiva[41];

d.- infine, in vista della definitiva sistemazione della categoria in discorso, è opportuno chiarire se la formula linguistica che la rappresenta afferisca alla modellistica delle c.d. forme di stato, ovvero sia da ricondurre alla più ristretta categoria della c.d. forma di governo[42].

All’evasione degli interrogativi *ut supra*, culminante nella valutazione finale della fenomenologia che sarà tentata in chiusura[43], è preordinato il seguito della trattazione.

Nondimeno, per allestire una risposta soddisfacente ad essi, sarà necessario effettuare alcuni passaggi intermedi e preparatori, ed in particolare:

I.- occorrerà estrapolare dal quadro normativo generale un modello *organizzativo* di riferimento, che potremmo chiamare “per amministrazioni indipendenti”[44], così da pervenire ad una sua concettualizzazione propriamente giuridica che possa essere rapportata ai parametri (*in primis*) costituzionali vigenti, in funzione di una sua (del modello organizzativo) valutazione in termini di stretta validità/invalidità[45];

II.- analogamente[46], e coi medesimi obbiettivi finali di valutazione formale[47], occorrerà procedere in riferimento ai profili *funzionali* della fattispecie, individuando i tratti giuridicamente significativi dell’attività di c.d. regolazione, facendo soprattutto attenzione a segnalare i descrittori differenziali (ove ve ne fossero) rispetto alle altre funzioni pubbliche;

III.- bisognerà in ogni caso predisporre una griglia di valutazione, composta evidentemente dai parametri costituzionali, procedendo però ad una ridefinizione concettuale dei suddetti paradigmi, funzionale alle esigenze scientifiche dello scritto[48];

IV.- bisognerà infine collocare la fattispecie all’interno della dinamica evolutiva della forma politica “stato”, in modo da esaminarne i rapporti con assetti organizzativi simili e/o contigui, e poter quindi formulare una considerazione finale realmente esaustiva[49].

Naturalmente, con un simile compito sulle spalle, sarà fatale imbattersi, ad ogni piè sospinto, in tematiche e nozioni altamente problematiche del diritto pubblico, ciascuna delle quali richiederebbe un autonomo ed ampio approfondimento[50], che tuttavia – come intuibile – non potremo effettuare per evidenti ragioni di tempo e di spazio.

Per ovviare in un qualche modo al conseguente limite strutturale della ricerca (tanto manifesto, quanto inevitabile), adotteremo uno specifico *modus procedendi*, consistente nell’assumere, quale punto di partenza – su ciascuno dei suesposti concetti controversi – la rassegna degli orientamenti dottrinali più diffusi, senza problematizzarli partitamente, ma semplicemente vagliando, sul piano strettamente teorico, il diverso grado di compatibilità di ciascuna nozione con l’altra[51].

L’idea di fondo è che un simile raffronto sia capace *ex se* di ridurre in maniera consistente la complessità della *subiecta materia*, consentendo di scartare le alternative incompatibili ed orientando alla costruzione progressiva di un macro-paradigma soddisfacente[52]; incompatibilità per incompatibilità, infatti, residuerebbero alfine ben poche alternative (noi speriamo una soltanto, per il vero) in grado di coesistere senza generare antinomie, e tale è il filo conduttore, in particolare, di tutto il cap. III, ove vengono via via “incrociate” le diverse nozioni teorico-generaliste del principio di legalità, di quello della separazione dei poteri, della sussidiarietà e del principio di sovranità popolare, pervenendo in ultimo ad una specifica caratterizzazione di ciascuna delle figure evocate in virtù dell’unica combinazione possibile tra di esse[53].

In sintesi, da tale *modus procedendi* ci attendiamo, innanzitutto, una razionalizzazione della fenomenologia regolativa, la quale – passando attraverso un approccio marcatamente analitico – consenta di evidenziare come all’interno della locuzione “stato regolatore” siano in realtà ricompresi fenomeni giuridicamente disomogenei[54].

In secondo luogo e conseguentemente, confidiamo che dalla corretta scomposizione dello “stato regolatore” possa discendere una più articolata qualificazione giuridica delle c.d. fattispecie regolative, la quale (qualificazione) possa orientare sia le autorità normative, sia gli apparati di regolazione, sia, infine, gli operatori stessi dei settori, verso l’adozione di atti e la conduzione di comportamenti quanto più possibile *armonici*[55] col quadro normativo di riferimento.

Infine, attraverso la nostra analisi, riteniamo sia possibile prefigurare gli scenari dell’evoluzione del sistema, sia esponendo (e quindi implicitamente caldeggiando) le soluzioni, di normazione e di comportamento, contenutisticamente in grado di realizzare certe finalità senza mettere in crisi la razionalità dell’ordinamento stesso, sia segnalando le determinazioni invece antisistematiche (contemporaneamente disincentivandone l’adozione o, almeno, rendendo consapevoli i soggetti di cui sopra, ciascuno per quanto di sua competenza, che certi atti e certe condotte declinano invariabilmente verso l’illegittimità o almeno verso l’incoerenza).

Certamente, si potrebbe eccepire sull’inutilità della ricerca non appena cadesse una delle assegnazioni di senso che stanno alla base del procedimento costruttivo dei paradigmi costituzionali appena illustrato; ipotesi che – al momento – non possiamo certo escludere quale possibile esito dell’indagine, e che – in ogni caso – potrebbe verificarsi in forza di un esame critico anche di una sola delle nozioni *ut supra*, (esame) che noi, per le ragioni anzidette, non abbiamo il tempo di svolgere[56].

Tuttavia, se anche si verificasse una simile eventualità, va sottolineato che non per questo il nostro contributo perderebbe del tutto di significanza, in quanto – acquisiti i significati in questione come quelli maggiormente condivisi e quindi *presuntivamente* esatti – gli esiti della presente ricerca potrebbero comunque essere assunti a base di ulteriori ragionamenti, volti a ri-problematizzare gli schemi di pensiero da noi isolati, portando integrazioni e/o correzioni alla dottrina da noi proposta secondo una duplice direttrice:

1.- se il concetto (ipoteticamente) criticato andasse ridefinito sulla base di enunciazioni teoriche non prese inizialmente in considerazione, si potrebbe provare ad inserire il nuovo significato nello schema già predisposto mediante una meccanica sostituzione del “vecchio” (ed inesatto) col “nuovo” (ed esatto), verificando la tenuta del paradigma complessivo;

2.- se il concetto criticato, invece, si dimostrasse idoneo ad accogliere uno dei significati inizialmente scartati, allora si dovrà per forza di cose pervenire ad una delle seguenti due conclusioni:

2.1.- o si considera invalidato lo schema nel suo complesso e si rinviene nel sistema uno schema alternativo, che tenga assieme, in una qualche configurazione, tutti i suddetti concetti, più o meno estesamente ridefiniti;

2.2.- oppure, si deve prendere atto dell’impossibilità di predisporre un paradigma onnicomprensivo, il che significa però dover denunciare un’antinomia, e cioè un’incoerenza dell’ordinamento stesso[57].

Nondimeno, non è detto tali eventualità negative si verificino, perlomeno sino a che la ricerca non vi abbia condotto, e quindi vogliamo, allo stato, presumere che essa possa ricoprire un ruolo conoscitivo maggiore di quello (negativo) da ultimo prefigurato, nei termini più sopra meglio illustrati, di censimento e distinzione delle determinazioni, normative e di comportamento, conformi al sistema da quelle antisistematiche.

### 3. – Tre glosse sul metodo

Un'enunciazione espressa riferita alla metodologia dell'indagine può facilmente essere scambiata per un'*excusatio non petita*, tanto più che – in teoria – una scienza è tale in quanto dotata di un metodo unitario in vista del conseguimento dei suoi scopi, deontici o atletici che siano[58].

Nondimeno, all'atto di consegnare un lavoro alla comunità degli esperti, una siffatta dichiarazione potrebbe anche mostrare una sua utilità, informando in anticipo l'interlocutore sulle coordinate concettuali di base entro le quali sarà chiamato a muoversi per seguire il pensiero di chi scrive.

La *pluralità* dei metodi giuridici effettivamente praticati[59], infatti, non di rado complica la decrittazione dei messaggi racchiusi in una ricerca, pur in presenza di un lettore attento e disciplinato; né può escludersi che quest'ultimo, al termine della fatica, si renda conto di aver perso tempo nel seguire il filo di un discorso che, a suo giudizio, risultava male impostato *ab origine*.

È dunque per un senso di riguardo verso chi si intratterrà sulle prossime pagine che volentieri assumiamo i rischi insiti in enunciazioni tanto impegnative e – artatamente – non compiutamente argomentabili in uno spazio così ristretto: il tentativo è quello di scrivere un libro che avremmo avuto piacere di frequentare anche nella veste di semplici fruitori di esso, dato che innumerevoli volte – nell'accingerci in prima persona alla lettura di lavori sulla materia poi trattata – avremmo voluto sapere sin dall'inizio quale fosse il perimetro teorico-generale entro il quale ciascun Autore si muoveva[60].

Detto questo, la prima glossa che ci sentiamo di dover apporre riguarda la struttura argomentativa del saggio.

Esso è concepito – dovrebbe essersi intuito – come un esteso sillogismo, di cui il secondo capitolo costruisce la “premessa minore”, il terzo quella “maggiore” e l'ultimo rappresenta il “termine medio”, o conclusione: trattasi, pertanto, di una macro-inferenza logica; ciascun elemento dell'inferenza, da parte sua, è poi il risultato di un sillogismo precedente, quindi è una meso-inferenza, i cui elementi sono, a loro volta, micro-inferenze logiche, e così via risalendo nelle premesse. Sin qui, niente di apparentemente rilevante, se non fosse che – come è stato ben sottolineato – un ragionamento sillogistico, sebbene stringente nel suo articolarsi, in realtà va incontro a non lievi incognite nel momento della sua impostazione, atteso che la c.d. giustificazione esterna (o delle premesse) di esso, solo sino ad un certo punto può essere condotta, a sua volta, sillogisticamente[61].

Ed allora, sembra diventare inevitabile la fuoriuscita dagli schemi della logica formale per affrontare problematiche squisitamente concettuali[62], cercando comunque di avvicinarsi quanto più possibile – o addirittura a raggiungere, *almeno a certe condizioni*, come diremo tra pochissimo – il livello di incontestabilità delle figure inferenziali deduttive.

A siffatta tensione si oppone però l'esigenza che un enunciato deve essere razionalmente fondato (non solo ragionevolmente fondato)[63], mentre è stato dimostrato che ogni argomento sulla giustificazione ultima delle cose (anche le premesse del discorso giuristico, quindi) è affetto invariabilmente da uno dei seguenti vizi: dogmatismo, *regressus ad infinitum* o circolarità logica[64].

L'asserto in parola può (*rectius*: deve) essere recepito anche con riguardo alla scienza giuridica, ma – *forse* (leggi: a quelle condizioni cui alludevamo *supra*) – si può pensare che uno dei tre vizi di ragionamento summenzionati proprio un vizio non sia, a patto di accettare una piccola ridefinizione linguistica implicante lo slittamento dal piano teorico-generale a quello giuridico-positivo: “dogma” come avremo modo di veder meglio a tempo debito[65], infatti, può anche significare, giuspositivamente parlando, semplicemente “norma giuridica”.

Qualora fosse così, peraltro, il fondamento “dogmatico” del discorso del giurista, piuttosto che rappresentare un vizio del suo ragionamento, verrebbe invece a costituirne il *proprium*[66].

Il problema diventerebbe, a questo punto, quello di stabilire cosa debba intendersi esattamente per “norma giuridica”; il che implicherebbe, però, un enorme impegno argomentativo sulle diverse concezioni del diritto retrostanti, od anche, riguardata la questione dal punto di vista del soggetto, delle varie *prospettive* all'uopo adottabili dallo studioso.

Operazioni, queste, chiaramente non perseguibili nella presente sede[67].

Nel tentativo di chiarire (almeno parzialmente) la posizione assunta, dunque si può provare a seguire un'intavolazione semplificata ma che ha il pregio della chiarezza[68], in base alla quale si distingue:

- a.- una prospettiva *giuspositivistica* da una *giusnaturalistica* (a seconda che si affermi o si neghi la separabilità tra diritto e morale), nonché
- b.- una variante *paradigmatica* ed una *realista* del primo (a seconda che si ritengano o meno separabili il momento della creazione e quella dell'applicazione del diritto), e
- c.- una *neocostituzionale* e *legalistica* del secondo (a seconda che si opti, in caso di contrasto tra i due sistemi, per la prevalenza del diritto metapositivo, ovvero che si neghi in radice la stessa ipotesi di contrasto, essendo il diritto positivo sempre e necessariamente conforme a quello naturale).

Tenendo presente simile griglia concettuale, sembra di dover rilevare che – a torto od a ragione – la Costituzione italiana opta per una duplice separabilità: del diritto dalla morale, e della creazione dall'applicazione del diritto.

La seconda separazione è assai evidente, e relativamente poco controversa, come si vedrà più a fondo nel corso dell'analisi dogmatica del cap. III, dato che essa sta alla base delle distinzioni tra *legis latio* (ex art. 70 Cost.) e *iuris dictio* (ex art. 102 Cost.) [69].

La prima, per contro, è meno chiara, ma – a nostro avviso – può essere convincentemente ricavata dall'art. 101, 2° comma, Cost., il quale, letto nella sua dimensione testuale e nella sua vicenda all'interno dell'Assemblea costituente, si presta ad essere utilizzato in una chiave più ampia di quella nella quale viene tradizionalmente adoperato; segnatamente, tale disposizione potrebbe essere intesa come espressiva di una vera e propria *norma sull'interpretazione, e sull'argomentazione*[70], *giuridica*, e ciò per due ordini di ragioni, l'una letterale, l'altra sistematica:

a.- quella letterale è legata al testo vigente del 2° comma dell'art. 101 Cost., il quale afferma che i giudici, ossia gli interpreti/applicatori per eccellenza del diritto[71], «[...] sono soggetti *soltanto* alla legge [...]» (corsivo aggiunto); tale affermazione, secondo concetto, implica – sia che si voglia intendere il termine “legge” in senso *tecnico* (*id est*: atto legislativo del Parlamento), sia che lo si voglia intendere in senso *atecnico* (come sinonimo di “diritto oggettivo”) – che venga espunto

dall'orizzonte valutativo del titolare della potestà giurisdizionale (nel momento in cui esercita tale funzione, *scil.*) tutto ciò che "positivo" non sia, e cioè che sia "morale", "etico", "politico", ecc.; in una parola: *meta-positivo*[72];

b.- l'argomento sistematico parte invece dalla constatazione per cui, durante i lavori preparatori, il testo predisposto dalla Commissione dei 75 era il seguente: «I magistrati dipendono soltanto dalla legge, *che interpretano ed applicano secondo coscienza*» (corsivo aggiunto); al netto delle variazioni linguistiche della prima parte della disposizione, la soppressione, in sede di approvazione, della proposizione relativa finale può tranquillamente assumere, *a contrario*, il senso di escludere, nuovamente, un'attribuzione di significato ai testi legislativi (e quindi una loro applicazione) in base a parametri meta-positivi, con logico corollario di sottintendere (almeno) una *preferenza* per la prospettiva da noi prescelta[73].

L'insieme di tali considerazioni, infatti, sembra orientarci verso un ben preciso approccio metodologico (il "giuspositivismo paradigmatico"), sebbene occorra riconoscere che le implicazioni di tale scelta prospettica siano tali e tante che essa (scelta) deve essere intesa, prudenzialmente, come una mera presa di posizione, valida esclusivamente *hinc et inde*, dato che – per dirla con Norberto Bobbio – «i valori ultimi [ivi compresi i postulati metodologici di fondo, *scil.*] non si giustificano, si assumono»[74]. Ciò non vuol dire, beninteso, che tale preferenza – o presunzione – non sia reversibile, ma certamente non è onere del giuspositivista paradigmatico, in assenza di elementi di segno opposto, attivarsi per giustificare la sua prospettiva, quanto piuttosto di chi, quella prospettiva, ritenga di dover superare[75].

Il crinale lungo il quale corre l'assunzione metodologica appena formulata culmina poi nella seconda, più breve, glossa che intendiamo annotare a margine della nostra ricerca.

Nelle pagine che seguono, infatti, le evidenze prese in considerazione nell'esame del c.d. stato regolatore saranno, innanzitutto ed in larga prevalenza, quelle provenienti dalle autorità normative in senso proprio (ossia gli *atti* di Parlamento, Governo, Regioni ed apparati amministrativi), con uno spazio relativamente ristretto riservato alle *statuizioni giurisdizionali* e – in genere – alle *prassi applicative* degli organi pubblici e dei soggetti privati.

Tale scelta, peraltro, non implica la generale irrilevanza degli elementi da ultimo menzionati rispetto alla ricostruzione fenomeno studiato, ma intende semplicemente marcarne il differente statuto epistemologico rispetto a quelli (elementi) invece privilegiati[76].

Il proposito in parola discende, *de plano*, dalla prospettiva metodologica prescelta come suo logico corollario, e, in seconda battuta, anche dalla convinzione – personale di chi scrive – che un'analisi ristretta ai soli parametri normativi condotta attraverso i postulati della logica formale potrà anche apparire incompleta agli occhi di chi adotti una più ampia prospettiva giuridica, *in primis* quella ermeneutica[77], ma, certamente, le acquisizioni così ottenute non saranno del tutto inutili nemmeno per gli studiosi di diversa impostazione[78], stante il rapporto di *continenza logica* che sembra legare la nostra analisi formale ad ogni altra teoricamente esperibile in relazione al fenomeno indagato[79].

Seguendo tale convinzione, tra l'altro, sceglieremo di privilegiare *sempre* la dimostrazione sillogistica – fin dove possibile [80] – su quella retorica, sebbene ricorrendo in parecchi casi alla più debole inferenza induttiva (o per astrazione generalizzatrice) anziché a quella deduttiva, con tutti i problemi di tenuta argomentativa che tale opzione comporta[81], per giustificare le premesse alla base dell'enunciato conclusivo: è così, ad esempio, che andremo a ricostruire un modello strettamente giuridico della funzione regolativa nel cap. II al fine di poterlo parametrare alle disposizioni costituzionali nel corso del cap. III ed ai concetti di "forma di stato" e "forma di governo" del cap. IV; ma è nel medesimo modo che procederemo quando si tratterà di ricostruire il significato del principio di separazione dei poteri[82] od il concetto di stato democratico[83] prima di vagliarne la compatibilità con la fattispecie regolativa.

All'interno di tali passaggi, facenti capo ognuno ad un singolo capitolo, ciascuno dei quali non a caso diviso a sua volta in sezioni, l'ultima serie di considerazioni sarà sempre raggruppata in un'unità dedicata ("conclusioni", variamente aggettivate), proprio a sottolineare che, quantunque nelle parti precedenti non sempre sia stato possibile argomentare sillogisticamente[84], certamente tale sarà la cifra del ragionamento conclusivo.

Un'ultima annotazione, telegrafica, prima di avviare il vero e proprio ragionamento giuridico che intendiamo proporre.

Abbiamo già detto quali sono gli obbiettivi della ricerca[85]; ora possiamo precisare che la finalità *espositiva* dello scritto deriva anch'essa da un'assunzione epistemologica fondamentale, e cioè che il compito dello studioso – anche del giurista – sia *in primis* la descrizione pura e semplice del fenomeno osservato, intesa quale *verità* scientifica[86], e solo in via riflessa il suo ruolo possa contemplare una tensione direttiva, o dottrinale in senso proprio[87]. Tale asserto deriva, fondamentalmente, da due considerazioni: la prima è che la funzione conoscitiva del discorso giuridico sembra in ogni caso *propedeutica* a quella valutativa [88], pur in presenza della c.d. precomprensione[89]; la seconda ragione, in parte connessa alla prima, è di banale prudenza: se, infatti, qualcuno contesta l'attitudine direttiva della scienza giuridica[90], nessuno sembra metterne per contro seriamente in dubbio la finalità aletica[91]; e siccome vale anche in tal caso il principio della continenza logica, nel procedere così come abbiamo deliberato, ci si potrà forse imputare un impegno insufficiente, ma di certo non si potrà dire che avremo lavorato invano.

#### **4. – *Incursus* preparatorio: l'organizzazione del potere pubblico nell'ordinamento giuridico italiano**

Da qualunque prospettiva lo si voglia riguardare, lo "stato regolatore" è sempre e comunque un *fenomeno di potere*, nel senso che – così come avviene in ogni comunità umana, anche statale – in tale fattispecie ci si trova al cospetto di una struttura (*recte*: macro-struttura) che assume *decisioni collettive*, le quali devono a loro volta avere attitudine ad imporsi sulla volontà dei singoli in nome del c.d. bene comune (o interesse pubblico che dir si voglia)[92].

Ebbene, da un lato, le decisioni collettive che una struttura di potere può prendere sono essenzialmente riconducibili a tre intestazioni[93]:

- a.- repressione dei comportamenti antisociali;
- b.- allocazione dei beni e dei servizi;
- c.- istituzione ed assegnazione delle funzioni.

Dall'altro lato, proprio il concetto di bene comune (o interesse pubblico) giustifica, in linea generale, la prevalenza della volontà della *societas* sulle volontà dei suoi componenti, e, segnatamente, la situazione soggettiva di *potere*, e più esattamente di *pubblico* potere, in discorso[94].

Tanto considerato, già sulla base dei pochi elementi in nostro possesso[95] si può convenire sul fatto che lo "stato regolatore" rientri perfettamente in tale descrizione, dato che la sua azione caratterizzante si dispiega, *ictu oculi*, verso ciascuna delle finalità sopraelencate, ovviamente in nome dell'interesse pubblico[96].

Nell'impostare un ragionamento su tali basi fenomeniche, peraltro, non è possibile utilizzare (non inizialmente, almeno) una strategia argomentativa di tipo deduttivo come ci eravamo riproposti, bensì una che permetta di ricostruire induttivamente il modello organizzativo generale; ciò non significa, si badi, sconfessare il metodo d'indagine appena evocato[97], ma costituisce semplicemente una maggior valorizzazione del dato fattuale in forza delle specificità dell'oggetto esaminato[98], poiché il modello in tal guisa ricostruito, una volta predisposto, verrà utilizzato per dedurre il dover essere dell'ordinamento rispetto ad esso, esattamente come in presenza di un qualsiasi paradigma normativo[99].

Fatta tale doverosa puntualizzazione, è possibile effettuare uno sviluppo preliminare, concernente l'organizzazione generale del potere pubblico nell'ordinamento italiano, così da ottenere il modello concettuale nel quale collocare – a tempo debito e con la precisione del caso – anche la più specifica fenomenologia dello “stato regolatore”[100]; all'uopo, nella nostra ottica di studio, è di particolare interesse la finalizzazione dell'azione dei pubblici poteri indicata sopra *sub c*, tenuto conto che essi, per esplicitarsi in maniera ordinata ed efficiente, devono essere innanzitutto *organizzati*.

In argomento, occorre innanzitutto ricordare che le organizzazioni di potere rappresentano l'oggetto di studio di numerose scienze sociali, e che la scienza del diritto pubblico, per sua natura, tende ad elaborare le proprie categorie solo quando le altre discipline (in particolare, le scienze aziendali, quelle dell'amministrazione e la sociologia) abbiano già analizzato il fenomeno e ne abbiano tratto le loro sintesi: solo in tale momento il diritto, mediante una scelta eminentemente politica, recepisce, facendole proprie, alcune (e non altre) tra le diverse concezioni organizzative, dando loro una dimensione propriamente giuridica[101]: è in tal senso, ad esempio, che l'art. 97, 1° comma, Cost. costituisce la recezione giuridica di una nozione propriamente aziendalistica di “buon andamento”, sulla quale si innesta poi il relativo lavoro dottrinale[102].

In secondo luogo – e stringendo lo sguardo alla sola organizzazione *giuridica* del pubblico potere *nel nostro ordinamento* (la cosa che realmente ci interessa) – va evidenziato che, in generale, tale materia è regolata nella Parte II della Costituzione repubblicana, rubricata testualmente “ordinamento della Repubblica”; l'espressione linguistica *de qua*, tuttavia, è una sintesi verbale che tiene assieme oggetti alquanto disomogenei (uffici ministeriali e giudiziari, apparati statali e regionali, enti pubblici territoriali ed enti ad autonomia funzionale, e così via); è quindi di una locuzione compromissoria, che in quanto tale deve essere spiegata.

Infine, va specificato che, pur ragionando di pubblico potere in termini generali, l'analisi che segue riguarda prevalentemente il potere *amministrativo*, se non altro in virtù del (banale) rilievo per cui tali burocrazie costituiscono quantitativamente la maggior porzione dell'organizzazione pubblica[103], e lo stato regolatore, secondo l'opinione più diffusa, risulta ascrivibile – funzionalmente ed organicamente – a tale fattispecie[104].

Coi limiti sopra enunciati ed in vista delle finalità suddette, possiamo pertanto iniziare col rilevare che “organizzazione” (sinonimo di “ordinamento” nel contesto di riferimento) deriva etimologicamente da “organo”[105] ed indica, almeno in prima approssimazione, semplicemente la *pluralità* di tali entità, riconoscendo altresì in tale pluralità un (determinato) “ordine” (da cui l'equivalente “ordinamento” utilizzato nella rubrica costituzionale), e quindi un loro caratteristico disporsi[106].

Due questioni devono peraltro essere chiarite per comprendere bene cosa si intenda descrivere con la formula “organizzazione pubblica” nella presente sede:

I.- l'accezione del termine “organo”;

II.- cosa significhi “ordine” – o “disporsi” – della pluralità di organi considerata, e quante varianti ne esistano.

Riguardo al chiarimento *sub I*, va intanto annotato che la terminologia adoperata continua ad essere quella forgiata nell'ambito delle teorie organico-biologiche del Milleottocento, sorte in contrapposizione alle teorie della rappresentanza quale modello di spiegazione dell'agire delle persone giuridiche pubbliche[107]; le ragioni della persistente fortuna della metafora organica, e più in generale dell'apparato concettuale a corredo, vanno probabilmente ricercate nella loro adattabilità al contesto giuridico attuale: si pensi, soprattutto, all'utilizzo in chiave garantistica del postulato dell'immedesimazione organica (*Organschaft*), il quale, consentendo di collegare *omisso medio* l'azione del funzionario al soggetto pubblico, rende quest'ultimo responsabile in via diretta dell'azione del suo preposto nei confronti del privato cittadino, come attestato esemplarmente dall'art. 28 Cost., a mente del quale «[...] la responsabilità civile [del funzionario pubblico, *scil.*] si estende allo Stato e agli enti pubblici»[108]. In altri termini, il paradigma dell'organo, e solo esso, riesce ad imputare direttamente alla persona giuridica pubblica gli *atti*, e persino i *comportamenti*, del funzionario, contribuendo a rafforzare il principio (democratico) per cui l'attribuzione di un potere giuridico esige una parallela imputazione di responsabilità per il caso di un cattivo esercizio di esso[109].

Muovendo dal significato letterale della metafora, “organo” significa dunque “apparato che svolge una funzione”; trasferendo la locuzione sul piano propriamente normativo, con “apparato” andiamo ad intendere un *ufficio*, o un *complesso d'uffici* – cioè una *struttura* – fisicamente percepibile; tale struttura è dotata di poteri, facoltà e risorse materiali, in vista dell'assolvimento di un compito: l'ufficio esplica, insomma, un'attività giuridicamente rilevante denominata spesso “funzione”[110]. Il passaggio dall'*organo* all'*ufficio* è stato in realtà più tormentato di quanto potrebbe evincersi da quanto appena detto, ma, ai nostri fini, è sufficiente osservare che, oggi, l'organo è visto essenzialmente come uno *strumento di imputazione di fattispecie*[111], ed è concettualmente distinto dall'ufficio medesimo, in quanto quest'ultimo descrive – genericamente – un apparato preposto ad una funzione, mentre l'organo – più perspicuamente – designa quei soli uffici capaci di esternare la volontà della persona giuridica pubblica cui afferiscono[112].

Venendo al chiarimento *sub II*, invece, il tipo di analisi che intendiamo svolgere ci impone di considerare, prima di ogni altra cosa, le norme positive che realizzano il suddetto “ordine”, e cioè consentono il razionale e coerente svolgimento, da parte delle strutture di potere, delle funzioni attribuite dall'ordinamento. In tale chiave, va innanzitutto notato che un'organizzazione pubblica può essere alternativamente *accentrata* o *decentrata*, a seconda di come una data attività venga articolata, ora sulla base del criterio territoriale, ora dei compiti specifici esplicitamente attribuiti (ad una singola struttura od a più strutture, a seconda dei casi) dalle norme giuridiche; in particolare, un'attività può dirsi accentrata quando il relativo potere di decisione è rimesso ad un unico ufficio centrale o di vertice, mentre può dirsi (più o meno) decentrata in base al *quantum* di potere decisionale riconosciuto agli uffici periferici o condiviso con altri apparati[113].

Volendo semplificare quanto più possibile l'esposizione in vista dei nostri limitati obiettivi, potremo quindi limitarci a rilevare che il principio organizzativo fondamentale dell'ordinamento italiano è quello di c.d. separazione (o distinzione) dei poteri. Su di esso ci intratterremo più a lungo a tempo debito[114], mentre per il momento basterà rimarcare che la Costituzione repubblicana prevede un'articolazione delle funzioni giuridiche su un consistente numero di apparati, e detta regole specifiche deputate a disciplinare anche i rapporti tra gli uffici. Tali regole non sono contenute solo in disposizioni di rango costituzionale, ma provengono pure da fonti subordinate, dalle quali tutte è possibile inferire i principali *modelli organizzativi* che presiedono all'articolazione dei rapporti tra i diversi apparati. Conseguentemente, diremo che la struttura di potere repubblicana pone capo ad

un assetto in parte accentrato ed in parte decentrato, lungo ambedue le direttrici (territoriale e funzionale) testè isolate[115]; tale fondamentale dicotomia viene poi ulteriormente scandita sotto il profilo morfologico a seconda del diverso grado di *uniformità* o *difformità* degli apparati che compongono l'organizzazione stessa, nonché del criterio, burocratico od aziendalistico, che informa la loro azione[116]; nell'usare tali descrittori, diremo allora che l'organizzazione pubblica italiana è altresì difforme, stante la presenza di apparati pubblici di diverso tipo e, specialmente in abito regolativo, tendenzialmente proiettata verso una qualificazione aziendale piuttosto che burocratica[117].

Più specificamente, seguendo un'intavolazione diffusa e sostanzialmente condivisibile[118], possiamo considerare *sei* modelli fondamentali di relazione organizzativa:

1.- la *gerarchia*, caratterizzata dalla posizione di sovraordinazione di un organo (o di un ente) rispetto ad un altro, ambedue dotati, almeno, della medesima competenza (ma quasi sempre la sfera di competenze dell'organo superiore è più estesa di quella dell'inferiore)[119]; da ciò discende una generale potestà d'ordine dell'organo sovraordinato rispetto all'organo subordinato, come avviene tipicamente in ambito ministeriale nel rapporto tra il ministro ed il dicastero di sua competenza *ex art. 95 Cost.*[120];

2.- la *direzione*, presupponente anch'essa una situazione di sovra/sotto ordinazione, prevede l'attribuzione all'ente/organo sovraordinato numerosi poteri di condizionamento nei confronti del subordinato, tipicamente l'individuazione di obiettivi da raggiungere. A differenza della gerarchia, però, non si arriva mai ad imporre direttamente un comportamento, né è possibile il subentro diretto all'inferiore, come può notarsi nel rapporto fiduciario *ex art. 94, 1° comma, Cost.*, che lega il Parlamento al Governo;

3.- il *coordinamento*, e cioè, in generale, l'obiettivo cui tende l'espletamento di tutte le attività pubbliche[121], in quanto espressione *in subiecta materia* del più generale postulato di coerenza dell'ordinamento giuridico[122]. Più specificamente, però, "coordinamento" è – per quanto a noi interessa – una relazione funzionale implicante una posizione di *equiordinazione* tra gli organi/enti coinvolti, nella quale l'organo coordinante ha il compito di armonizzare l'azione dei vari apparati coordinati, emanando direttive e vigilando sulla loro attuazione[123], come fa tipicamente il Presidente del Consiglio dei ministri italiano (art. 95, 1° comma, Cost.);

4.- il *controllo*, ossia la potestà tramite la quale un organo/ente – controllante – verifica che la decisione adottata da un altro organo/ente – controllato – sia conforme al diritto e/o adeguata alla situazione di fatto[124]. Ciò comporta una relazione *non paritaria* tra soggetto controllante e soggetto controllato, eppure il controllo si differenzia tanto dalla gerarchia, quanto dalla direzione, poiché l'organo controllante non può interferire sul *contenuto* della decisione del controllato, ma solo sui suoi effetti: l'esempio classico di funzione costituzionale di controllo è quella giurisdizionale, sia *ex art. 102, 1° comma, Cost.*, sia, più specificamente, *ex art. 134 Cost.*[125];

5.- la *delegazione di funzioni* è invece una relazione, per così dire, occasionale, che consiste nel trasferimento di una data potestà dall'organo titolare ad un altro, per un tempo limitato od in vista del compimento di un atto determinato, senza spostamento della titolarità della funzione e con possibilità di esercitare comunque forme di direzione e controllo (ivi compresa la revoca *ad libitum* della delega stessa), come avviene tipicamente nella delegazione legislativa *ex art. 76 Cost.* dal Parlamento al Governo, in cui il primo resta comunque – in un certo senso – sovraordinato al secondo;

6.- l'*utilizzazione di uffici*, infine, si instaura allorché il soggetto titolare di una funzione, anziché utilizzare, per l'esercizio della sua attività, strutture proprie, si serve di uffici appartenenti ad altri organi od enti; a seconda che per tale utilizzazione sia necessario o meno il consenso dell'apparato che "presta" le sue strutture, il rapporto tra intersoggettivo sarà di equiordinazione, ovvero di sovra/sotto ordinazione. Tale modulo relazionale è applicato soprattutto in ambito comunitario, dato che quell'ordinamento si serve degli apparati degli Stati membri in vista del perseguimento dei suoi fini istituzionali: non a caso, l'esempio più evidente di avvalimento di uffici nell'ordinamento italiano è quello *ex lege* n. 287/1990, a mente del quale l'*Antitrust* nazionale assicura il rispetto delle regole del libero mercato dettate a livello europeo.

Alla luce dei suesposti chiarimenti, possiamo in chiusura affermare che:

α.- in generale, col termine organizzazione (pubblica) si fa riferimento all'insieme degli uffici che svolgono attività riconducibili alle persone giuridiche pubbliche e, nel contempo – dato che le diverse funzioni possono tra loro entrare in conflitto o, più in generale, in relazione –, allo specifico modo in cui le disposizioni (costituzionali e non) prevedono e disciplinano l'insorgere e la soluzione di eventuali conflitti e/o le modalità d'azione congiunta, complessa e coordinata dei diversi apparati, con specifico riguardo a quelle strutture che costituiscono lo strumento di imputazione di fattispecie in virtù della loro capacità di esternare la volontà della persona giuridica pubblica cui afferiscono (ossia, gli organi);

β.- in particolare, all'interno dell'organizzazione pubblica così definita, che risulta in parte accentrata, in parte decentrata, ma certamente disomogenea, il c.d. stato regolatore si colloca in una posizione, per un verso estremamente chiara e, per un altro, estremamente controversa. Segnatamente:

β'- senza anticipare quanto si dirà diffusamente nel prossimo capitolo[126], un veloce censimento delle varie fonti istitutive dei poteri regolativi che compongono lo "stato regolatore" dimostra che essi sono riconducibili incontrovertibilmente allo Stato-persona, e che quindi a quest'ultimo risultano imputabili i relativi atti, nonché i loro effetti;

β''.- le funzioni regolative vengono oggi svolte da strutture che sono totalmente o parzialmente indipendenti dagli altri apparati dello Stato-persona, ma che, nel contempo (almeno in talune fattispecie), intrattengono rapporti con strutture extrastatali, non di rado in concorrenza con gli analoghi uffici ministeriali[127];

β'''.- ciò genera, almeno in apparenza, un'asimmetria evidente lungo il binomio democratico potere-responsabilità, non tanto perché – come nell'ipotesi più comune e storicamente certificata – ci si trovi in presenza di poteri nei confronti del cui cattivo esercizio il cittadino sia sprovvisto di tutele (giurisdizionali e non), quanto piuttosto perché il soggetto chiamato a rispondere di suoi (del potere) eventuali sviamenti, e cioè lo Stato-persona, non dispone a sua volta di alcuno strumento di influenza nei confronti delle strutture di regolazione, ovvero ne possiede di estremamente limitati[128];

β''''.- la situazione generale, per finire, è complicata dalle peculiari caratteristiche del potere regolativo in sé, che lo rendono *prima facie* difficilmente collocabile nel quadro dei poteri costituzionali classici[129].

Insomma, lo stato regolatore, o, come forse sarebbe più giusto chiamarlo allo stadio corrente di avanzamento dello studio, il "fenomeno regolativo", presenta – al di là delle volgarizzazioni o delle semplificazioni che sembrano ancor oggi investirlo, impedendone la chiara e completa percezione – profili problematici di estremo interesse, che ne fanno una sorta di banco di prova *in vitro* dell'efficacia di numerosi istituti apicali dell'ordinamento giuridico vigente.



Un suo studio critico può pertanto essere visto, in tale ottica, anche e soprattutto come una sorta di esperimento sulla tenuta generale delle nozioni e dei concetti tradizionali della materia, il cui esito potrebbe avere, in un futuro non lontano, ricadute imprevedibili, su una scala ben più ampia dell'attuale.

## 5. – Posizione del quesito di partenza

Le questioni sul tavolo, come visto, sono numerose ed articolate, e conviene, forse, racchiuderle in una formula di sintesi, anche perché altrimenti il rischio concreto è quello di perdere di vista l'obbiettivo principale dello scritto.

Abbiamo detto in apertura del dubbio da cui si è mossa la nostra curiosità<sup>[130]</sup>; abbiamo quindi stilato un progetto di avanzamento della ricerca<sup>[131]</sup> ed enunciato i parametri cui intendiamo attenerci<sup>[132]</sup>; abbiamo infine tracciato una prima, grossolana, mappatura dello sfondo sul quale inserire al momento opportuno la complessa fattispecie che intendiamo analizzare<sup>[133]</sup>.

Adesso, è il momento di porre con chiarezza il quesito alla cui risposta è preordinato tutto il successivo svolgimento.

La domanda cui intendiamo rispondere, banalmente, può essere ridotta alla seguente: *che cosa è, giuridicamente parlando, lo stato regolatore?*

Si tratta, all'evidenza, di una posizione drastica ed un po' troppo immediata, per cui è consigliabile scomporre il macro-quesito di cui sopra in una serie di interrogativi più specifici e mirati:

- a.- la formula linguistica "stato regolatore" ha sempre il medesimo significato?
- b.- Od almeno, pur all'interno di una gamma di significati distinti, è possibile individuarne un nucleo concettuale comune?
- c.- Oltre a descrivere un fenomeno morfologicamente complesso, la locuzione "stato regolatore" ha anche una valenza prescrittiva in sé, nel senso di essere qualcosa di diverso dalla somma delle norme giuridiche che lo compongono?
- d.- Lo "stato regolatore" designa un inedito modello organizzativo, ovvero solo una regolarità (organizzativa, *scil.*), riconducibile ad un paradigma già noto?
- e.- Come si presenta, tanto sotto il profilo organizzativo, quanto sotto quello funzionale, la fenomenologia giuridica detta "stato regolatore"?
- f.- La corrispondenza tra una "certa" struttura organizzativa ed una "certa" serie di attribuzioni funzionali è, nell'ambito dello "stato regolatore", un fatto necessario od un fatto meramente accidentale?
- g.- L'essenza dello "stato regolatore" è nella sua struttura o nella sua funzione? O in entrambi?
- h.- Qual'è la natura giuridica del fenomeno regolativo?
- i.- Ed infine la domanda fondamentale: lo "stato regolatore" è un costrutto conforme alla Costituzione?

---

[1] *Amplius* in argomento v. anche *ultra* § 3.

[2] Capp. II, III e IV.

[3] V. anche, *amplius*, cap. IV, § 8.

[4] Solo per limitarsi alla letteratura di genere più recente e maggiormente utilizzata (nel testo), segnaliamo, in ordine sparso: M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, voce in *Enc. giur.*, Roma, 1995, 1 ss. (*ad vocem*); S. CASSESE- C. FRANCHINI (*et al.*), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; S. NICCOLAI, *I poteri garantiti della Costituzione e le autorità indipendenti*, Pisa, 1996; M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996; A. PREDIERI (cura), *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici*, Firenze, 1997; AA.VV., *Autorità indipendenti e principi costituzionali (atti del convegno di Sorrento del 30 maggio 1997)*, Padova, 1999; S. LABRIOLA (cura), *Le autorità indipendenti da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Milano, 1999; F. MERUSI, *Democrazia ed autorità indipendenti. Un romanzo 'quasi' giallo*, Bologna, 2000; G. GIRAUDI- M. S. RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Roma-Bari, 2001; M. CUNIBERTI, *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in *Riv. dir. cost.*, 2002, 3 e ss.; P. CAVALIERI- G. DELLE VEDOVE- P. DURET, *Autorità indipendenti ed Agenzie – una ricerca giuridica interdisciplinare*, Padova, 2003; F. MERUSI- M. PASSARO, *Le autorità indipendenti*, Bologna, 2003; N. LONGOBARDI (cura), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2004; S. VALENTINI (*et al.*), *Diritto e istituzioni della regolazione*, Milano, 2005; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Milano, 2007; A. LA SPINA-S. CAVATORTO, *Le Autorità indipendenti*, Bologna, 2008; M. POTO, *Autorità amministrative indipendenti*, voce in *Dig. disc. pubbl.*, Agg.\*\*\*, Torino, 2008, 54 ss.; M. LIBERTINI, *Autorità indipendenti, mercati e regole*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2010, 63 e ss.; per ulteriori e più specifici riferimenti, anche in dottrina straniera, rinviamo comunque al prosieguo della trattazione, ed in particolare alle indicazioni bibliografiche fornite nel corso di tutto il cap. II. Una segnalazione a sé ci pare meriti invece lo scritto di M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Bari, 2007, non tanto per il saggio iniziale, quanto per il successivo glossario (43 ss.) che esplora l'argomento in un'originale prospettiva "alfabetica".

[5] I lavori monografici incentrati sulla sola regolazione sono per contro meno numerosi, forse perché di essa si tratta in genere nell'ambito degli studi generali sui corrispondenti apparati; tra i più recenti contributi (da noi) utilizzati e precipuamente dedicati al tema v. comunque almeno M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; C. P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione indipendente del mercato*, Bari, 2005; M. MANETTI, *L'attività amministrativa di regolazione*, in A. VIGNUDELLI (cura), *Istituzioni e dinamiche del diritto: i confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, 249 ss.

[6] Emblematica di tale oscillazione, seppur in un contesto sociologico piuttosto che giuridico, è l'opera di 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». Né, va detto, mancano, soprattutto in ambito privatistico, studiosi che invece adoperano la locuzione in chiave prettamente funzionale: per un esempio assai recente di tale utilizzo, v. A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M. MAUGERI-A. ZOPPINI (cura), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, 9 ss., spec. 12-16.

[7] Cfr. per tutti R. BALDWIN- C. MCCRUDDEN, *Regulation and Public Law*, London, 1987, spec. 4-10.

[8] Cfr. ad es. B. M. MITNICK, *The political economy of regulation*, New York, 1980 spec. 1 ss., il quale ricostruisce la regolazione come (generico) controllo pubblico sulle attività private giustificato da un interesse pubblico; G. J. STIGLER, *Comment*, in G. FROMM (cura), *Studies in public regulation*,

Cambridge (Mass.), 1981, 73 ss., stende invece un catalogo di attività assoggettabili a quel controllo, sostanzialmente invertendo la prospettiva del primo Autore; infine, R. B. STEWART, *Regulation and the crisis of legalization in the U. S.*, in T. DAINTITH (cura), *Law as an instrument of economic policy*, Berlin, 1988, 100 ss., diversificandosi ulteriormente, preferisce restringere l'area semantica del concetto, coniato l'espressione «*administrative regulation*».

[9] Sullo stato, nell'impossibilità di stilare una bibliografia anche minimamente esaustiva, si possono comunque vedere, a titolo esemplificativo ed in funzione propedeutica all'esame di profili più specifici, alcuni lavori di portata generalissima, quali H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945, trad. it. *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Roma, 2000, spec. 185 e ss.; G. POGGI, *Lo Stato. Natura, sviluppo e prospettive*, Bologna, 1992; P. P. PORTINARO (cura), *Stato*, Roma-Bari, 2004; N. MATTEUCCI, *Lo Stato*, Bologna, 2005. Inoltre, può essere utile rileggere alcuni famosissimi saggi sull'argomento, stilati *illo tempore* (per l'esattezza tra il 1910 ed il 1928) da Santi Romano, Vittorio Emanuele Orlando, Oreste Ranellietti e Donato Donati, oggi recuperati e raccolti nella *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, 97 ss.

[10] In tal senso, G. AMATO, *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Pol. dir.*, 1970, 448 ss.; osservazione più recentemente ripresa da M. A. SALVATI, *I rapporti tra stato ed economia come rapporti tra regolazione pubblica e privata*, in C. FRANCHINI-L. PAGANETTO (cura), *Stato ed economia all'inizio del XXI secolo. Riflessione in ricordo di Massimo Severo Giannini*, Bologna, 2002, 19 e ss. Sul concetto di autorità, piuttosto problematico se non oscuro, per quanto qui rileva, e cioè relativamente poco, possono bastare i rinvii alle due voci enciclopediche di C. VITTA, *Autorità ed Autorità amministrativa*, in *N. Dig. it.*, XVI, Torino, 1937, rispettivamente 1166 ss e 1169 ss., nonché a quella di C. LAVAGNA, *Autorità, II) Diritto pubblico*, voce in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 477 ss.; già da tali – risalenti – scritti, infatti, emerge che la dimensione, caratteristica ed incontrovertibile, del concetto di autorità sia quella *normativa*, ossia la capacità di dettare regole di comportamento. All'uopo ed a completamento della locuzione (“*autorità normativa*”), quindi, si vedano, sulla norma giuridica, almeno N. BOBBIO, *Norma giuridica*, voce in *Nss. Dig. it.*, XI, Torino, 1958, 330 ss.; V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, voce in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 195 e ss.; F. MODUGNO, *Norma giuridica a) teoria generale*, voce in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 328 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Norma giuridica*, voce in *Enc. giur.*, Roma, 1990, 1 ss. (*ad vocem*).

[11] Cfr. in proposito la puntuale rassegna in C. P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione indipendente del mercato*, cit., 33 ss. Un'attenta dottrina ha non per caso isolato almeno tre significati del termine “regolazione” e del suo contrario, “de-regolazione”; cfr. in particolare G. AMATO, *Problemi di governo e della deregulation*, in S. CASSESE- E. GERELLI (cura), *Deregulation – La deregolamentazione amministrativa e legislativa*, Milano, 1985, 163 ss., il quale distingue: a) la soppressione delle regole esistenti, b) la loro sostituzione con regole più semplici e c) il trasferimento del potere di ri-legolare dal Parlamento al Governo. In senso analogo, distinguendo però tra “regolazione pubblica”, “regolamentazione del mercato” e “regolazione amministrativa”, anche C. P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione indipendente del mercato*, cit., spec. 36-44. 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.

[12] La quale, salvo errore, ci pare collocabile in corrispondenza della pubblicazione del saggio di G. MAJONE- A. LA SPINA, *Lo Stato regolatore*, in *Riv. trim. sc. amm.*, n. 3, 1991, 3 ss., ove, per quanto a nostra conoscenza, viene per la prima volta citata la locuzione “stato regolatore” (peraltro adoperata in un senso fondamentalmente descrittivo: *amplius* cap. IV, §§ 1-4) e viene esposta un'organica rassegna dei significati del termine “regolazione” nell'ambito di provenienza, quello della dottrina anglosassone, secondo un caratteristico approccio multidisciplinare.

[13] G. MAJONE- A. LA SPINA, *Lo Stato regolatore*, cit., 17. L'enfasi è testuale.

[14] *Ibidem*, 19.

[15] *Ibidem*, 20

[16] *Ibidem*.

[17] Può bastare all'uopo il rinvio alle indicazioni bibliografiche già fornite *sub nntt.* 4-7.

[18] Eccettuate le precisazioni che effettueremo nel § 3.

[19] Inedito solo in parte e sino ad un certo punto, come vedremo nel prosieguo: v. *amplius* soprattutto cap. II, § 3.

[20] *Amplius* cap. II, spec. §§ 5-7.

[21] *Amplius* cap. II, spec. § 1.

[22] Significativo, in questo senso, il ragionamento effettuato, anche recentemente, da C. P. GUARINI, *Contributo allo studio della regolazione indipendente del mercato*, cit., 288 ss.

[23] In particolare, nei capp. III e IV proveremo a dimostrare come le due variabili siano indipendenti sotto il profilo giuridico, seppur indubbiamente connesse sotto quello fattuale, ed in gran parte – *ma non del tutto!* - sovrapponibili.

[24] L'impressione è ulteriormente rafforzata ove soltanto si ponga mente al fatto che, nei medesimi anni, l'Imperatore e Re delle Due Sicilie introdusse una significativa esenzione per i mercanti nativi dal pagamento della c.d. *dohana* (un dazio del 3% sulle merci introdotte o fatte uscire dai territori italiani) ed impose invece «una speciale gabella sui commestibili [che] potrebbe indicare un tentativo, per quanto grossolano, di *regolazione economica*» (così D. ABULAFIA, *Frederick II. A medieval emperor*, tr. it. di G. Mainardi, *Federico II. Un imperatore medievale*, Torino, 1993, 180, riportante sul punto l'interpretazione, dall'Autore accolta dubitativamente, di J. M. Powell; corsivo aggiunto). Il passo riportato nell'*exergo* può invece essere letto in F. TARDIOLI, *Le costituzioni di Melfi di Federico II*, tr. it. di G. Fortini, Roma, 1985, 196.

[25] Nello stato regolatore, infatti, circa il generale arretramento della sfera pubblica rispetto a quella privata, sembra appropriato parlare più che altro di una variazione *tecnica* dell'intervento statale, nel senso che, invece di passare attraverso la formulazione di norme materiali di comportamento direttamente applicabili, si preferisce istituire apparati pubblici di controllo/vigilanza/indirizzo, trasformando il rapporto tra le due sfere da orizzontale in verticale: in argomento v. le suggestive preconizzazioni di M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, I, Bologna, 1991, 138, e comunque, *amplius*, cap. II, §§ 4 e 15.

[26] Cfr. per tutti M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, cit., 115 e ss., e L. MANNORI- B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, spec. 487 ss.; la tendenza non ha discriminato nemmeno tra gli ordinamenti liberali e democratici dei secoli XIX e XX e quelli totalitari sorti a cavallo delle due guerre mondiali nel Milleenovecento; anzi: la figura giuridica dello stato conosce lungo quel lasso temporale un generalizzato e progressivo movimento di espansione della sfera pubblica in danno di quella privata, la quale ultima, nei regimi totalitari, viene quasi del tutto azzerata (così E. OPOCHER, *Totalitarismo*, voce in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, spec. 767 ss. e, con uno specifico sguardo all'Italia, R. J. B. BOSWORTH, *Mussolini's Italy*, tr. it., *L'Italia di Mussolini*, Milano, 2009, spec. 251 ss.).

[27] Così, in particolare, M. CLARICH, *Le autorità indipendenti nello 'spazio regolatorio': l'ascesa ed il declino del modello*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1035 e ss., il quale peraltro non manca di sottolineare – con toni talora anche aspri – come a tale declino abbiano contribuito altre componenti istituzionali, e segnatamente il Parlamento (definito «distratto»: 1050-1052), il Governo e le burocrazie ministeriali («invidiose»: 1052-1054), ed infine persino l'opinione pubblica (definita «immatura»: 1068-1069).

[28] L'argomento è sviluppato in ambito teorico-generale in maniera assai piana da A. PINO, *La ricerca giuridica*, Padova, 1996, spec. 129 ss. e da R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, 223 ss.

[29] Spec. cap. II, § 1.

[30] Non per caso, il “paradigma” del concetto costituzionale di indipendenza è sempre il giudice, anche nell'ambito delle trattazioni focalizzate sulla fenomenologia che stiamo analizzando: cfr. esemplarmente F. P. CASAVOLA, *Quale 'statuto' per le Autorità indipendenti*, in QUADERNI DELLA RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE, *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti (atti del seminario tenuto a Bologna il 14 dicembre 1996 in occasione del cinquantennale della Rivista)*, Milano, 1997, 17 e ss., spec. 20 ss.

[31] In argomento, tanto sul “catalogo” delle agenzie, quanto – più in generale – sulla distinzione tra “autorità” ed “agenzie”, v. *amplius* cap. II, § 1, spec. nt. 5 e § 2, spec. nt. 31. Si noti ad ogni buon conto che il corrispettivo di “agenzia”, l'anglosassone *agency*, viene sfortunatamente utilizzato assai spesso in maniera generica, non contribuendo certo ad agevolare l'opera di razionalizzazione che l'interprete è chiamato a svolgere. In argomento v. in particolare P.L. JOSKOW-R.G. NOLL, *Regulation in theory and practice: an overview*, in G. FROMM (cura), *Studies in public regulation*, cit., 3 e ss.; sulla necessità di discriminare le due figure nel diritto interno, v. invece per tutti F.P. CASAVOLA, *Quale 'statuto' per le Autorità indipendenti*, cit., 26 ss.

[32] Questione che verrà affrontata *ultra*, nel cap. IV, e spec. in sede di conclusioni generali.

[33] L'analisi degli apparati indipendenti sarà argomento del cap. II e del cap. IV, spec. § 6.

[34] Il nodo verrà affrontato prevalentemente nel cap. III e nel cap. IV, § 5.

[35] Ciò che proveremo a dimostrare soprattutto nel tratto finale del nostro percorso, con riferimento esclusivo alla combinazione dei due “massimi” di ciascun segmento graduato (indipendenza totale e riconoscimento di potestà di c.d. regolazione-indirizzo: *amplius* cap. IV, § 7).

[36] O forse sarebbe meglio dire: ridondante, tautologica e priva di valore euristico.

[37] *Infra* spec. cap. IV, §§ 6-7.

[38] *Retro*, § 1.

[39] *Ibidem*, in fine.

[40] Tema che verrà trattato nel corso dei capp. II-III.

[41] Cfr. spec. cap. IV, § 1.

[42] *Infra* cap. IV, spec. §§ 2-3.

[43] Cfr. cap. IV, § 7.

[44] *Infra*, cap. II, spec. §§ 1-7.

[45] Valutazione che verrà tentata nel cap. IV, spec. § 6.

[46] *Infra* cap. II, spec. §§ 8-15.

[47] *Infra*, cap. III, spec. §§ 6-7.

[48] Cfr. cap. III, §§ 1-5

[49] *Infra*, cap. IV, rispettivamente § 4 e § 5.

[50] Basti pensare, solo per averne un'idea, al concetto stesso di stato (cui accenneremo brevemente nel cap. IV, § 1), ovvero ai principi costituzionali evocati nel testo, come quello di legalità (cap. III, § 2), di separazione dei poteri (cap. III, § 3) o di sovranità popolare (cap. III, § 5).

[51] Vedasi esemplificativamente l'analisi dogmatica svolta proprio sul principio di legalità (cap. III, § 2), o su quello di sussidiarietà (cap. III, § 4).

[52] Sul significato epistemico di “paradigma”, inteso quale “modello di spiegazione”, il riferimento obbligato è a T.S. KUHN, *The structure of scientific revolutions*, tr. it. *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 1999; per l'applicazione in ambito giuridico, invece, può vedersi, a titolo di esempio, F. BENVENUTI, *Il ruolo dell'amministrazione nello stato democratico contemporaneo*, in *Jus*, 1987, 277 ss.

[53] *Amplius*, cap. III, §§ 6 e ss.

[54] Ciò vale, ad esempio, per la distinzione tra autorità indipendenti ed agenzie sul piano organizzativo (v. cap. II, §§ 1-3) e per quella tra regolazione c.d. condizionale e regolazione c.d. finale sul piano funzionale (*ibidem*, § 10). Il dato morfologico verrà poi ripreso e tematizzato soprattutto nel § 6 dell'ultimo capitolo.

[55] Termine volutamente generico, in quanto tendente ad accomunare in un'unica categoria – per il momento – le valutazioni giuridico-positive e quelle teorico-general, le quali (valutazioni) verranno disaggregate a tempo debito (*infra* cap. IV, § 7).

[56] E così, anche rispetto all'oggetto del nostro studio, le conclusioni sul piano sistematico sono molto diverse se si ritiene, ad esempio, che il principio di legalità si risolva in quello di gerarchia piuttosto che in quello di un vincolo di contenuto per l'attività amministrativa (*amplius* cap. III, § 2); o che il principio di separazione dei poteri va inteso in senso forte (“separazione specializzata”) od in senso debolissimo (“distinzione”: *amplius* cap. III, § 3).

[57] Lo scioglimento di tale trilemma è nel cap. IV, § 7.

[58] Per limitarsi a due riferimenti epistemologici a noi relativamente vicini, K.R. POPPER, *Logik der Forschung*, Berlin, 1934, tr. it. *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970, spec. 107 ss., e M. WEBER, *Die Objectivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, tr. it. *L'oggettività conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale*, in IDEM, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, tr. it. *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, 1958, 53 ss.

[59] Per averne un assaggio, non potendosi evidentemente stendere una nota esaustiva in merito, ci sia consentito limitarsi alla segnalazione di AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale (seminario di studio, Messina, 13 febbraio 1996)*, Padova, 1997, spec. le relazioni di A. RUGGERI, *Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti (prime osservazioni)*, 28 ss. e di A. BALDASSARRE, *Il problema del metodo nel diritto costituzionale*, 90 ss., dalle quali emerge – ora come dato di fatto (Baldassarre), ora come vero e proprio manifesto programmatico (Ruggeri) – l'esistenza in dottrina di un certo "sincretismo metodologico" (in argomento v. soprattutto P. COMANDUCCI, *Di un approccio multiprospettico in teoria del diritto*, in *An. dir.* 1991, Torino, 1991, 111 ss.), tra l'altro assai spesso, e più o meno consapevolmente, interno al pensiero del singolo studioso; per l'esposizione dei diversi orientamenti metodologici in campo, v. invece almeno N. IRTI, *Il diritto come ricerca*, in IDEM, *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990, 75 e ss., ove si evidenzia la crisi generalizzata del metodo tradizionale della scienza del diritto, proponendo peraltro un rimedio dal sapore vagamente hegeliano, consistente in una sorta di distacco dal mondo dei concetti in favore di una maggior aderenza alle risultanze storiche (quasi a sottindere una qualche razionalità del reale). Tesi ancor più evidente nel successivo *Nichilismo e metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 1159 ss.; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, spec. 1 ss. e 25 ss., privilegia invece l'approccio ermeneutico, pur dando conto anche della metodologia giuspositivista (sebbene descritta in termini a tratti caricaturali); H. KELSEN, *Reine Rechtslehre Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien, 1934, trad. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000, spec. 117 ss., non separando nettamente il momento creativo del diritto da quello applicativo, finisce invece per espungere il problema del metodo dall'orizzonte propriamente giuridico; R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., spec. 31 ss., propende invece per un approccio metodologico di giusrealismo moderato; infine, G. SARTOR, *Studi di logica giuridica*, Firenze, 1993, *passim*, inclina verso un vero e proprio atteggiamento cognitivo.

[60] Chiarire sin da subito a chi legge il contesto in cui collocare le nostre riflessioni, infatti, significa assumersi un onere che, a nostra volta, abbiamo apprezzato quelle rare volte in cui ci sia capitato di imbatteci in chi lo abbia fatto; concetto mirabilmente espresso anche da Max Weber nel corso di una celeberrima conferenza tenuta a Monaco nel 1919, di cui dà conto Antonio Roversi nell'introduzione al libro di M. WEBER, *Saggi sulla dottrina della scienza*, tr. it. di A. Roversi e C. Tommasi, Bari, 1980, I ss.; in chiave strettamente giuridica, è stato altresì notato che «le questioni di metodo sono questioni di potere e le questioni di metodo sono questioni costituzionali. La discussione sui metodi scoppiata ora con grande ritardo è cioè una nascosta lotta di potere» (B. RÜTHERS, *Vincolo della legge o libera scelta del metodo? Ipotesi per una discussione*, in *Crim.*, 2007, 124).

[61] Illustra con grande chiarezza il procedimento di costruzione delle premesse del ragionamento *de quo* R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., 111 ss., e 126-127 a proposito della mera persuasività della giustificazione esterna. In senso conforme anche A. KAUFMANN, *Il ruolo dell'abduzione nel procedimento di individuazione del diritto*, in *Ars int.*, 2001, 321 ss.

[62] Così, soprattutto, C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, *The new rhetoric: a treatise on argumentation*, tr. it. *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 2001, spec. 482 ss., ove si teorizza il superamento della logica formale cartesiana, in favore di una logica c.d. retorica, o ragionevole. Applicazioni in ambito costituzionale in P. HÄBERLE, *Stato costituzionale, II) sviluppo storico*, voce in *Enc. giur.*, tr. it. di F. Politi e S. Rossi, Roma, 2000, 1 ss. (*ad vocem*), spec. 2 ss., quantunque in un contesto più ampio di quello nazionale, ed A. RUGGERI, *Teorie e "usi" della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 519 ss., spec. 522 ss.

[63] Evidenzia, con la consueta profondità, la tensione tra argomenti interpretativi "forti" (o "razionali") e "deboli" (o "ragionevoli"), nonché la loro comune contrapposizione a quelli "irrazionali", N. BOBBIO, *Prefazione* a C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, cit., XI ss., spec. XIV.

[64] Si tratta dei corni del c.d. trilemma di Münchhausen, su cui v. *amplius* M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, 2a ed., Torino, 2005, 189-191, il quale, alla nt. 69, riporta gli estremi bibliografici ai quali rintracciare l'esposizione completa, fatta da Hans Albert nel 1969, della suddetta legge fondamentale dell'epistemologia.

[65] Cap. III, § 1.

[66] Non a caso, le critiche ai dogmi vengono sempre svolte sul piano teorico-generale, e non su quello giuridico-positivo: per averne conferma, cfr. nuovamente M. BARBERIS, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, cit., 191-192.

[67] Tralasciando per ovvie ragioni di indicare i testi ascrivibili alla matrice storica dei concetti *de quibus*, ci limitiamo a segnalare le sole opere che abbiamo effettivamente utilizzato per la stesura del saggio e che esaminano soprattutto la relazione sussistente tra tali due concezioni del diritto: M. JORI, *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Milano, 1976, spec. 124 ss.; N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, spec. 32 ss.; M. BARBERIS, *L'eterogeneità del bene. Giusnaturalismo, giuspositivismo e pluralismo etico*, in *An. dir.* 2002-2003, Torino, 2004, 1 ss.; IDEM, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, cit., spec. 8 ss.

[68] Rinvenibile in M. BARBERIS, *L'eterogeneità del bene. Giusnaturalismo, giuspositivismo e pluralismo etico*, cit., spec. 2 ss.

[69] Spec. cap. III, § 3.

[70] In tal caso in virtù del combinato disposto con l'art. 111, 6° comma, Cost., a mente del quale «Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati», ossia giustificati con argomentazioni convincenti, pena la loro caducazione.

[71] Quantunque, *re melius perpensa*, non si possa non registrare una sottovalutazione del ruolo degli altri soggetti applicatori, ed in particolare degli altri amministratori pubblici e degli ufficiali giudiziari; figura, l'ultima, spesso negletta, visto che, dopotutto, sono loro che *effettivamente* applicano il diritto, ivi compreso quello singolare delle sentenze.

[72] Nella medesima direzione sembra deporre altresì l'art. 12 disp. prel. c.c.: in argomento cfr. A. PINO, *La ricerca giuridica*, cit., 261 e ss.

[73] Cfr. art. 94 del Progetto di Costituzione, reperibile, con le varie proposte di emendamento, in *Atti Ass. cost.*, spec. 2277 e 2279, che si può leggere in appendice a F. RIGANO, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, 1982, 263 ss. A maggior ragione si potrebbe giungere a tale esito qualora si volesse intendere il sostantivo "legge" non in senso tecnico, bensì quale semplice sinonimo di "diritto" (oggettivo). Sull'art. 101, cfr. per tutti R. GUASTINI, *Commento all'art. 101 Cost.*, in G. BRANCA (diretto da)-A. PIZZORUSSO (continuato da), *Commentario della Costituzione, Artt. 99-103*, Bologna-Roma, 1994, 140 ss., spec. 152 ss.

[74] N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 8.

[75] Cfr in tal senso, con amplissima argomentazione, A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, Torino, 2011, spec. 477 ss. Ribadiamo, insomma, quanto accennato in apertura di paragrafo, e cioè che ci si potrà forse rimproverare la mancanza di prudenza insita nell'assumere apertamente posizioni che poi non si ha la forza od il tempo di giustificare, ma certo non si potrà negare almeno che, se avremo sbagliato, lo avremo fatto per un eccesso di zelo nei confronti del lettore (così sembra pensarla, del resto, anche A. PINO, *La ricerca giuridica*, cit., spec. XVII ss.).

[76] Così, nuovamente, A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, cit., spec. 912 ss.

[77] Cfr. *ex multis* G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990, spec. 42 ss.

[78] Assai di recente, ad es., S. PAJNO, *Giudizi morali e pluralismo nell'interpretazione costituzionale. Perché non possiamo fare a meno del punto di vista interno*, in corso di pubblicazione, 1 e ss. del *paper*, spec. 151 ss., ha rimarcato la forte connessione tra ordine giuridico e sistemi sociali, suggerendo un metodo di indagine che ruoti attorno all'evidenza dell'accettazione delle prescrizioni da parte dei consociati e degli applicatori, cercando in particolare di coniugare la nota tesi hartiana sulla norma di riconoscimento con la presenza ineliminabile di giudizi morali all'interno del discorso giuridico. Ebbene, anche a seguire tale impostazione, certamente l'analisi da noi proposta non potrebbe che risultare utile, se non altro come punto di partenza per le successive riflessioni.

[79] Nel senso che proposizioni e concetti scientifici (anche giuridici, diremmo noi) sono costruzioni idealtipiche di carattere generale: con particolare riguardo alle scienze sociali la tesi è affermata in M. WEBER, *Roscher und Knies und die logischen Probleme der historischen Nationalökonomie*, tr. it. *Roscher e Knies e i problemi logici della scuola storica dell'economia politica*, in IDEM, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, cit., 131 ss. Ci proponiamo, ad ogni buon conto, di tornare a breve più approfonditamente sul tema in un apposito lavoro dedicato.

[80] In qualche caso, infatti, quantunque l'argomentazione si "travesta" da inferenza logica forte, essa a ben guardare resta un'inferenza «quasi-logica» (cfr. C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, cit., spec. 197 ss.), ossia, in altri termini, un «sillogismo incompleto», o *entimema* (cfr. M. BARBERIS, *Pluralismo argomentativo. Sull'argomentazione dell'interpretazione*, in *Et. pol.*, 2006, 1, 1 ss.).

[81] Ben evidenziati da R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., spec. 209 ss.

[82] *Ultra* cap. III, § 3.

[83] *Ultra* cap. IV, § 2.

[84] In genere, come già in parte anticipato nel paragrafo precedente, argenteremo induttivamente, a partire dai dati normativi e dalle tesi dottrinali maggiormente accreditate, limitandoci ad un raffronto di mera coerenza concettuale (ad es., cap. III, §§ 2 e 4), e solo in casi estremi ricorremo ad argomentazioni parzialmente retoriche (ad es., cap. II, § 11 e cap. IV, § 1).

[85] *Retro*, § 2.

[86] Cfr. H. ALBERT, *Difesa del razionalismo critico*, Roma, 1997, spec. 157 ss.; K.R. POPPER, *Il pensiero essenziale*, Roma, 1998, 217 ss.; con specifico riferimento alla scienza giuridica, l'impianto popperiano è oggi riproposto con forza da A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, cit., spec. 540 ss. Interessanti osservazioni anche in G. UBERTIS, *La ricerca della verità giudiziale*, in IDEM (cura), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milano, 1992, 1 ss., e M. XIFARAS, *La Veritas Iuris selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juidisme*, in *Drs.*, 2008, 77 ss.

[87] Lo evidenzia, in termini generali ed in chiave fortemente polemica, K.R. POPPER, *Il mito della cornice*, Bologna, 2005, spec. 36 ss.; tra gli studiosi che, al contrario, reputano sia dovere precipuo dello scienziato "risolvere problemi" piuttosto che "cercare la verità" 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 ss., il quale sostiene invece la tesi con specifico riferimento alla figura del giudice, e R. SACCO, *La dottrina, fonte del diritto*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990, 449 ss., spec. 456 ss. che invece la sostiene con riguardo alla comunità degli studiosi.

[88] Cfr. M. WEBER, *Der Sinn der 'Wertfreiheit' der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften*, tr. it. *Il significato della 'avalutatività' delle scienze sociologiche ed economiche*, in IDEM, *Il metodo delle scienze storico-sociali*, cit., 309 ss.; più recentemente (in senso relativo...), anche W. V. O. QUINE, *Word and Object*, Cambridge (Mass.), 1960, spec. 3 ss.

[89] Sull'argomento, articolato e complesso, per un inquadramento generale v. almeno: H.G. GADAMER, *Verità e metodo*<sup>14</sup>, Milano, 2004, spec. 314 ss. e 343 ss. (compresa l'apologia del pregiudizio qui vi contenuta); L. DE RUGGIERO, *Sul concetto di precomprensione*, in *Pol. dir.*, 1984, 577 ss.; F. MODUGNO, *Appunti delle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova, 1998, spec. 44 ss.

[90] Così tra gli altri, per limitarsi al panorama interno, A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e costituzione*, cit., spec. 425 ss., ed A. PINO, *La ricerca giuridica*, cit., spec. 382 ss.

[91] Cfr. nuovamente M. WEBER, *Il significato della 'avalutatività' delle scienze sociologiche ed economiche*, cit., spec. 316 ss. D'altro canto, detto in modo telegrafico ma auspicabilmente non criptico, l'avversa tesi sembra reggersi – in ultima istanza – su un'assunzione ben precisa: l'identità tra *logica* e *dialettica*, o *retorica*, sulla base delle affermazioni rinvenibili già in Aristotele (cfr. paradigmaticamente, C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, cit., *passim* e spec. le conclusioni del trattato). Al contrario, tale affermazione, a ben riflettere, così sicura non sembra, almeno a leggere A. SCHOPENAUER, *Eristik*, Leipzig, 1864, trad. it. *L'arte di ottenere ragione*, 33a ed., a cura di F. Volpi, Milano, 2010, spec. 18 ss., il quale sostiene – con argomenti più che convincenti (v. anche *amplius* cap. IV, nt. 132 e 133) – l'irriducibile diversità della «ricerca del vero» (o «logica») dall'«arte di ottenere ragione» (o «dialettica»). La posizione di Schopenhauer è sostanzialmente condivisa anche da certi ermeneuti "moderati", i quali mostrano di intendere la precomprensione quale categoria descrittiva del semplice *modus* della conoscenza umana, ma senza alcuna velleità metodologica ulteriore: limitandoci ancora una volta al nostro ristretto ambito di interessi, in argomento si può vedere, per tutti, O. CHESSA, *Cos'è la Costituzione? La vita del testo*, in *Quad. cost.*, 2008, 41 ss.

[92] Cfr. *ex plurimis*, in termini giuridico-filosofici, G. TARELLO, *Organizzazione giuridica e società moderna*, in G. AMATO- A. BARBERA (cura), *Manuale di diritto pubblico*<sup>5</sup>, I, Bologna, 1997, 1 ss., spec. 14 ss.; per un inquadramento giuridico-sociologico, invece, v. M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*<sup>2</sup>, aggiornato da A. MIRABELLI CENTURIONE, Milano, 2000, 3 ss.; inoltre, un'interessante chiave di lettura storico-evolutiva è in S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno unito*, e, con specifico riguardo all'ordinamento italiano, in G. MELIS, *La storia del diritto amministrativo*, in S. CASSESE (cura), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, rispettivamente 1 ss., e 89 ss.; infine, puntuali notazioni giuridico positive in A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Ann. E. C. Messina*, 1981, 405 ss.

[93] Cfr. G. TARELLO, *Organizzazione giuridica e società moderna*, cit., 3.

[94] In argomento, v. per tutti M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, cit., 115 ss.

[95] *Retro* § 1.

[96] Cfr. nuovamente M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, cit., spec. 135 ss.

[97] *Supra sub* § 3.

[98] Le strutture di potere, infatti, in quanto preposte al perseguimento di obiettivi stabiliti di volta in volta dall'ordinamento, vanno apprezzate in una chiave dinamica, che impedisce di fissarne una configurazione definitiva una volta per tutte; al contrario, esse sono sensibili al contesto storico-sociale in cui la disciplina positiva si innesta ed al clima culturale che ne accompagna l'attuazione, ragioni per cui, in *subiecta materia*, qualsiasi soluzione organizzativa – purché funzionale alla realizzazione degli scopi *de quibus* – può risultare in linea di principio accettabile, e quindi legittima: così, ad es., R. MARRAMA, *Organizzazione in senso statico ed in senso dinamico*, in R. MAZZAROLLI- G. PERICU- A. ROMANO- F.A. ROVERSI MONACO- F.G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, 2a ed., I, Bari, 1998, 345 ss.; M. NIGRO, *Lineamenti generali*, in G. AMATO-A. BARBERA (cura), *Manuale di diritto pubblico*, III, cit., 7 ss.; M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., spec. 17 ss.; aggiungiamo noi che non rinveniamo seri ostacoli nell'estendere tale atteggiamento conoscitivo anche alla prospettiva analitica da noi privilegiata.

[99] In tale fase ulteriore risiede precipuamente la differenza con gli altri metodi scientifici, che guardano all'*efficacia* o alla *giustizia* delle regole giuridiche: ragionando in termini di pura efficacia giuridica, infatti, un osservatore sarebbe portato a valutare legittimo anche un assetto organizzativo *contra legem*, purché funzionale allo scopo, mentre una considerazione in termini di giustizia potrebbe tradursi nel rifiuto di un modello *secundum legem* se non rispettoso di tale ideale meta-positivo. Al contrario, il giuspositivismo paradigmatico, anche in forma induttiva, una volta che abbia astratto il proprio modello di riferimento dal diritto positivo, ne ricava comunque una proposizione direttiva che non può essere superata né in via di fatto, né in nome di una *lex superior* non positivizzata, mantenendosi quindi sempre nell'ambito di un giudizio di mera *validità*. In argomento può comunque anche vedersi, *amplius*, N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., 23 e ss.

[100] *Ultra* cap. IV, §§ 3-4.

[101] Cfr., recentemente, M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 3-4.

[102] *Ibidem*, 3.

[103] Per un agile inquadramento, risalente ma tuttora valido, della materia, può vedersi U. FORTI, *Amministrazione pubblica*, voce in *N. Dig. it.*, I, Torino, 1937, 404 ss.; aggiornamenti dell'impianto organizzativo precipuamente calati nello specifico contesto della nostra indagine sono desumibili da E. CASTORINA, *Dagli enti pubblici alle public companies: le nuove frontiere delle qualifiche pubblicistiche*, in IDEM, *Riflessioni sul processo costituente europeo*, Torino, 2010, 47 ss.

[104] *Amplius*, cap. II, §§ 12-14. D'altro canto, nel contesto empirico nel quale stiamo operando, conserva almeno una parte di verità l'affermazione – non certo nuova – a mente della quale solo gli apparati amministrativi risultano immediatamente percepibili dai cittadini, con ciò inducendoli a credere nella reale esistenza e presenza dello stesso pubblico potere: cfr. G. JELLINEK, *Gesetz und Verordnung*, Tübingen, 1919, spec. 219 ss., per il quale, oltretutto, la funzione amministrativa costituisce l'attività prima e fondamentale dello Stato (*fundamentale Funktion*), mentre la legislazione e la giurisdizione rivestono un ruolo secondario (*spezifische Tätigkeiten*).

[105] Cfr. per tutti R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1996, spec. 135 ss.

[106] Così G. PALEOLOGO, *Organizzazione, I. Organizzazione amministrativa*, voce in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 135 ss. e A. PIZZORUSSO, *Organizzazione, II. Organizzazione dei pubblici poteri*, voce in *Enc. dir.*, *ibidem*, 151 ss., spec. 152-153.

[107] In argomento, v. spec. S. FODERARO, *Organo (teoria dell')*, voce in *Nss. Dig. it.*, XII, Torino, 1968, 214 ss., e, più analiticamente, M.S. GIANNINI, *Organi (teoria generale)*, voce in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 37 ss. Per il vero, l'alba delle tesi organiche viene in genere fatta risalire al discorso (apologo) tenuto dal console romano *Menenius Agrippa Lānātus* nel 503 a. C., quando – secondo quanto riferito da *Tito Livio (Ab Urbe Condita Libri, II, 32)* – Agrippa convinse i plebei, ritirati per protesta sul Monte Sacro e/o sull'Aventino (le versioni storiche divergono), a rientrare in città ricorrendo alla notissima metafora dello stomaco (*id est: il patriziato*) e delle mani (*id est: la plebe*) per sottolineare l'unità della società romana. La nobile ascendenza della tesi, però, sembra più apparente che reale, in quanto Agrippa, a ben vedere, più che applicare al corpo sociale una metafora organica, sembra piuttosto connettere una metafora sociale all'organismo: gli organi di un organismo, infatti, non possono smettere *volontariamente* di funzionare in difesa di un loro interesse particolare contrapposto all'interesse generale dell'organismo (od a quello specifico di altri organi di quello stesso organismo).

[108] Cfr. nuovamente S. FODERARO, *Organo (teoria dell')*, voce cit., 215.

[109] Cfr. G. MARONGIU, *Organo e ufficio*, voce in *Enc. giur.*, Roma, 1990, I ss. (*ad vocem*), spec. 1. *Amplius infra* cap. IV, § 3.

[110] Così, molto chiaramente, S. FODERARO, *Organo delle persone giuridiche pubbliche*, voce in *Nss. Dig. it.*, XII, Torino, 1968, 216 ss., spec. 220 ss. Precipuamente sulla funzione, come intesa nel presente scritto, v. però *amplius* cap. II, § 14.

[111] Per l'evoluzione, e per l'attuale configurazione giuridico-positiva, del concetto, v. nuovamente G. MARONGIU, *Organo e ufficio*, voce cit., spec. 3-4.

[112] *Ibidem*, 4-6.

[113] M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., spec. 41 ss. L'introduzione, peraltro, del parametro *quantitativo* per definire la fattispecie del decentramento ingenera una complicazione nella sistemazione della figura in discorso; segnatamente, mentre esiste – secondo concetto – un solo tipo di *accentramento* (si pensi, per rimanere in ambito interno, alla funzione legislativa statale ex art. 70 Cost.), esistono almeno due *gradi* di *decentramento*, quello *burocratico* (o decentramento d'uffici ex art. 5 Cost., come nel caso degli Uffici territoriali del Governo, UTG) e quello *istituzionale* (si pensi, di nuovo, alla funzione legislativa, stavolta *complessivamente intesa*, ripartita tra Stato e Regioni, ex combinato disposto di cui agli artt. 117, 70 e 121, 2° comma, Cost.). Tale seconda tipologia di decentramento, peraltro, viene generalmente chiamata *autonomia*, al fine di evitare confusioni col decentramento propriamente detto, come del resto sembra implicare lo stesso art. 5 Cost., che distingue nettamente i due concetti nel momento in cui stabilisce che «La Repubblica [...] adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'*autonomia* e del *decentramento*» (corsivi aggiunti). Per un primo approfondimento teorico su tali nozioni, si possono vedere: C. ESPOSITO, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in IDEM, *La costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 67 e ss.; M.S. GIANNINI, *Autonomia (Teoria generale e Diritto Pubblico)*, voce in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 356 ss.; A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, voce in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 30 ss.; S. DE FINA, *Autonomia*, voce in *Enc. giur.*, Roma, 1988, I e ss. (*ad vocem*); F.A. ROVERSI MONACO, *Decentramento amministrativo*, voce in *Enc. giur.*, Roma, 1988, I ss. (*ad vocem*); E. DE MARCO, *Il principio del decentramento: dal regionalismo al federalismo*, in A. VIGNUDELLI (cura), *Lezioni magistrali di Diritto costituzionale*, Modena, 2011, 139 e ss.

[114] Segnatamente, nel cap. III, § 3.

[115] Alla luce delle limitate finalità delle presenti note introduttive, non è invece necessario recepire l'ulteriore classificazione delle formule organizzative globali basata sul diverso grado di accentramento o decentramento delle potestà decisionali tale per cui vi sarebbero organizzazioni: *a) monocentriche*, nelle quali tutte le attività decisionali sono, in ultima analisi, direttamente od indirettamente riconducibili ad una sola persona giuridica pubblica, generalmente quella statale; e *b) policentriche (o pluraliste)*, in cui, al contrario, le attività, e le relative potestà decisionali, fanno capo ad un numero più o meno elevato di soggetti. Su tale sub-classificazione, si possono comunque leggere le considerazioni di A. PIZZORUSSO, *Organizzazione, II. Organizzazione dei pubblici poteri*, voce cit., spec. 157 e ss., in forza del loro respiro più ampio rispetto alla generalità delle trattazioni *in subiecta materia*.

[116] Cfr. in argomento F.G. SCOCA, *La Pubblica amministrazione come organizzazione*, in R. MAZZAROLLI- G. PERICU- A. ROMANO- F. A. ROVERSI MONACO- F. G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*2, I, cit., 439 ss.; segnatamente, un'organizzazione è in generale uniforme o difforme a seconda della varietà tipologica delle strutture che la compongono; l'organizzazione amministrativa italiana, come del resto quella di tutti i maggiori Paesi dell'Europa continentale, è transitata dall'iniziale *uniformità*, basata sulla generalizzata adozione del c.d. modello per ministeri, all'odierna *difformità*, in cui ai ministeri si affiancano altre strutture, quali, per quanto qui interessa, le *autorità amministrative indipendenti*. (IDEM, *I modelli organizzativi*, *ivi*, 541 ss., spec. 575 ss.). Per altro verso, un'organizzazione è di tipo *burocratico* se chiamata ad operare nel rigoroso rispetto di forme procedurali, anche a scapito dell'efficienza della sua azione (si pensi all'attività giurisdizionale), mentre integrerà uno schema d'azione *aziendale* qualora divenga preminente, nel suo agire, il raggiungimento di un obiettivo (fatto riscontrabile tipicamente nel caso dell'attività amministrativa di carattere *economico*, come è sovente nel caso delle *authorities*). Su tali aspetti organizzativi v. comunque *amplius* cap. II, § 2 e §§ 5 e ss., per dei riferimenti più puntuali alla situazione interna.

[117] La linea di tendenza è acutamente colta, in una prospettiva generale che coinvolge tutti i pubblici poteri, soprattutto da F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3303 ss. e da R. CARANTA, *Processi economici e modelli evolutivi delle pubbliche amministrazioni nazionali e comunitaria*, in F. GABRIELE (cura), *Il governo dell'economia tra 'crisi dello Stato' e 'crisi del mercato'*, Bari, 2005, 149 ss. *Amplius*, v. comunque cap. II, spec. § 7, in fine.

[118] Cfr. spec. F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in R. MAZZAROLLI- G. PERICU- A. ROMANO- F. A. ROVERSI MONACO- F. G. SCOCA, *Diritto Amministrativo*, I, cit., spec. 604 ss.

[119] R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 148 ss.

[120] La relazione gerarchica pura, peraltro, tende viepiù a scomparire, anche in ambito ministeriale, sostituita da relazioni funzionali più deboli. Non solo: essa sembra oggi perdere alcune sue caratteristiche attribuzioni, quali ad esempio il potere d'avocazione, creando versioni "depotenziate" che la dottrina definisce sovente gerarchia *impropria* (cfr. M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*2, cit., 45).

[121] F. G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, cit., 610.

[122] *Amplius*, cap. IV, § 5.

[123] R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 154.

[124] Recenti elaborazioni aggiungono alle due figure tradizionali del controllo di legittimità (il primo) e di merito (il secondo) un terzo tipo di controllo, c.d. di gestione, finalizzato a valutare il rapporto tra economicità ed efficienza dell'attività svolta rispetto all'obiettivo prefissato ed al risultato effettivamente raggiunto (F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, cit., 612 ss.), ma esso sembra più un andamento particolare del controllo di merito che una figura a sé stante.

[125] Esistono per la verità molti criteri discretivi per subclassificare le fattispecie di controllo, come ad es. il *tempus*, in base al quale si distinguono spesso i controlli *preventivi* da quelli *successivi*: quelli giurisdizionali sono in genere controlli successivi, ma non mancano controlli preventivi fatti da giudici (si pensi al controllo che la Corte dei conti effettua sui regolamenti governativi e ministeriali ex art. 17, comma 4, legge 23 agosto 1988, n. 400: cfr. nuovamente F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 613).

[126] Spec. nel cap. II, §§ 5-8.

[127] Il fatto è particolarmente evidente nel caso dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato: *infra* cap. II, § 7.2.

[128] L'argomento verrà approfondito soprattutto nel cap. IV.

[129] Tale difficoltà, peraltro, è solo apparente, come tenderemo di dimostrare nel cap. III.

[130] La non necessaria simmetria tra apparato e funzione di regolazione: § 1.

[131] *Retro* § 2.

[132] *Retro* § 3.

[133] *Retro* § 4.