

Il problema della fiducia nelle istituzioni rappresentative

di Marco Macchia*

16 maggio 2022

Sommario: 1. Prologo. – 2. Il mandato parlamentare, la fiducia negli eletti e l'instabilità politica. – 3. Le leggi provvedimento e l'affidabilità del legislatore. – 4. Epilogo.

1. Prologo

Il diritto pubblico attuale è attraversato da una polarizzazione che rende il dibattito incandescente tra due terminali: la crisi della democrazia e l'avvento del populismo sovranista. Quanto alla prima, sembra assistersi da tempo a tendenze che portano i cittadini a porre in dubbio valori democratici finora promossi a gran voce verso un modello maggiormente plebiscitario e decisionale nel breve periodo. Quanto al populismo, non c'è dubbio che le recenti evoluzioni politiche nel continente europeo, il dibattito sullo Stato di diritto, la Brexit e la guerra tra Russia e Ucraina mettono in luce l'emergere di una nuova classe politica connotata da azioni radicali su temi complessi come la giustizia o l'immigrazione, nonché lo scontro fra concezione "politica" e concezione "giuridica" del costituzionalismo intrecciato con i guasti della polarizzazione. Quantomeno si può affermare che questi eventi hanno funzionato da detonatori portando allo scoperto tensioni già presenti da molto tempo.

La crisi della democrazia è, innanzitutto, crisi del modello rappresentativo, tanto che è divenuto ormai un luogo comune affermare la decadenza delle istituzioni elettive. Crisi della democrazia e populismo sono tra loro strettamente legati e circolari, al punto che di detta decadenza è ritenuta responsabile la parallela diffusione delle istanze populistiche. Eppure, poco più di un decennio fa il Trattato di Lisbona ribadiva a chiare lettere, con l'art. 10 TUE, che «il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa». Si tratta di una previsione fondamentale di indirizzo per la costruzione

* Associato di Diritto amministrativo, Università Tor Vergata di Roma.

del processo democratico europeo, ma merita di essere concretizzata spostandosi dal piano dei principi al piano dell'effettività.

Nel concreto è evidente come questa tematica possa essere affrontata sotto diverse angolazioni oppure – come dire – con diversi arnesi o metodologie di studio. Per prima cosa con la cassetta degli attrezzi del politologo che tende a mostrare, negli studi di matrice antidemocratica, i fallimenti della democrazia rappresentativa allorquando «la maggior parte dell'elettorato è affetto da *bias* cognitivi che lo portano a deviare sistematicamente da scelte razionali: basti pensare ai costi del terrorismo per gli Stati Uniti (3.500 persone morte negli ultimi 50 anni e 30 miliardi di dollari), comparati a quelli della guerra al terrorismo (8 mila morti, senza calcolare i circa 100-200 mila civili innocenti stranieri e una spesa oscillante tra 3 e 4 trilioni di dollari)»¹. Ne discende, secondo Jason Brennan², che tali inconvenienti dovrebbero indurre a proporre di distribuire il potere politico in proporzione alla conoscenza o competenza. Da qui l'opzione per una differente soluzione, come l'epistocrazia, ossia il governo di coloro che conoscono, dei competenti, che dovrebbe condurrebbe a migliori decisioni, più giustizia, più prosperità.

Non si tratta di un orientamento particolarmente innovativo. Basti pensare che John Stuart Mill, nel 1861, ha scritto nelle *Considerazioni sul governo rappresentativo* che «nulla è più auspicabile dell'ammissione di tutti ad avere parte attiva al potere sovrano dello stato. Ma poiché in una comunità che ecceda le dimensioni del piccolo centro urbano è impossibile che tutti partecipino in prima persona se non in misura assai ridotta all'attività pubblica, ne consegue che il modello ideale del governo perfetto deve essere rappresentativo»³. Tuttavia, gli uomini e le donne delle classi lavoratrici non sembrano pronti, né sufficientemente istruiti per l'esercizio della democrazia. Contestualmente va temuta la tirannia di una maggioranza mal informata e affetta da pregiudizi. Per questa ragione, «la direzione effettiva della cosa pubblica deve essere affidata ad un élite non eletta un piccolo numero di uomini eminenti; sperimentati, preparati da una educazione e da una esperienza particolare, personalmente responsabili di fronte alla nazione»⁴.

L'esame di questi problemi può essere fronteggiato, inoltre, con gli attrezzi del costituzionalista allo scopo di offrire riflessioni sull'evoluzione dei partiti – che sono stati fino a pochi anni fa un baluardo rispetto alle evoluzioni della democrazia rappresentativa, nata come forma epistocratica e tale rimasta fino al periodo del suffragio parziale – e dei rapporti politici, sul ruolo assunto dalle leggi elettorali, sui rapporti tra sovranismo e spinte federaliste di matrice europea, sulle relazioni tra la

¹ S. CASSESE, *Prefazione*, in J. BRENNAN, *Contro la democrazia*, Roma, Luiss University Press, 2018, 11.

² *Contro la democrazia*, cit., 2018.

³ J.S. MILL, *Considerazioni sul governo rappresentativo* (1861), a cura di P. Crespi, Milano, Bompiani, 1946, 68.

⁴ J.S. MILL, *Considerazioni sul governo rappresentativo*, cit., 100, citato altresì da P. GINSBORG, *La democrazia che non c'è*, Torino, Einaudi, 2006, 9.

popolazione e l'*élite*. Ampliando lo spettro d'indagine, sono altresì utilissimi gli approfondimenti sulla innovazione digitale e la tecnologia rispetto all'attività parlamentare diretti a dare contenuto al concetto di *e-democracy*, intesa come una modalità di espansione e rafforzamento dei confini della democrazia rappresentativa. Si pensi alla risoluzione del Parlamento europeo del 16 marzo 2017 in cui viene affermata la necessaria capacità della democrazia di conformarsi ai cambiamenti e alle opportunità offerte dalla tecnologia per favorire lo sviluppo della democrazia digitale.

Oppure ancora, la crisi delle istituzioni democratiche può essere indagata ricorrendo alla cassetta degli attrezzi dell'amministrativista, che tra le sue corde ha il pregio di aver ben presente due essenziali punti di avvio della discussione. Il primo è il riconoscimento che i poteri pubblici non sono tutti egualmente democratici, perché non tutto il potere è affidato a istituzioni democratico-elettive. Esso è ripartito ed in larga misura messo nelle mani di competenti, quali sono i funzionari amministrativi e i giudici. D'altronde, una delle caratteristiche dello Stato costituzionale di diritto è proprio il controllo giurisdizionale dei poteri elettivi. Ed è innegabile la natura *counter-majoritarian* del *judicial review* di marca costituzionale. Il secondo punto di avvio sta nella constatazione che la democrazia è un valore di sintesi per cui occorre prestare attenzione al pluralismo, alle modalità di distribuzione dell'esercizio della sovranità e del potere tra organismi diversi dello Stato, ai meccanismi di trasparenza e di *accountability*, nonché agli ampi spazi nei quali operano organismi i cui meccanismi di selezione sono meritocratici, organismi che possono giungere a controllare l'attività delle istituzioni elettive.

Non si intende in questa sede minimamente offrire una sistematizzazione organica di questo vasto tema, bensì si vorrebbe solo fornire qualche spunto per alimentare il campo della discussione, procedendo alla mappatura di alcuni problemi, che conduca ad un'impostazione utile per rivolgere questi ultimi verso possibili conclusioni⁵. Si intende, insomma, offrire un "microscopio" per esaminare nei fatti, muovendo da singoli frammenti, il funzionamento della democrazia rappresentativa e i meccanismi da cui è governata, il che rischia di condurre verso una significativa ridefinizione della portata e dei limiti delle garanzie costituzionali di autonomia e indipendenza delle istituzioni elettive.

Il punto di partenza va collocato nel declino della collocazione del Parlamento quale punto di raccordo e di snodo, nonché centro dei mutamenti di forme della democrazia parlamentare distillate in una mappa di relazioni con gli altri poteri dello Stato⁶. Nel nostro ordinamento, difatti, «l'assemblea svolge la sua funzione istituzionale di equilibrio. In ogni "Stato parlamentare" è essenziale questa funzione

⁵ Per un approfondimento di questi temi si rinvia a M. MACCHIA, *Amministrare la democrazia. Parlamento ed equilibrio dei poteri ai tempi delle crisi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021.

⁶ M.S. GIANNINI, *Lo Stato democratico repubblicano* (1946), in ID., *Per uno Stato democratico-repubblicano*, Roma, Ed. di storia e letteratura, 2016, 16. Sul recente ruolo parlamentare, M. LUCIANI, *Il Parlamento degli anni Novanta*, in *Storia d'Italia*, Annali 17 Il Parlamento, a cura di L. VIOLANTE, Torino, Einaudi, 2001, 419 ss.

dell'assemblea: l'equilibrio dell'ordinamento non è infatti permanente, fatto di belle statue, ma dinamico, come il corpo sociale che l'ha originariamente costituito»⁷.

2. Il mandato parlamentare, la fiducia negli eletti e l'instabilità politica

La mitologia della formazione della legge attraverso la libera discussione e il libero convincimento dei parlamentari non solo non aiuta la piena comprensione della realtà storica, ma contiene in sé una prospettiva deformante. Negli ordinamenti moderni non vi è rappresentanza in senso proprio: il "mandato" è indeterminabile e i mandanti sono in numero elevato, con il voto non si può ingiungere o suggerire agli eletti, né si può poi accertare che questi facciano quello che hanno promesso agli elettori, l'eletto è raramente conosciuto dal votante, né il votato conosce i votanti, il rappresentante non agisce in nome e per conto del rappresentato, né imputa ad esso gli effetti della propria azione, perché l'eletto è autonomo rispetto ai votanti»⁸.

Come si mette in relazione la funzione intestata al parlamentare con il voto del cittadino elettore che lo ha designato a quella carica? Può essere «privatizzata» la rappresentanza politica al punto da riconoscere che il parlamentare può disporre del suo *status* e acconsentire di sottostare a sanzioni in caso di inottemperanza alle indicazioni ricevute? Può essere accettato, per evitare il pericolo del trasformismo, che venga «contrattualizzato» l'indirizzo politico in modo che il titolare dell'ufficio parlamentare si autoregolamenti aderendo volontariamente e condividendo tale orientamento, arrivando a funzionalizzare la propria libertà di mandato politico?

Finora la risposta a tali interrogativi è stata prevalentemente negativa. Tradizionalmente lo *status* parlamentare non corrisponde ad una situazione giuridica soggettiva dei membri delle Camere di cui questi ultimi possono disporre liberamente. Al contrario, le prerogative, di cui lo *status* è parte, servono a proteggere la funzione del Parlamento a cui si assolve in quanto componenti dell'organo, nonché la sua indipendenza rispetto agli altri organi dello Stato. E l'art. 67 Cost., stabilendo con stile asciutto che «ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato», sancisce chiaramente che il rapporto dei parlamentari con gli elettori è totalmente diverso dalla rappresentanza di diritto privato, giacché il primo consiste in una investitura che non dà vita ad alcuna relazione stabile tra rappresentante e rappresentato, mentre nella rappresentanza privatistica «fra rappresentato e rappresentante intercorre un rapporto fiduciario, in virtù del quale il

⁷ A. MANZELLA, *Elogio dell'assemblea, tuttavia*, Modena, Mucchi, 2020, 33.

⁸ S. CASSESE, *Il popolo e i suoi rappresentanti*, Roma, Ed. di storia e letteratura, 2016, 6-7. Sulla funzione rappresentativa dell'istituzione parlamentare, A. BARBERA, *I parlamenti*, Roma-Bari, Laterza, 1999, 66; A. MASTROPAOLO, L. VERZICHELLI, *Il parlamento. Le Assemblee legislative contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 2006, 22.

primo può revocare il secondo in caso di inosservanza delle istruzioni o del mandato a trattare un certo affare»⁹.

La rappresentanza politica riflette un collegamento tra gruppi ed enti esponenziali dei gruppi che esula dalla sfera privatistica. In sostanza, tale tipologia di rappresentanza integra «una struttura organizzativa» in cui «il gruppo, organizzato in corpo eligente, conferisce taluni uffici dell'ente esponenziale mediante elezione» e «il rappresentante non imputa né effetti né fattispecie ai rappresentati»¹⁰.

Fermo ciò, il tema del tradimento del mandato appare di stringente attualità nella relazione tra elettore ed eletto, data la difficoltà a volte di correlare la funzione intestata al parlamentare con il voto elettorale, ove si intenda contrastare la crescente recessione della democrazia rappresentativa.

L'accentuazione della frammentazione politica, anche all'interno di aree omogenee, e la sussistenza di tre o più poli non sono altro che circostanze volte ad incentivare i «cambi di casacca» e i passaggi da uno schieramento ad un altro. Il che dà potere ai singoli parlamentari di negoziare, contrattare, far cadere o salvare i governi. L'instabilità politica, unita all'assenza di vincolo di mandato, assegna ai parlamentari la facoltà di decidere o quantomeno di mutare le sorti dei governi. Permette di negoziare e autorizza i parlamentari ad invadere il campo amministrativo e governativo, fuoriuscendo dal sentiero della legislazione.

Le tendenze trasformistiche sono possibili perché la Carta costituzionale garantisce la piena indipendenza dei membri del Parlamento da istruzioni, visioni politiche o in genere qualunque influenza esterna. Secondo l'art. 67 tutti i parlamentari rappresentano la Nazione ed esercitano le funzioni senza vincolo di mandato. Due sono gli enunciati normativi di questa disposizione. Il principio della rappresentanza nazionale e il cosiddetto divieto di mandato imperativo. La regola che ne scaturisce è di chiara impronta liberale. I deputati non sono portatori di interessi settoriali, ma rappresentano la nazione intera e gli interessi generali. Il mandato imperativo prende

⁹ C. PINELLI, *Diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 2018, 209. Nota N.W. BARBER, *The Principles of Constitutionalism*, Oxford, 2018, 159, che «three groups of reasons – the superior decision-making capacity of representatives, the need for compromise, and the potential for genuine shifts in belief as a result of deliberation – entail that the decisions of representatives will not always track the wishes of their constituents, and will, sometimes, require a departure from their manifesto promises. Tying representatives in these ways would entail that they would sometimes be required to make decisions they knew to be suboptimal; they would have the chance to make a better decision, but would be compelled to pass up that chance because of the constraint».

¹⁰ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, 279. Come sottolineato da L. CIAURRO e D. NOCILLA, *Rappresentanza politica*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, *ad vocem*, «"Politica" potrebbe essere la rappresentanza solo ed esclusivamente perché non giuridica, oppure perché la sostituzione del rappresentato con il rappresentante attiene al compimento di attività cosiddetta politica. Ed ancora: la rappresentanza sembrerebbe potersi designare «politica», in quanto il rappresentante, nel vasto campo degli interessi facenti capo al rappresentato, sarebbe chiamato a curare quelli cosiddetti politici – salvo poi a dover specificare cosa debba intendersi per "interessi politici" – oppure per il fatto che l'ambito, in cui dovrebbe svolgersi l'attività del rappresentante, è assolutamente indeterminabile a priori, o, da ultimo, perché generici sono i fini cui è diretta l'attività rappresentativa».

forma così in mandato rappresentativo¹¹. I due enunciati normativi sono corollari del medesimo teorema, con il quale si accoglie all'interno dell'ordinamento la concezione liberale dell'assenza del vincolo di mandato.

Non è casuale il binomio costituito dal richiamo alla nazione e dall'assenza di vincolo di mandato¹². Entrambi questi elementi si riscontrano, infatti, nella concezione elaborata da Montesquieu, a parere del quale agli eletti deve essere lasciata «libertà di determinazione nella condotta degli affari dello stato, senza alcun vincolo con gli elettori, nell'opinione che altrimenti sarebbe stata turbata la visione obiettiva degli interessi generali quali si appuntavano solo nella nazione»¹³. I parlamentari devono determinarsi in modo autonomo e operare politicamente all'interno della medesima entità collettiva nazionale, accomunati da valori, ideali, legami e tradizioni comuni.

Eppure nel sistema odierno è evidente che i parlamentari vantano un duplice legame: da una parte, con il partito a cui appartengono, da un'altra, con il corpo elettorale che li ha eletti. I partiti, in quanto organi intermedi, sono uno strumento per garantire un dialogo fra gli eletti e i cittadini, sono un canale della democrazia, pur contando altresì rispetto a tale obiettivo la partecipazione dei cittadini, l'organizzazione interna dei partiti stessi e i sistemi elettorali. Come indicato nell'art. 49 Cost., tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale.

L'osservanza della disciplina di partito limita l'autonomia del singolo, sebbene il membro della Camera sia libero di sottrarsi a tale disciplina, pena anche l'espulsione dal partito che ha contribuito a designarlo, senza alcun pregiudizio effettivo per i suoi poteri. In altre parole, l'esercizio del mandato parlamentare canalizzato dal partito e l'obbligo di iscrizione al gruppo vengono ad indebolire di fatto la libertà di espressione politica e la portata stessa dell'art. 67 Cost.¹⁴, cionondimeno «tutte le Costituzioni

¹¹ L. COMPAGNA, *Dal mandato imperativo al mandato rappresentativo nella Costituzione francese del 1791*, in *Assemblee di Stati e istituzioni rappresentative nella storia del pensiero politico moderno (secoli XV-XX)*, Rimini, Maggioli, 1983, 421 ss. Sulla genesi e l'evoluzione del concetto di rappresentanza, quale architrave dei moderni sistemi democratici, H. HOFMANN, *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento* (1974), Milano, 2007. Sulla relazione tra rappresentanza politica e libertà di mandato, S. CURRERI, *Democrazia e rappresentanza politica*, I, Firenze, Firenze University Press, 2004, 37 ss.; P.L. ZAMPETTI, *Dallo stato liberale allo Stato dei partiti. La rappresentanza politica*, Milano, Giuffrè, 1994, 89 ss. Sul piano comparato, R. SCARCIGLIA, *Il divieto di mandato imperativo. Contributo a uno studio di diritto comparato*, Padova, CEDAM, 2005, 77 ss.

¹² Sottolinea C. MARTINELLI, *Liberi mandato e rappresentanza nazionale come fondamenti della modernità costituzionale*, in *Federalismi.it*, 13 giugno 2018, come «il rapporto tra libero mandato e rappresentanza nazionale è un insostituibile spartiacque della modernità costituzionale e pertanto risulta evidente come l'eventuale introduzione di limiti costituzionali all'esercizio del libero mandato parlamentare metterebbe in discussione anche il principio della rappresentanza nazionale».

¹³ Si tratta di una citazione tratta da C. MORTATI, commento sub art. 67, in *Le Camere*, II, Commentario della Costituzione, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1986, 180. Sul tema, A. MARONGIU, *Parlamento (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, ad vocem.

¹⁴ La libertà di espressione va annoverata, per giunta, tra i valori costituzionali comuni agli ordinamenti europei, il che produce un effetto: «the common constitutional traditions have the "virtue of transforming" or "Europeanizing" the different national concepts of the meaning of fundamental rights»,

contemporanee hanno conservato questo principio proprio perché coesistente alle dinamiche costituzionali e perché la sua negazione comporterebbe il ritorno a forme di rappresentanza premoderna di matrice feudale»¹⁵.

Per questa ragione, si potrebbe affermare che il precetto costituzionale non sia volto a tutelare l'espressione della libertà del parlamentare e la sua indipendenza, ma serva solo ad evitare che quest'ultima possa essere costretta eccessivamente, dal momento che ci sono all'opposto regimi politici in cui sono consentiti interventi di revoca dei membri dell'assemblea prima della fine del mandato. L'art. 67 rappresenterebbe, insomma, un argine all'approvazione di una modifica costituzionale di tale tenore, nel presupposto che è compito di un ordinamento liberale tutelare la sovranità del parlamento e non tollerare interventi volti a comprimere eccessivamente l'operato del medesimo.

In altre parole, l'art. 67 Cost. viene in soccorso nel momento-limite in cui il partito intenda trasformarsi in *dominus* del mandato del parlamentare, perché il principio di rappresentanza non può subire distorsioni eccessive e irragionevoli¹⁶. Il partito o i suoi *leader* non possono decidere alcun tipo di decadenza, poiché ciò rappresenterebbe una violazione particolarmente grave del principio democratico all'interno del partito.

È evidente, tuttavia, come si registri una tensione tra opposte tendenze di cui è difficile trovare una sintesi. Per un verso, l'endemica attitudine italiana a ricorrere al trasformismo per supportare la tenuta di una squadra di governo, che rompe il patto con gli elettori e viene inesorabilmente a mutare il quadro politico. Il mutamento di casacca contraddice lo scopo del congegno elettorale che tende a riflettere la distribuzione delle forze politiche nel Paese.

Per un altro, la previsione di principi e norme che evitino la creazione di un legame indissolubile tra eletto e partito, per scongiurare un modello padronale in cui quest'ultimo possa disporre a piacimento del mandato parlamentare fino ad arrivare alla decadenza. Un pericolo di questo tenore è accentuato altresì dall'assenza di meccanismi democratici all'interno dei partiti, dal loro mancato riconoscimento costituzionale, e dal difetto di strumenti di controllo volti ad assicurare garanzie sostanziali e procedurali agli iscritti.

Come smorzare la tendenza al trasformismo pur conservando integro il principio liberale dell'autonomia del mandato parlamentare? Nel nostro ordinamento le soluzioni possono essere inquadrare in due differenti tipologie: i correttivi di tipo contrattuale e quelli di stampo istituzionale. Con i primi si fa riferimento a contratti in grado di auto-vincolare lo spazio decisionale del parlamentare. Con i secondi l'attenzione si sposta

così in S. CASSESE, *The «Constitutional Traditions Common to the Member States» of the European Union*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 939 ss.

¹⁵ C. MARTINELLI, *Libero mandato e rappresentanza nazionale come fondamenti della modernità costituzionale*, cit.

¹⁶ Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1.

sul ruolo istituzionale dei gruppi all'interno dell'assemblea parlamentare e sulla disciplina ad essi riservata dai regolamenti.

Il correttivo di carattere privatistico funziona chiedendo ai parlamentari di aderire ad un accordo contrattuale relativo allo svolgimento del mandato, nel quale tra le altre cose viene ad essere sanzionato l'eventuale tradimento del mandato elettorale. In particolare, con la richiesta di ingresso nel gruppo si accondiscende alle regole contenute nello statuto del gruppo stesso, in base alle quali possono essere previste sanzioni in caso di inadempimento alle funzioni del parlamentare o multe nelle ipotesi di cambio volontario di gruppo o di espulsione.

Sebbene i gruppi svolgano una funzione pubblica, operino all'interno delle Camere, siano chiamati a sottostare ai regolamenti parlamentari ovvero a contribuire al funzionamento dell'Ufficio e del Consiglio di Presidenza, ciò non ne muta la natura giuridica e non implica la natura pubblicistica di tali associazioni. I gruppi non fanno parte delle Camere «in virtù di un rapporto di immedesimazione organica, perché non curano gli interessi dell'istituzione, ma curano i propri (che possono essere anche in conflitto con quelli delle Assemblee); non possono cioè essere considerati organi delle Camere, se non con significato atecnico»¹⁷.

In questo quadro, l'adesione allo statuto del gruppo ha natura privatistica, eppure condiziona i principi che governano lo *status* di parlamentare, imponendo ai singoli regole che incidono sullo svolgimento della funzione intestata con il voto del cittadino elettore. Chi scrive ritiene che un tal approdo non sia costituzionalmente appropriato, proprio perché non può essere «privatizzata» la rappresentanza politica. Il parlamentare non dispone del suo *status* e non è legittimato ad accettare di sottostare a sanzioni in caso di inottemperanza alle indicazioni ricevute. Ciascun membro eletto è in grado di esercitare la propria funzione unicamente ove sia pienamente garantito nell'esercizio dei diritti di libertà individuali (parola, critica, segretezza della comunicazione personale, riunione, associazione ecc.).

Proprio il divieto di mandato imperativo impedisce di imporre vincoli in capo al singolo parlamentare, per effetto di determinazioni assunte dalla propria forza politica di appartenenza, così come nega cittadinanza all'automatica decadenza dalla carica per il parlamentare che per differenti visioni con la formazione politica di appartenenza abbandoni il proprio gruppo. Quali associazioni, i gruppi possono decidere le regole che fissano i motivi di allontanamento di un proprio associato, il che consente in caso a quest'ultimo di adire di conseguenza il giudice civile, ma senza che ciò possa dare

¹⁷ P. MARSOCCI, *Lo status dei parlamentari osservato con la lente della disciplina interna dei gruppi. Gli argini (necessari) a difesa dell'art. 67*, in *Federalismi.it*, 13 giugno 2018, in cui si chiarisce che «la presenza dei controlli sull'uso del finanziamento erogato dalle Camere non basta a farli considerare neanche enti pubblici. In quanto associazioni, si applica il codice civile (artt. 36, 37 e 38). Il fatto che siano attori fondamentali del diritto parlamentare e sottoposti ai Regolamenti parlamentari e soggetti agli organi chiamati ad applicarli (in particolare l'Ufficio o il Consiglio di Presidenza), non ne muta la natura giuridica».

luogo ad alcuna conseguenza giuridica sullo *status* di eletto¹⁸. E il giudice civile potrebbe dichiarare la nullità di norme statutarie difformi valorizzando il «metodo democratico (inteso come precetto di democrazia interna ai partiti)», che è «in grado di approntare una tutela effettiva agli iscritti e di consolidarsi su indirizzi interpretativi costanti e coerenti, almeno davanti a violazioni particolarmente gravi del principio democratico all'interno del partito»; d'altra parte, «le disposizioni del codice non sono pensate per realtà come i partiti politici. Già nel 1948 Calamandrei rilevava che, in materia di partiti e sindacati, il ricorso ai “vecchi schemi” del codice civile risulta “una f[i]nzione giuridica che più non corrisponde alla realtà sociale”»¹⁹.

Così come in base alla disciplina costituzionale ciascun componente delle Camere è libero di richiedere l'adesione ad un gruppo già costituito, allo stesso modo lo stesso è ugualmente libero di uscirne senza che ne possano discendere obblighi rispetto al mandato parlamentare ovvero oneri economici vincolanti, come il versamento di contributi o la restituzione di somme di denaro a qualunque titolo percepite, ciò affinché sia garantita armonia tra i principi costituzionali e l'espletamento delle funzioni parlamentari²⁰. Il che giuridicamente rende inesigibile il credito in questo modo vantato.

In questo quadro, il divieto di mandato imperativo garantendo l'espletamento libero e autonomo della funzione parlamentare opera come limite alla previsione di sanzioni in capo al parlamentare per inosservanza alle direttive del gruppo. Limite che a sua volta è anche motivo di nullità civilistica dei contratti tra privati ove vi siano clausole inerenti sanzioni pecuniarie in caso di conflitto con il gruppo o con il partito ovvero addirittura imposizioni di «dimissioni in bianco»²¹.

¹⁸ Secondo l'insegnamento di L. PALADIN, *Il problema della rappresentanza nello Stato fascista*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, I, Padova, CEDAM, 1972, 853 ss.

¹⁹ E. CATERINA, *Le espulsioni dal Movimento 5 stelle davanti al giudice civile*, in *Quad. cost.*, 2016, 796.

²⁰ All'opposto il *recall* di matrice anglosassone è un «istituto in vigore in diversi Stati membri degli USA, per cui mediante votazione popolare si possono rimuovere dal loro ufficio, prima dello spirare del termine per il quale sono state elette, persone investite di cariche statali o locali e talvolta anche magistrati. In genere, perché si addivenga alla votazione popolare, è necessaria la presentazione di una petizione da parte di un certo numero di elettori» (così in *Enc. Treccani on line*). Sull'esperienza negli Stati Uniti di questo istituto e sul rapporto di lealtà e fedeltà dei deputati nei riguardi degli elettori, si v. D.G. BIANCHI, *Un istituto di democrazia diretta. Recall: la revoca degli eletti senza mandato imperativo*, in *Limiti e sfide della rappresentanza politica*, a cura di D.G. Bianchi, F. Raniolo, Milano, Franco Angeli, 2017, 82 ss.; e anche V.D. AMAR, *Adventures in Direct Democracy: The Top Ten Constitutional Lessons from the California Recall Experience*, in *92 California Law Review* (2004), 927.

²¹ Secondo Cass., sez. I, 4 settembre 2004, n. 17907, «la norma dettata dall'art. 24 cod. civ., nel condizionare l'esclusione dell'associato all'esistenza di gravi motivi, e nel prevedere, in caso di contestazione, il controllo dell'autorità giudiziaria, implica per il giudice, davanti al quale sia proposta l'impugnazione della deliberazione di esclusione, il potere non solo di accertare che l'esclusione sia stata deliberata nel rispetto delle regole procedurali al riguardo stabilite dalla legge o dall'atto costitutivo dell'ente, ma anche di verificarne la legittimità sostanziale, e quindi di stabilire se sussistono le condizioni legali e statutarie in presenza delle quali un siffatto provvedimento può essere legittimamente adottato. In particolare, la gravità dei motivi, che possono giustificare l'esclusione di un associato, è un concetto relativo, la cui valutazione non può prescindere dal modo in cui gli associati medesimi lo hanno inteso nella loro autonomia associativa; di tal che, ove l'atto costitutivo dell'associazione contenga già

Se i correttivi di tipo contrattuale non appaiono, dunque, legittimi in base al quadro costituzionale, discorso diverso deve essere fatto per la tecnica di carattere istituzionale, la quale sembra efficace nel contrastare il trasformismo, pur tutelando il libero dispiegarsi della volontà politica del singolo parlamentare, razionalizzando il rapporto tra membro della Camera e gruppo di appartenenza²².

Per impedire la frammentazione e la proliferazione, il regolamento parlamentare del Senato stabilisce che possano formare un gruppo parlamentare solo l'insieme di senatori corrispondenti alle coalizioni e ai partiti effettivamente votati dagli elettori, con sanzioni per i «trasformisti»²³. Sono eliminati i gruppi autorizzati. È impedito formare nuovi gruppi in corso di legislatura, purché non siano l'esito della fusione di gruppi già costituiti. In particolare, chi esce dal gruppo in cui era iscritto perde l'incarico di presidente e membro dell'ufficio di presidenza delle commissioni, ovvero vicepresidente o segretario d'aula, ciò nel presupposto di essere stati eletti a tali cariche non *intuitu personae*, ma perché appartenenti a quel gruppo che hanno deciso poi di abbandonare.

La nuova disciplina dei gruppi (incisivamente rimodellata al Senato) è un esempio di razionalizzazione della libertà di mandato dei singoli parlamentari, anche se, accanto ai pur rilevanti collegamenti di tipo organizzativo, permane uno iato tra attribuzioni dei gruppi e dei parlamentari. Il che dimostra come, mentre l'autonomia politica, normativa e amministrativa dei gruppi quali strumenti della meccanica parlamentare possa essere circoscritta, lo stesso non valga per le soluzioni che arginano il libero dispiegarsi della volontà politica del singolo parlamentare. Le prerogative costituzionali del gruppo sono diverse e di minore peso rispetto a quelle che spettano individualmente al membro del Parlamento. E ciò spiega come mai il regolamento del Senato, un correttivo di stampo istituzionale, sia legittimo costituzionalmente in quanto si rivolge al gruppo, mentre parallelamente non lo siano i vincoli privatistici i quali

una ben specifica descrizione dei motivi ritenuti così gravi da provocare l'esclusione dell'associato, la verifica giudiziale è destinata ad arrestarsi al mero accertamento della puntuale ricorrenza o meno, nel caso di specie, di quei fatti che l'atto costitutivo contempla come causa di esclusione; quando, invece, nessuna indicazione specifica sia contenuta nel medesimo atto costitutivo, o quando si sia in presenza di formule generali ed elastiche, destinate ad essere riempite di volta in volta di contenuto in relazione a ciascun singolo caso, o comunque in qualsiasi altra situazione nella quale la prefigurata causa di esclusione implichi un giudizio di gravità di singoli atti o comportamenti, da operarsi necessariamente *post factum*, il vaglio giurisdizionale si estende necessariamente anche a quest'ultimo aspetto (giacché, altrimenti, si svuoterebbe di senso la suindicata disposizione dell'art. 24 cod. civ.) e si esprime attraverso una valutazione di proporzionalità tra le conseguenze del comportamento addebitato all'associato e l'entità della lesione da lui arrecata agli altrui interessi, da un lato, e la radicalità del provvedimento espulsivo, che definitivamente elide l'interesse del singolo a permanere nell'associazione, dall'altro».

²² Come precisa S. CURRERI, *I gruppi parlamentari nella XIII legislatura*, in *Rass. parl.*, 1999, 318, per limitare il transfughismo parlamentare è necessario formalizzare l'obbligatoria corrispondenza tra gruppi parlamentari e partiti presentatisi alle elezioni politiche. Al riguardo, E. VOLPI, *Il trasformismo? Si ferma con i regolamenti parlamentari*, *Lavoce.info*, 12 giugno 2018.

²³ Si v. art. 14, co. 4 e 5, art. 15, co. 3, Regolamento Senato.

pretendono di incidere direttamente (fino ad annullarle) su le prerogative dei componenti dell'assemblea²⁴.

La necessità di correttivi istituzionali che razionalizzano e bilanciano la libertà di mandato dimostra che i parlamentari sono ritenuti dal sistema pubblico "inaffidabili", perché tendenti al transfughismo e a scelte che possono condurre all'instabilità politica. È la situazione di dubbio sull'affidabilità dell'eletto che dà luogo a limiti sull'espletamento autonomo della funzione parlamentare. Occorrono, insomma, strumenti per proteggere la democrazia rappresentativa – che arrivino finanche a mettere in discussione la piena autonomia nello svolgimento del mandato parlamentare o a configurare a monte una "prognosi di inaffidabilità" – e per impedirne l'insuccesso. Ma non è un'ipotesi isolata, per cui vale la pena di affrontare ancora lo stesso tema, ma da un'angolazione totalmente diversa: le leggi provvedimento.

3. Le leggi provvedimento e l'affidabilità del legislatore

«Se la legge può fare tutto, il legislatore ha ceduto alla tentazione di tutti i tiranni: ha deciso di governare, pretendendo di risolvere problemi specifici con provvedimenti concreti»²⁵. Alla legge spetta conferire e disciplinare l'esercizio di un potere, senza esercitarlo direttamente. Vi sono, però, casi in cui la norma è essa stessa strumento di esercizio del potere, in quanto, pur sotto la veste di legge formale, presenta un contenuto provvedimentale: da qui la denominazione di legge-provvedimento. I casi possono essere diversi: con legge è possibile attribuire la personalità giuridica ad un ente ben determinato, pianificare sul territorio regionale le strutture sanitarie, concedere un beneficio economico, approvare un piano economico finanziario. È chiaro che, in questi casi, la legge non è generale e astratta, come in linea teorica dovrebbe sempre essere, ma è attuativa e concreta e i destinatari sono predeterminati o predeterminabili.

Il tema della legge-provvedimento è intrinsecamente condizionato da una tensione tra la tendenza all'onnipotenza del legislatore – che scaturisce dall'impostazione ideologica della sovranità popolare che risiede in modo indiretto nella assemblea rappresentativa – e l'effettività dei diritti riconosciuti ai singoli. In altre parole, ampliando il fuoco dell'indagine, vi è in nuce uno scontro tra la sovranità politica e i valori di garanzia propri dello Stato di diritto²⁶. Chi considera legittima la

²⁴ Sulla tutela davanti alla Corte costituzionale con lo strumento del conflitto di attribuzioni delle prerogative costituzionali del singolo parlamentare, si v. Corte cost., ord. 8 febbraio 2019, n. 17.

²⁵ Così in F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, il Mulino, 2007, 20.

²⁶ Sulla distinzione tra sovranità politica e sovranità giuridica, A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, New York, 1962, tr. it. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2003. Come evidenzia, L.R. PERFETTI, *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1021 ss., la legge-provvedimento è espressione della volontà della maggioranza politica in cooperazione tra Parlamento e Governo; «con la legge-provvedimento, il gruppo di potere che esprime la maggioranza parlamentare sottrae alle garanzie della giurisdizione una decisione per sua natura amministrativa. Da un punto di vista materiale, si tratta di un provvedimento

legge-provvedimento, tende a sottolineare gli immutabili caratteri del valore della legge. Chi, al contrario, la ritiene non pienamente ammissibile, pone in evidenza i valori garantistici che discendono dalla divisione dei poteri.

Tra questi due estremi la Corte costituzionale – orientandosi in quest'area di scambio fra i “rami alti” e i “rami bassi” dell'ordinamento pubblicistico – ha cercato, nel tempo, un punto di mediazione non sposando appieno né l'uno né l'altro orientamento. Direttamente proporzionale è la relazione tra il carattere amministrativo della norma e il sindacato di legittimità costituzionale: maggiore è il primo, più rigoroso è il secondo. non sussiste in Costituzione un divieto di adozione di leggi a contenuto particolare e concreto, per cui non è preclusa né alla legge ordinaria né alla legge regionale la possibilità di attrarre nella propria sfera di disciplina oggetti o materie normalmente affidati all'autorità amministrativa. Nondimeno l'ammissibilità di queste leggi è soggetta a *limiti specifici*. In particolare, è in contrasto con l'art. 3 della Costituzione una legge, a contenuto particolare e concreto, da cui non risultino i criteri ai quali sono ispirate le scelte e le relative modalità di attuazione della decisione pubblica, che sia idonea per questa ragione a violare l'eguaglianza tra i cittadini. Se così non fosse, il ricorso a detto tipo di provvedimento si risolverebbe in via sostanziale in una modalità operativa atta ad aggirare i principi di eguaglianza e di imparzialità. Più di recente è stato messo in luce che le leggi-provvedimento non sono incompatibili, in sé e per sé, con l'assetto dei poteri in essa stabilito²⁷; esse devono però soggiacere ad un rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale²⁸. La loro legittimità costituzionale deve essere “valutata in relazione al loro specifico contenuto”²⁹, “essenzialmente sotto i profili della non arbitrarietà e della non irragionevolezza della scelta del legislatore”³⁰.

Il giudice delle leggi, per un verso, ha ritenuto non configurabile, in base alla Costituzione, la c.d. riserva di amministrazione³¹; per l'altro, ha trasferito le garanzie

amministrativo, che dovrebbe avere l'efficacia giuridica propria di questa categoria di atti e poter essere sottoposto al sindacato del giudice e, se illegittimo, annullato. Da un punto di vista formale, però, la sua approvazione con forza-di-legge lo sottrae a quelle garanzie».

²⁷ Corte cost., sentenze n. 181 del 2019 e n. 85 del 2013.

²⁸ Corte cost., sentenze n. 182 del 2017, n. 85 del 2013 e n. 20 del 2012.

²⁹ Corte cost., sentenze n. 275 del 2013, n. 154 del 2013 e n. 270 del 2010.

³⁰ Corte cost., sentenze n. 288 del 2008, n. 181 del 2019.

³¹ Sul punto, M. DOGLIANI, *Riserva di amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 675 ss.; anche C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1967, 209, secondo il quale la ragione che conduce ad escludere l'esistenza di una riserva a favore dell'amministrazione sta nella «impossibilità di distinguere concettualmente in modo sufficientemente preciso la funzione amministrativa da quella legislativa così che è impossibile determinare dove finisce l'ambito della legislazione e dove cominciano l'ambito dell'amministrazione». Come nota R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Roma-Bari, Laterza, 2014, 44, la peculiarità del potere discrezionale dell'amministrazione, per la sua essenza stessa, rinvia in ogni caso ad una quota di “riserva”: «l'antagonismo concettuale fra potere vincolato e potere discrezionale presenta una indubbia valenza tecnica [...] ma non ci rappresenta in modo adeguato il dato irrefutabile che l'amministrazione è un Potere e che è proprio e tipico di ogni Potere il fatto di possedere una quota di libertà – e dunque di autonomia – in qualche misura “riservata”».

Si consideri, viceversa, che la giurisprudenza del Consiglio di Stato tende a confermare invece l'esistenza di una riserva di amministrazione. Come si può leggere in Cons. Stato, ad. plen., 25 febbraio 2015 n. 5,

giurisdizionali dal piano decentrato della giurisdizione amministrativa di legittimità al livello accentrato del giudice delle leggi, equiparandone gli effetti e il grado di tutela.

Nel tentativo di individuare tale punto di mediazione è evidente come il giudice costituzionale abbia incrementato i vincoli prodromici all'ammissibilità delle leggi provvedimento, i quali necessariamente operano a discapito dell'autorità della legge, perseguendo un coerente percorso, proprio di tutti gli Stati moderni, diretto alla limitazione della sovranità del Parlamento.

I profili di criticità che solleva questa fattispecie sono facilmente evidenziabili. Nel momento in cui una legge presenta un contenuto tipico di un provvedimento amministrativo, si realizzano due ordini di lesioni alle garanzie a tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei privati destinatari dell'attività così posta in essere. La prima è di carattere procedimentale, poiché il privato non può prendere parte al farsi della decisione, come avrebbe potuto fare se fosse stata rispettata la regola del procedimento. La seconda, invece, sta in una forte attenuazione della tutela giurisdizionale, in quanto la legge a differenza dell'atto amministrativo non può essere sindacata entro il termine di decadenza dinanzi al giudice amministrativo, ma ne può essere solo eccepita l'illegittimità costituzionale, una volta che sia stata incardinata la controversia in un giudizio principale (senza alcuna garanzia, peraltro, che la questione di legittimità costituzionale sia effettivamente sollevata dal giudice della controversia).

È chiaro inoltre che quando si adotta una legge, in luogo di un provvedimento, ci si appropria di una sfera riservata all'amministrazione: a rigore, trattandosi di un caso in cui il potere legislativo invade la sfera di un altro potere dello Stato, si potrebbe configurare un eccesso di potere legislativo e, dunque, un vizio di legittimità dell'atto normativo, qualora si desumesse dalla Carta costituzionale tale sfera di riserva³². Non

è possibile registrare un tentativo di dedurre da alcune norme del codice del processo amministrativo una qualche forma di codificazione del principio di riserva di amministrazione (in particolare rispetto alla giurisdizione), ove si afferma che «l'art. 34, co. 2, è espressione del principio costituzionale fondamentale di separazione dei poteri (e di riserva di amministrazione) che, storicamente, nel disegno costituzionale, hanno giustificato e consolidato il sistema della giustizia amministrativa [...]. Tale principio fondamentale è declinato nel codice del processo amministrativo in svariate disposizioni che si ricompongono armonicamente a sistema: d) divieto assoluto del sindacato giurisdizionale sugli atti politici (art. 7, co. 1); e) divieto del giudice di sostituirsi agli apprezzamenti discrezionali amministrativi e tecnici dell'amministrazione ancorché marginali (art. 30, co. 3); f) tassatività ed eccezionalità dei casi di giurisdizione di merito (art. 134). Pertanto, in tutte le situazioni di incompetenza, carenza di proposta o parere obbligatorio, si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché il giudice non può fare altro che rilevare, se assodato, il relativo vizio e assorbire tutte le altre censure, non potendo dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo *munus*». Si tratta di una regola ampiamente condivisa, basti citare Cons. Stato, sez. V, 9 febbraio 2017, n. 868; Id., sez. IV, 3 novembre 2016, n. 5031; Id., sez. IV, 17 marzo 2016, n. 4095; Id., sez. IV, 19 gennaio 2016, n. 888.

³² Come efficacemente sottolineava M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, 3 e 170, «la supremazia della legge non può significare totale annullamento dell'indipendenza d'azione del potere esecutivo», perciò se ne può dedurre che «nel nostro ordinamento costituzionale, l'apparato esecutivo possiede un potere generale di direzione politico-amministrativa: il potere gli è attribuito direttamente dalla Costituzione, ed è territorio di "riserva" dei suoi organi, nel senso che è difeso da ogni ingerenza del parlamento, la quale non si esprima attraverso

a caso, il giudice delle leggi, pur non muovendo dalla riserva di amministrazione, ha affermato che, quando la legge provvedimento interviene in una materia amministrativa – data la complessità delle scelte e il numero degli interessi in gioco –, la «valorizzazione delle modalità dell'azione amministrativa e dei suoi pregi non può evidentemente rimanere confinata nella sfera dei dati di fatto, ma deve poter emergere a livello giuridico-formale, quale limite intrinseco alla scelta legislativa, pur senza mettere in discussione il tema della “riserva di amministrazione” nel nostro ordinamento. In effetti, se la materia, per la stessa conformazione che il legislatore le ha dato, si presenta con caratteristiche tali da enfatizzare il rispetto di regole che trovano la loro naturale applicazione nel procedimento amministrativo, ciò deve essere tenuto in conto nel vagliare sotto il profilo della ragionevolezza la successiva scelta legislativa, pur tipicamente discrezionale, di un intervento normativo diretto»³³. Senza contare poi «che la legificazione del provvedimento comporta anche l'inevitabile perdita della naturale elasticità dell'azione amministrativa, che trova nel potere di autotutela una fisiologica risposta alle necessità di riesame del provvedimento»³⁴.

Ne discende che quando la legge interviene in luogo dell'amministrazione e in sostituzione di una sede procedimentale diretta a valutare gli interessi pubblici meritevoli di tutela a confronto con gli interessi privati (consentendo la loro emersione, la pubblicità e la trasparenza, nonché l'imparzialità della scelta), la legge-provvedimento è irragionevole e dunque incostituzionale, altrimenti anche il vaglio giurisdizionale e la tutela delle situazioni soggettive ne sarebbe incisa. Se «in linea di principio la tutela giudiziaria non viene meno per il trasferimento del contenzioso alla giurisdizione costituzionale», è anche vero che non può non considerarsi che rispetto a materie tipicamente amministrative «vengano in rilievo mancanze, quali il difetto di partecipazione degli interessati, che non si potrebbero addebitare all'atto legislativo, in quanto fisiologicamente estranee al relativo procedimento»³⁵.

Ricorrere alle leggi-provvedimento svuota inoltre di contenuto il principio di legalità, in quanto si inverte il rapporto ordinario tra norma e atto. La norma non è più indirizzo e limite dell'atto, ma si fa essa stessa momento concreto di gestione

i consueti canali del sistema parlamentare e non rimanga nei limiti consentiti dal gioco interno a questo sistema».

³³ Corte cost., 23 giugno 2020, n. 116.

³⁴ Corte cost., n. 116/2020.

³⁵ Pertanto, secondo Corte cost. n. 116/2020, «la qualificazione da parte del legislatore di una materia come tipicamente amministrativa ha una sua inevitabile proiezione anche sulla fase successiva al varo della disciplina, poiché è destinata a produrre un contenzioso altrettanto specifico, centrato sul rispetto delle regole proprie del procedimento amministrativo e sulle relative mancanze. Questo contenzioso a sua volta costituisce il naturale oggetto del vaglio del giudice amministrativo, al quale è riconosciuta la possibilità “di spingersi “oltre” la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento (l'art. 64 del codice del processo amministrativo contiene una traccia, sia pure incompiuta, degli oneri di contestazione, di allegazione, di prova necessari ad ordinare in forma sequenziale un giudizio esteso al rapporto), in quanto al giudice compete l'accertamento del fatto senza essere vincolato a quanto rappresentato nel provvedimento (Consiglio di Stato, sentenza 25 febbraio 2019, n. 1321)».

amministrativa. Sotto questo profilo, la «legge singolare» non può che presentarsi in contrasto con uno dei canoni fondamentali dello Stato di diritto.

L'obbligo di rispetto della sequenza procedimentale vale insomma anche per il legislatore, affinché si evitino disparità di trattamento tra i destinatari del precetto legislativo. Ne consegue che, affinché la legge-provvedimento sia costituzionalmente legittima, essa dovrà *imitare* il procedimento prodromico alla adozione dell'atto amministrativo interessato. Dal testo della norma o dai lavori preparatori della legge regionale deve emergere la *ratio* giustificatrice della decisione pubblica, da cui risulti in modo chiaro che il legislatore si è preoccupato di osservare «criteri, obiettivi e trasparenti».

Il giudice delle leggi adotta qui un criterio di carattere sostanziale che assomiglia molto a quello generalmente impiegato dalla Corte di giustizia europea, sindacando non l'atto ma le modalità di esercizio del potere legislativo³⁶. L'oggetto del giudizio è la norma e non il contenitore formale che la veicola³⁷. In questo modo, si consente l'applicazione dell'istituto legislativo differenziandolo a seconda del contenuto della regola impugnata, giacché altrimenti l'esercizio della funzione amministrativa tramite legge implicherebbe solo l'elusione delle procedure e delle regole tipiche dell'esercizio di quella funzione.

Ciò, inoltre, è perfettamente in linea con il modello sovranazionale, che equipara e considera allo stesso modo gli atti di normazione e gli atti di amministrazione – per cui sono entrambi assoggettati a principi fondamentali comuni, come l'obbligo di motivazione preceduto da un'esposizione delle scelte di *policy* e dei motivi in senso stretto che hanno indotto ad effettuare determinate scelte – salvo piccoli scostamenti, dovuti alla nuova tipologia di legge europea, contenuta nel Trattato di Lisbona. Più che tra normazione e amministrazione, tale modo di ragionare porta a distinguere tra atti generali e atti particolari, a prescindere dal tipo di fonte che viene nel concreto impiegata.

L'amministrazione per legge rimane un'anomalia all'interno dell'ordinamento. Siamo soliti considerare, infatti, l'amministrazione come un potere autoritativo, per difendersi dal quale servono garanzie, e il legislatore come un potere democratico, al quale poter concedere libertà nei mezzi e nei fini. Invece, dalla fattispecie esaminata sembra che i ruoli si siano invertiti e che le garanzie create per il primo siano oggi utili, alla stessa maniera, per il secondo. La legge che amministra non è imparziale e per questa ragione occorre recuperare i limiti tradizionali all'esercizio del potere.

Altrimenti il rischio è che il legislatore, nella decisione pubblica ovvero nella scelta di soggetti beneficiari di una determinata prestazione, possa subire il

³⁶ Sul ruolo della Corte di giustizia, si v. S. CASSESE, *La Costituzione europea: elogio della precarietà*, in *Quad. cost.*, 2002, 469 ss.; M. POIARES MADURO, *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 1998; G.F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2004; M.P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 813 ss.

³⁷ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, V ed., Milano, Giuffrè, 2008, 279.

condizionamento di interessi di parte, di gruppi di pressione, delle *élite* al potere. La norma-provvedimento si presta ad una possibile commistione tra politica e amministrazione ed è particolarmente frequente per questo motivo, laddove vi sia prossimità tra l'attività politica di indirizzo e l'attività di gestione e non è difficile esercitare un potere di pressione sull'assemblea finalizzato ad adottare una determinata decisione³⁸. Si tratta di un regolatore che può essere facilmente catturato.

Si registra per un verso la netta perdita di potere del ramo legislativo a favore del potere governativo, tramite dinamiche come la deregolazione, la privatizzazione e la "commercializzazione" di funzioni pubbliche, per l'altro, si denuncia che quando il potere esecutivo (o il suo omologo) si appropria della forma legislativa, per perseguire i suoi obiettivi, viene a perdersi il tessuto democratico che fa da sfondo alla decisione pubblica³⁹. È evidente come l'atto amministrativo sembri presentare un maggior grado di democraticità di quello politico, assunto nella sede legislativa. Se il secondo può essere ostaggio dei gruppi di pressione, la partecipazione tipica del primo non solo promuove la risoluzione dei conflitti, ma compone i differenti interessi per un migliore e più equo soddisfacimento delle esigenze pubbliche⁴⁰. Pur essendovi il rischio che prevalgano nel procedimento gli interessi forti, il modello procedimentale, a differenza di quello legislativo, consente al privato di difendersi e cooperare alla decisione.

Occorre, dunque, scongiurare tali pericoli e tradurre in concreto il principio di separazione tra politica e amministrazione, mediante il rispetto dei diritti partecipativi. Secondo la Consulta, «l'antidoto per i veleni del governo del legislatore»⁴¹ non è vietare le leggi a carattere provvedimentale in radice, ma sottoporle ad un vincolo procedimentale, inesistente per l'attività legislativa, ma necessario per garantire la trasparenza dell'azione pubblica – in particolare, allorquando sono attribuiti vantaggi e benefici economici – nonché il rispetto dei principi di eguaglianza, di ragionevolezza, di imparzialità e buon andamento⁴².

³⁸ Per una ricognizione delle leggi approvate dalle istituzioni regionali, si v. L. RONCHETTI, *La legge regionale alla luce del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, in *Giur. cost.*, 2009, 485 ss.

³⁹ S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Milano, 2008, 516.

⁴⁰ Sul contributo della partecipazione alla democrazia del procedimento, S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche: saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 10; A. LUCARELLI, *La partecipazione al procedimento amministrativo tra democrazia e disordine sociale*, in *Pol. dir.*, 2003, 129 ss.

⁴¹ Qui si riprende la citazione di F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., 24.

⁴² Sul sindacato di ragionevolezza delle leggi-provvedimento, si v. Cons. Stato, sez. VI, ord. 9 febbraio 2021, n. 604, ove si valuta la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art 1, co. 18-quater del d.l. n. 126/2010 e si precisa che «l'assetto normativo è violativo dell'art. 3 Cost. ed in particolare dei principi di ragionevolezza che deve assistere ogni legge provvedimento (nella specie giustificata ove ammette gli specializzandi ma non ove limita tale ammissione con un troppo rigido sbarramento temporale che non ha alcuna sua autonoma giustificazione a fronte della adozione delle diverse soluzioni divise innanzi) e del principio di uguaglianza (ove discrimina fra soggetti che sono in situazioni del tutto similari tranne che per il profilo temporale) nonché degli artt. 2, 32 e 34 Cost. ossia dei diritti fondamentali alla salute ed all'istruzione (ove restringe irragionevolmente la platea dei partecipanti alla selezione con possibile compromissione di tali valori evidentemente rilevanti nello svolgimento dell'insegnamento di sostegno a persone con disabilità) ed in

In sintesi, la Corte costituzionale ha maturato, nel tempo, un idoneo punto di mediazione per porre rimedio all'inaffidabilità del legislatore. Per un verso, in base alla Costituzione ha ritenuto non configurabile la c.d. riserva di amministrazione. Per l'altro, ha trasferito le garanzie giurisdizionali, dal piano decentrato della giurisdizione amministrativa di legittimità, al livello accentrato del giudice delle leggi, equiparandone gli effetti e il grado di tutela. Tuttavia permangono alcune anomalie direttamente riconducibili alla sostituzione del provvedimento con la legge. Innanzitutto, sono condizionate le sorti della decisione, perché occorrerà sempre un'altra legge per far venir meno la previsione che si è disposta. In secondo luogo, il mancato rispetto della sequenza procedimentale, tipica dei provvedimenti amministrativi, elimina alla radice i diritti di partecipazione e nega al cittadino la possibilità di condizionare l'esito dell'esercizio della pubblica funzione. In terzo luogo, sotto il profilo delle garanzie, che l'ordinamento pone a disposizione dei cittadini, risulta privato di effettività il principio di legalità.

4. Epilogo

Nel Regno Unito è frequente si assista ad una rappresentazione "coreografica" dell'assetto istituzionale dei pubblici poteri. Ciò avviene anche per la regola della sovranità parlamentare: ogni anno la sessione inizia con una cerimonia, chiamata *State Opening of Parliament*, che si tiene nell'aula dei Lord, durante la quale il sovrano traccia con un discorso le linee dell'agenda legislativa proposta dal governo in carica, di fronte ai membri delle due Camere. In quell'occasione, il *Gentleman Usher of the Black Rod* – un ufficiale della *House of Lords* – è responsabile della convocazione dei membri della Camera dei Comuni. A lui spetta il compito di convocare i deputati e, tradizionalmente, appena arriva all'aula dei Comuni, le porte della stessa gli vengono "chiuse in faccia", a simboleggiare il diritto della Camera bassa a discutere senza interferenze. Il *Gentleman Usher* allora bussa tre volte, con l'apposito scettro (*Black Rod*). Ammesso all'aula, annuncia ai deputati che sono attesi dal sovrano e questi si avviano verso la Camera dei Lord per assistere al discorso reale.

Si tratta chiaramente di una procedura rituale che simboleggia l'indipendenza del Parlamento dal potere esecutivo, raffigurato dal sovrano, ed esprime altresì fino a che punto il principio della onnipotenza del legislatore – quasi al punto di sottolineare che

ultimo degli artt. 97 Cost. (perché, pur in assenza di una attività riservata all'amministrazione, compromette con disposizioni di eccessivo dettaglio gli stessi interessi che la disposizione si propone di tutelare restringendo senza motivo la platea dei soggetti ammessi al concorso straordinario per soluzioni distoniche rispetto a quelle che – in assenza della norma – l'amministrazione avrebbe potuto tranquillamente adottare nella sua ordinaria attività di indizione dei concorsi) e 113 Cost. perché – legificando i bandi – sottrae senza motivazione alcuna alla tutela giurisdizionale le posizioni degli istanti lasciando al giudice amministrativo – per assicurare tutela – solo ed esclusivamente la strada della rimessione della norma al giudice delle leggi».

il Parlamento è *legibus solutus* – sia radicato nella cultura giuridica inglese. La dottrina della *parliamentary sovereignty*, infatti, è uno dei pilastri del diritto costituzionale, cristallizzata dalle parole di A.V. Dicey: «the principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, nemely, that Parliament [defined as the Queen, the House of Lords, and the House of Commons, acting togheter] has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law as having a right to override or set aside the legislation of Parliament»⁴³.

Sotto questo profilo, è chiaro il tentativo di proteggere il processo decisionale parlamentare da intrusioni esterne, salvaguardando la sostanza del potere legislativo. Allo stesso modo, sono difese la divisione dei poteri e le prerogative del Parlamento rispetto alle influenze derivanti dal potere giudiziale e amministrativo.

L'autonomia (o, addirittura, la sovranità) delle istituzioni rappresentative presuppone, però, l'affidamento della società in queste ultime. La questione della reputazione è intimamente connessa al tema della fiducia, dato che la reputazione individuale contribuisce a decidere se fidarsi o meno di una istituzione e ad attenuare i rischi se la potenziale controparte goda di buona considerazione. La reputazione identifica ciò che una comunità pensa di un certo soggetto, secondo un giudizio basato sulle sue azioni passate in un contesto dato, nel presupposto che queste siano indicatori affidabili dei comportamenti futuri, così da consentire ai membri di una data comunità di decidere in che modo relazionarsi al soggetto in questione.

Sia il divieto di mandato imperativo che la produzione di limiti alle leggi provvedimento mostrano come l'obiettivo sia proteggere l'autonomia delle istituzioni rappresentative, evitando che quest'ultima sfoci in arbitrio. Non si tratta di preservare una sfera assoluta di libertà, sul modello inglese, ma di conciliare l'autonomia e l'equilibrio dei poteri. Muovendo dalla considerazione che i Parlamenti sono ritenuti "inaffidabili", perché soliti a scelte ad alto tasso di discrezionalità, per cui con correttivi di stampo istituzionale e con interventi della Corte costituzionale si pone rimedio a questa carenza di buona reputazione. Le regole mirano proprio a limitare gli interventi discrezionali e a sottrarre l'equilibrio economico alla scelta del Parlamento e del governo. Lo stesso congegno si presenta con il *Fiscal compact* – un patto addizionale

⁴³ A.V. DICEY, *The Law of the Constitution* (1885), cit., 39 ss. Sul suo ruolo nel sistema amministrativo inglese, S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, I, Milano, Giuffrè, 2003, 26 ss. Occorre, inoltre, sottolineare, come chiarisce G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, Bologna, il Mulino, 1995, 16, che storicamente «il principio della supremazia del Parlamento si oppone al principio della supremazia della Corona, e ciò che veramente significava – quando venne affermato – è che il Re non aveva potere fuori del Parlamento, che le sue prerogative potevano essere esercitate soltanto secondo la formula del *King in Parliament*, del Re in Parlamento. E se le cose stanno così, allora è Bagehot che esagera quando asserisce che «una nuova Camera dei Comuni può dispoticamente decidere». In verità, l'asserito dispotismo (potenziale) del Parlamento inglese risiede soprattutto nel fatto che una costituzione non scritta (non raccolta in un unico testo omogeneo) è per ciò stesso una costituzione altamente flessibile».

inteso a rinsaldare la disciplina di bilancio con l'obiettivo di ridurre il rapporto tra debito pubblico e prodotto interno lordo – che incide sulle scelte di bilancio statali in aggiunta e fatti salvi gli obblighi già derivanti dal diritto dell'Unione europea. Lo scopo è raggiungere un obiettivo macroeconomico attraverso delle *regole* sul versante sostanziale, e il *controllo* delle autorità indipendenti su quello procedurale, a cui affidare la supervisione delle decisioni di bilancio⁴⁴.

Vista sotto questo punto di vista, emerge in parte l'insuccesso della democrazia rappresentativa che non pare essere riuscita nell'ambizioso obiettivo di costruire istituzioni idonee a porre in essere in modo efficace i presupposti di un buongoverno. Sembra sfumare la vocazione parlamentare a rappresentare il luogo del pluralismo sociale e istituzionale, sede naturale degli indirizzi in grado di orientare i pubblici poteri⁴⁵. Prevale l'immediatezza dell'azione sulla mediazione maturata nel procedimento parlamentare. Non sembrano mai (purtroppo) pienamente superati i tempi della vita parlamentare «ridotta ad una realtà di intrighi e di interessi personali, ad un groviglio di fili che, dietro la duplice finzione della sovranità popolare e della rappresentanza politica, fanno capo ad una minoranza di maneggioni ambiziosi, di null'altro preoccupati che di rimanere al potere»⁴⁶.

Sotto un certo punto di vista questo passaggio sembra assumere i contorni della "postdemocrazia". Ne sono una spia le forme di degenerazione della democrazia, in cui «sopravvivono le forme democratiche, comprese quelle legate allo stato di diritto, ma l'elettorato rimane passivo e si astiene da qualunque fastidioso attivismo», nonché l'affermazione del populismo, «cioè un modo di affrontare la questione politica e quella istituzionale che si risolve nella perdita di valore dei corpi intermedi, nella contrapposizione tra popolo ed élite, nella sostanziale delegittimazione delle istituzioni rappresentative, nell'insofferenza per le istituzioni di garanzia, nella sfiducia nei

⁴⁴ Sul punto sia consentito rinviare a M. MACCHIA, *Amministrare la democrazia. Parlamento ed equilibrio dei poteri ai tempi delle crisi*, cit., 157 ss.

⁴⁵ Sull'importanza del "contrappeso parlamentare" nel sistema costituzionale e sulla tendenza italiana a concepire un parlamento "di parte" che si trasforma in una propaggine del governo anche per il suo essere privo di uno status costituzionale per l'opposizione, A. MANZELLA, *Sul parlamento*, in *Lo Stato*, 2014, 65 ss. Come scrive L. VIOLANTE, *Il futuro dei Parlamenti*, in *Storia d'Italia*, Annali 17 Il Parlamento, a cura di L. VIOLANTE, Torino, Einaudi, 2001, XXXIV, il Parlamento è «l'unico luogo istituzionale in cui tutti gli italiani, assolutamente tutti, sono stati rappresentati», ed «è stato volta per volta, setaccio, impastatrice, campo di battaglia e luogo di conciliazione. Molte volte uno scontro in Parlamento ha evitato uno scontro nel Paese».

⁴⁶ Così in G. SOLA, *Introduzione*, in G. Mosca, *Scritti politici*, Torino, UTET, 1982, 9-10. Sul tema generale della crisi dei parlamenti, G. PASQUINO, L. PELIZZO, *Parlamenti democratici*, Bologna, il Mulino, 2006, 15. Sottolinea F. BASSANINI, *Prefazione*, in *Per far funzionare il Parlamento. Quarantaquattro modeste proposte*, a cura di A. Manzella, F. Bassanini, Bologna, il Mulino, 2007, 7, «un'istituzione in crisi di identità, di rappresentatività e di legittimazione (parte della più generale crisi di rappresentanza politica), e anche di funzionalità ed efficacia nell'esercizio dei suoi compiti istituzionali»; «un'istituzione sovente trascurata, nel dibattito sulla riforma e sull'ammodernamento del nostro sistema costituzionale. O trattata quasi di risulta, se non come impedimento al potere di decisione, da concentrarsi nelle mani del Governo e del suo presidente».

processi di formazione delle classi dirigenti, nella riduzione della politica a mera comunicazione»⁴⁷.

Eppure viene da chiedersi come si faccia a leggere l'orologio della democrazia. Quest'ultima è, difatti, una sintesi molto complessa di meccanismi data da una pluralità di elementi diretti a limitare e controllare l'esercizio del potere, propri dello Stato di diritto, ossia i poteri contrapposti, la separazione tra indirizzo e gestione, l'imparzialità dell'amministrazione, le autorità indipendenti, la tecnicità della burocrazia, senza dimenticare i valori democratici incorporati nell'Unione europea e i tentativi sovranazionali di superare il deficit democratico ricorrendo a nuove forme di *accountability*.

Occorre attenzione, perciò, nel non cadere nella trappola di svilire la democrazia nella mera rappresentanza politica, offuscando la profonda diversità che intercorre fra questi due diversi concetti. La democrazia rappresentativa – quale modello contrapponibile sia alla «democrazia shumpeteriana» in cui i cittadini scelgono le élite a intervalli regolari rimanendo in silenzio tutto il resto del tempo, che alla «democrazia partecipativa» nella quale i cittadini prendono decisioni politiche in ogni periodo⁴⁸ – «è altamente imperfetta, perché fa prevalere la minoranza più forte. Le varie componenti della democrazia devono convivere. La democrazia, a sua volta, è un complesso di regole per decidere, non può essere ridotta a elezioni»⁴⁹.

Se la democrazia rappresentativa è “altamente imperfetta”, allo stesso tempo però è anche un modello insostituibile. Insomma, la democrazia non è una ricetta culinaria, per cui vale il detto che “complicare una ricetta è il modo migliore per mascherare la mancanza di talento di un cuoco”. Sebbene, comunque, le ricette di cucina siano un bene universale estremamente democratico, un tesoro che appartiene a tutti e che come le sette note può essere combinato in migliaia e migliaia di modi e diventare personale, a volte unico.

⁴⁷ Secondo A. PAJNO, *Democrazia e governo della Pandemia*, in *Pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, Bologna, il Mulino, 2021, 31 ss.

⁴⁸ Sul punto, B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo* (1997), Bologna, il Mulino, 2010, 287.

⁴⁹ Così in S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, Mondadori, 2018, 113.