

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE

**DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E
SOVRANAZIONALE**

Curriculum di Diritto Amministrativo

Ciclo XXVIII

Tesi di Dottorato di Ricerca

**PRINCIPIO DI LEGALITÀ E MERCATO AL COSPETTO
DEI POTERI IMPLICITI**

Settore Scientifico Disciplinare IUS /10

DOTTORANDO

**Dott. Pasquale PANTALONE
Matricola R10165**

TUTOR

Chiar.mo Prof. FABRIZIO FRACCHIA

COORDINATORE

Chiar.mo Prof. ERMINIO FERRARI

Anno Accademico 2014/2015

Indice

Premessa...6

I

Le origini e i successivi sviluppi della teoria dei poteri impliciti in una prospettiva comparata.

1. Le origini della teoria dei poteri impliciti...7 - 2. La *Necessary and Proper Clause* nella giurisprudenza della Corte suprema: la “sedimentazione” di un criterio di interpretazione ancora oggi valido...14 - 3. Gli “assi” portanti della *Necessary and Proper Clause* e il suo ambito di applicazione...22 - 4. I poteri impliciti nel quadro europeo...25 - 5. La prevalenza delle esigenze di funzionalità su quelle di garanzia: la teoria dei poteri impliciti al vaglio della Corte di giustizia...30 - 6. La “chiusura” del sistema: la “clausola di flessibilità” e il rapporto con i poteri impliciti...38.

II

La legalità amministrativa e le sue differenti “matrici”.

1. Dalle competenze normative ai poteri amministrativi: la teoria dei poteri impliciti alle prese col principio di legalità...45 - 2. La necessaria “conformità alla legge” dei poteri amministrativi e la “mutevolezza” del significato del principio di legalità nelle sue varie accezioni...47 - 3. La ricerca del fondamento costituzionale del principio di legalità...56 - 4. Una breve digressione: cenni al rapporto tra principio di legalità sostanziale e riserva di legge...61 - 5. Legalità sostanziale e riserva di legge nell’elaborazione giurisprudenziale della Corte costituzionale...65 - 6. «Espropriazione indiretta» e legalità sostanziale: i moniti della Corte europea dei diritti dell’uomo di fronte

alla persistente (im)prevedibilità dell'azione amministrativa...**71** – 7. La (presunta) “crisi” del principio di legalità...**80** – 8. Osservazioni di sintesi...**88**.

III

Il principio di legalità e il difficile “innesto” della teoria dei poteri impliciti nell'esercizio dei poteri amministrativi.

1. Legalità amministrativa e poteri impliciti: delimitazione dell'oggetto di indagine...**93** – 2. Il processo di progressiva tipizzazione dei poteri amministrativi impliciti...**95** – 2.1 Il potere regolamentare...**97** – 2.2. Il potere sanzionatorio: cenni...**100** – 2.3 I poteri di autotutela amministrativa...**101** - 3. Un (primo) tentativo di definizione dei poteri (autoritativi) impliciti nel diritto amministrativo...**106** - 4. Un secondo tentativo definitorio: la distinzione tra poteri impliciti regolamentari e poteri impliciti provvedimentali...**111** - 5. La «nuova legalità» delle Autorità amministrative indipendenti...**113** - 6. Poteri normativi delle *Authorities*, mercato e principio di legalità...**120**.

IV

Poteri impliciti delle *Authorities* e mercato: alcuni esempi paradigmatici.

1. I poteri impliciti dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico nella giurisprudenza amministrativa...**131** - 1.1 Un (primo) limite invalicabile: le misure a effetto ablatorio o sanzionatorio...**141** - 1.2 Un secondo limite: la “regolazione” quale fonte eteronoma del contratto...**145** – 2. L'inammissibilità in capo all'AGCM di un potere implicito regolamentare per la tutela della concorrenza: il caso degli impegni antitrust...**148** - 2.1 Il rischio di un potere implicito di regolazione estraneo alla funzione classica dell'AGCM...**151** - 2.2 La proporzionalità degli impegni...**153** - 2.3 Impegni e funzione amministrativa dell'AGCM: i possibili rimedi al rischio (concreto) di una deriva “regolatoria”...**156** - 3. Il potere implicito regolamentare di AGCOM in materia di tutela del diritto d'autore su internet...**161** – 3.1 Il Regolamento AGCOM al

vaglio del giudice amministrativo: cenni e prospettive...**168** - 4. Il caso emblematico del potere implicito di annullamento delle c.d. “attestazioni SOA”...**170** - 5. Una postilla: i poteri impliciti normativi dell’ANAC nel d.d.l. delega di recepimento delle direttive europee in tema di contratti pubblici...**173**.

Considerazioni conclusive

I. I poteri impliciti delle *Authorities* al cospetto delle “matrici” della legalità amministrativa...**176** - II. Poteri impliciti e...“legalità-indirizzo”...**177** - III. Poteri impliciti e...“legalità-raffrontabilità”...**179** - IV. Poteri impliciti e...“legalità-predeterminabilità”...**180** - V. Poteri impliciti e...“legalità-democrazia”...**180** - VI. Poteri impliciti e...“legalità per principi”...**183** - VII. Un problema ulteriore: cedimento della legalità e crisi...**184** - VIII. (segue) Gli “effetti collaterali” di un uso disinvolto di potestà innominate: cenni...**184** - IX. L’analisi del caso concreto col “filtro” delle “matrici” della legalità amministrativa...**186**.

Bibliografia...188

Premessa

Il presente lavoro di ricerca ha ad oggetto l'analisi del rapporto tra la teoria dei poteri impliciti e il principio di legalità amministrativa.

Il cap. I è dedicato all'esame delle origini e dei successivi sviluppi della teoria dei poteri impliciti, dapprima nell'ambito dell'ordinamento statunitense e, successivamente, in quello dell'Unione europea.

Il cap. II ha ad oggetto l'esame del significato del principio di legalità nel diritto amministrativo.

Il cap. III si occupa, invece, della categoria dei poteri amministrativi impliciti nell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale con specifico riferimento al tema dei mercati, analizzando come quei poteri si “innestino”, appunto, nel contesto peculiare in cui operano le Autorità amministrative indipendenti, nell'ambito del quale il principio di legalità può subire attenuazioni e deroghe.

Infine, il cap. IV è dedicato all'analisi di alcuni tra i casi più significativi in cui le *Authorities* hanno fatto (o si presume abbiano fatto) concreto uso di poteri amministrativi di natura normativa o strettamente provvedimentoale non espressamente e puntualmente attribuiti da una disposizione normativa di rango primario.

CAPITOLO I

Le origini e i successivi sviluppi della teoria dei poteri impliciti in una prospettiva comparata

SOMMARIO 1. *Le origini della teoria dei poteri impliciti.* - 2. *La Necessary and Proper Clause nella giurisprudenza della Corte suprema: la “sedimentazione” di un criterio di interpretazione ancora oggi valido.* 3. *Gli “assi” portanti della Necessary and Proper Clause e il suo ambito di applicazione.* - 4. *I poteri impliciti nel quadro europeo.* – 5. *La prevalenza delle esigenze di funzionalità su quelle di garanzia: la teoria dei poteri impliciti al vaglio della Corte di giustizia.* – 6. *La “chiusura” del sistema: la “clausola di flessibilità” e il rapporto con i poteri impliciti.*

1. Le origini della teoria dei poteri impliciti.

L’oggetto della presente ricerca muove dalle origini della teoria dei poteri impliciti e dalla successiva analisi della sua evoluzione: lo scopo è, infatti, quello di tentare di cogliere, sulla base di un’indagine anche comparata, i tratti salienti della teoria in questione, nonché i limiti entro cui essa è stata utilizzata in ordinamenti diversi dal nostro. Invero, come si vedrà nel prosieguo dello studio, appare possibile intravedere alcune linee direttrici comuni, che potrebbero essere utili all’interprete a comprendere, con maggiore consapevolezza, le ragioni per le quali la teoria dei poteri impliciti ha trovato ingresso anche nell’ordinamento italiano e di come essa abbia, in particolare, “contagiato” l’azione delle Autorità amministrative indipendenti, con tutte le conseguenze di ordine sistematico che ne sono derivate, specialmente in relazione al rispetto del principio di legalità¹.

¹ Si rinvia ai capitoli III e IV per l’esame della teoria dei poteri impliciti nell’ordinamento italiano. Ad ogni modo, l’utilità di siffatte indicazioni è stata messa in rilievo anche da G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 4, 2007, 723 ss.

L'articolo 1, sezione ottava della Costituzione degli Stati Uniti d'America, dopo avere enumerato le singole competenze del Congresso², prevede all'ultimo paragrafo la cd. *Necessary and Proper Clause* (anche nota come *Implied Powers Clause*), in base alla quale l'organo titolare della funzione legislativa «*has the power to make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or any Department or Officer thereof*»³.

Il Congresso degli Stati Uniti può dunque emanare tutte le leggi che si rendano “necessarie” e “appropriate” per l'implementazione dei propri poteri enumerati nell'ottava sezione, nonché di tutti quelli conferiti espressamente dalla Costituzione allo Stato federale⁴ e ad ogni altro ufficio o dipartimento di sua diretta derivazione.

All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione degli Stati Uniti d'America, James Madison scriveva che «*[t]he powers delegated by the proposed Constitution to the federal government are few and defined. Those which are to remain in the State governments are numerous and indefinite*»⁵. Ed invero, come la separazione e l'indipendenza tra i vari poteri dello Stato federale avrebbe costituito un argine alla concentrazione dell'*auctoritas* in capo ad uno solo di questi, così un ragionevole bilanciamento di poteri tra l'Unione e

² In virtù di tale disposizione, il Congresso è titolare di una serie di poteri, tra cui: «*To lay and collect taxes; (...) To regulate commerce with foreign nations, and among the several states, and with the Indian tribes; To establish a uniform rule of naturalization, and uniform laws on the subject of bankruptcies throughout the United States; To coin money, regulate the value thereof, and of foreign coin, and fix the standard of weights and measures; To provide for the punishment of counterfeiting the securities and current coin of the United States; To establish post offices and post roads (...)*», etc. ...

³ Per una ricognizione delle coordinate principali del sistema federale statunitense, v., di recente, M. COMBA, *Gli Stati Uniti d'America*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G. F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2014, 76 ss. V., altresì, J. C. ADAMS, *Il diritto costituzionale americano*, 1965, Firenze, *passim*; P. HAY, R. D., ROTUNDA, *The United States federal system*, Milano, 1982, 27-184; G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Torino, 1998, *passim*; S. M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bologna, 2003, *passim*.

⁴ Per «*Government of the United States*» non deve intendersi esclusivamente il potere esecutivo incarnato dal Presidente, bensì lo Stato federale nel suo complesso (comprensivo, dunque, anche del potere legislativo costituito dal Congresso e del potere giudiziario rappresentato dalle corti federali).

⁵ *The Federalist No. 45*, in C. ROSSITER (a cura di), *The Federalist Papers*, New York, 1961, 292-293.

i singoli Stati membri avrebbe, parimenti, ridotto il rischio di abusi e di tirannia⁶. Tutto ciò senza perdere di vista la pietra angolare del sistema, ossia il popolo sovrano quale originaria fonte del potere dei vari livelli e rami del *government*: «(t)he fundamental principle on which our Constitution is based is that all government derives its existence and authority from the people. Hence it can have no powers but such as the people choose to confer upon it. Its powers are grants made to it by people»⁷.

A conferma di tale impostazione, il decimo emendamento alla Costituzione ratificato il 15 dicembre 1791 stabilisce che «[t]he powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people»: risultava, dunque, chiara la volontà di circoscrivere le attribuzioni di governo del potere centrale solamente a quelle espressamente attribuite dalla Costituzione, anche perché le leggi federali (comprese quelle adottate sulla scorta della *Necessary and Proper Clause*) avrebbero in ogni caso, in base alla *Supremacy Clause*⁸, prevalso su quelle di origine statale con esse contrastanti.

Il rigido riparto dei poteri tra i diversi *branches of government* trovava, tuttavia, una certa attenuazione proprio con la *Necessary and Proper Clause*.

È con riferimento a tale disposizione che si era concentrato l'annoso dibattito tra coloro (i *Federalists*) che facevano derivare la legittimazione dello Stato federale direttamente dal popolo sovrano e coloro (gli *Antifederalists*) che, invece, sostenevano che la nuova Costituzione fosse il frutto di un patto tra i singoli Stati dell'Unione nell'ambito del quale il potere delle istituzioni federali traeva la propria fonte di legittimazione esclusiva dal principio di attribuzione, ossia dalla cessione di quote di sovranità da parte degli Stati contraenti. Mentre

⁶ v., *ex multis*, *Gregory v. Ashcroft*, 501 U.S., 1991, 458; *United States v. Lopez*, 514 U.S., 1995, 549 ss.

⁷ G. T. CURTIS, *Lecture on the Implied Powers of the Constitution delivered by special request to the Law School of Georgetown University in Washington D. C.*, 16 febbraio 1885, Washington, 1885, 1 ss. V. anche S. M. GRIFFIN, *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, cit., 51.

⁸ Art. 6, par. 2 della Costituzione statunitense: «*This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding*».

questi ultimi, in base ad un rigido argomento testuale, avallavano un'interpretazione restrittiva della *Necessary and Proper Clause* (proprio in ragione del fatto che gli spazi di potere non espressamente delegati allo Stato centrale dovevano rimanere sotto il controllo esclusivo degli Stati deleganti), i primi ne avanzavano una più ampia, finalizzata a garantire l'effettività dell'azione dei poteri dello Stato federale⁹.

In effetti, l'intenzione dei padri costituenti (e, in modo particolare, dei *Federalists*) era, da una parte, di rendere in qualche modo più agevole agli istituendi poteri centrali dello Stato federale l'attuazione dei compiti costituzionalmente assegnati attraverso il riconoscimento di poteri impliciti o incidentali, senza però dimenticare i limiti ai quali tali poteri avrebbero dovuto necessariamente essere soggetti¹⁰; dall'altra, essi avevano la consapevolezza del fatto che l'elenco enumerato delle competenze costituzionalmente assegnate ai poteri federali non poteva considerarsi del tutto esaustivo¹¹.

L'attenzione ai limiti della *Necessary and Proper Clause* era, non a caso, enfatizzata dai critici di stampo antifederalista, preoccupati dal rischio di un uso irresponsabile della "clausola", che veniva per l'appunto soprannominata in modo dispregiativo "*Sweeping Clause*", proprio per alludere alla serie indefinita di poteri che il Congresso avrebbe potuto esercitare sulla base di essa¹². Anche la giurisprudenza ha da par suo ammonito, a più riprese, che «*(a)rt. I, § 8, cl. 18 is not delegation of new and independent power, but simply provision for making effective the powers theretofore mentioned*»¹³ e che la *Necessary and Proper Clause* è «*merely a declaration, for the removal of all uncertainty, that*

⁹ Le due tesi passate in rassegna, che richiamano, in sostanza, quelle di Madison, da una parte, e di Hamilton, dall'altra, sono ben sintetizzate in A. I. EL-SHARKAWI, *Personal liberties and effectuating the Necessary & Proper Clause*, in *J. Legal Advoc. & Prac.*, 3, 2001, 117 ss. In argomento, v. A. LEVI, *La teoria hamiltoniana degli "implied powers" della Costituzione*, Roma, Accademia nazionale dei Lincei, 1952, 492 ss. Sul dibattito tra i *Federalists* e gli *Antifederalists* in merito all'ambito applicativo della *Necessary and Proper Clause* si intrattiene, altresì, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, 38 ss.

¹⁰ Così G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, cit., 43.

¹¹ J. MIKHAIL, *The Necessary and Proper Clauses*, in *Geo. L.J.*, 102, 2014, 1121.

¹² Sul punto, v. G. LAWSON, G. P. MILLER, R. G. NETELSON, G. I. SEIDMAN, *Raiders of the Lost Clause. Excavating the Buried Foundations of the Necessary and Proper Clause*, in G. LAWSON, G. P. MILLER, R. G. NETELSON, G. I. SEIDMAN, *The Origins of the Necessary and Proper Clause*, Cambridge, 2010, 1-2.

¹³ *V.*, *ex multis*, *Kansas v. Colorado*, 206 U.S., 1907, 51.

*the means of carrying into execution those (powers) otherwise granted are included in the grant»*¹⁴. Alla luce di ciò, la *Necessary and Proper Clause* non avrebbe potuto, quindi, essere qualificata alla stregua di una norma attributiva di poteri nuovi, ma avrebbe costituito semplicemente uno strumento per rendere “visibili” poteri che erano già implicitamente inclusi nello spettro delle potestà conferite espressamente dalla Costituzione ai poteri centrali dello Stato federale.

Nonostante le pur legittime preoccupazioni di chi vedeva nella *Necessary and Proper Clause* una potenziale minaccia per le prerogative degli Stati e degli individui, non è mancato chi ha suggerito, da un diverso angolo visuale del problema, come, in realtà, la clausola in esame, così come era stata elaborata, assumesse il ruolo di “guardiano testuale” dei principi della separazione dei poteri, del federalismo, nonché dei diritti individuali¹⁵.

In merito alle origini della *Necessary and Proper Clause* aleggia un certo mistero nella dottrina costituzionalistica nordamericana¹⁶, anche se in un recente studio si è dimostrato come i padri costituenti avessero in larga parte utilizzato, per la elaborazione di siffatta clausola, i principi di matrice privatistica dell'*agency law*¹⁷ e della connessa dottrina degli *incidental powers*¹⁸. A conclusioni parzialmente dissimili sono giunti altri autori che hanno, invece,

¹⁴ *Kinsella v. United States ex rel. Singleton*, 361 U.S., 1960, 247 (ove si citano le parole di James Madison); *National Federation of Independent Business et al. v. Sebelius, Secretary of Health and Human Services et al.*, 11-393 U.S., 2011, 28.

¹⁵ Così G. LAWSON, P. GRANGER, *The “Proper” Scope of Federal Power: A Jurisdictional Interpretation of the Sweeping Clause*, in *Duke L.J.*, 43, 1993, 271-272.

¹⁶ Cfr. *ex multis* J. M. LYNCH, *Negotiating the Constitution: the earliest debates over original intent*, Londra, 1999, *passim*. V. altresì R. E. BARNETT, *The original meaning of the Necessary and Proper Clause*, in *J. Const. L.*, 2003, 185, secondo cui «*The Necessary and Proper Clause was added to the Constitution by the Committee on Detail without any previous discussion by the Constitutional Convention. Nor was it the subject of any debate from its initial proposal to the Convention's final adoption of the Constitution*». Di recente, cfr. J. MIKHAIL, *The Necessary and Proper Clauses*, cit., 1045 ss.

¹⁷ In generale, l'*agency*, assimilabile all'istituto civilistico della rappresentanza, esprime un rapporto giuridico nascente dalla legge o da un contratto in cui un soggetto (*principal*) attribuisce ad un altro soggetto (*agent*) il potere di agire nel proprio interesse sulla base di una relazione strettamente fiduciaria.

¹⁸ Cfr. R. G. NETELSON, *The Legal Origins of the Necessary and Proper Clause*, in G. LAWSON, G. P. MILLER, R. G. NETELSON, G. I. SEIDMAN, *The Origins of the Necessary and Proper Clause*, cit., 52 ss.; ID, *The Framing and Adoption of the Necessary and Proper Clause*, in G. LAWSON, G. P. MILLER, R. G. NETELSON, G. I. SEIDMAN, *The Origins of the Necessary and Proper Clause*, cit., 119: «*The Necessary and Proper Clause served to inform the reader that, by the Constitution, the American people had granted Congress implied authority incidental to that granted expressly. The doctrine of principal and incidents was a product of the common law, and was well understood at the American founding*».

individuato il fondamento della *Necessary and Proper Clause* nei principi dell'*administrative law* (tra cui, in particolare, il principio di ragionevolezza) siccome elaborati dalle corti inglesi del diciottesimo secolo per porre degli argini all'esercizio indiscriminato dei pubblici poteri¹⁹.

Una prima e importante applicazione della *Necessary and Proper Clause* risale a una celebre decisione del 1818 della Corte suprema²⁰, che ne ha tratteggiato le principali caratteristiche e individuato i limiti.

La Corte doveva, in particolare, valutare la legittimità costituzionale di una legge dello Stato del Maryland che aveva assoggettato le banche non statali a un regime fiscale estremamente sfavorevole, impedendone di fatto il regolare funzionamento; l'unica banca non statale che era all'epoca presente nel Maryland era la Seconda Banca degli Stati Uniti, istituita con una legge federale del 1816. Quando la filiale di Baltimora della banca federale si oppose al pagamento delle tasse, lo Stato del Maryland citò in giudizio James McCulloch (allora responsabile della filiale), il quale eccepì l'incostituzionalità della legge statale poiché contrastante con la legge istitutiva della banca federale. Nei primi due gradi di giudizio i giudici confermarono la legittimità della legge del Maryland, sul presupposto che ad essere incostituzionale fosse, in realtà, la legge federale, in quanto il potere di istituire una banca federale non rientrava tra le prerogative che la Costituzione espressamente assegnava al Congresso. La questione fu, dunque, sottoposta al vaglio della Corte suprema, che capovolsse il verdetto dichiarando l'incostituzionalità della legge del Maryland, la cui vigenza avrebbe indirettamente ostacolato il regolare esercizio dei poteri dello Stato federale.

Nell'*opinion* resa dal Giudice Marshall, allora presidente della Corte, l'attenzione fu rivolta in modo particolare all'interpretazione della *Necessary and Proper Clause* e ai requisiti che tale clausola richiedeva affinché una legge federale fosse considerata «*necessary and proper*» per l'implementazione dei

¹⁹ G. LAWSON, G. I. SEIDMAN, *Necessity, Propriety, and Reasonableness*, in G. LAWSON, G. P. MILLER, R. G. NETELSON, G. I. SEIDMAN, *The Origins of the Necessary and Proper Clause*, cit., 141, i quali sottolineano come «*The language of the Sweeping Clause is an elegant vehicle for subjecting Congress's implementational legislative powers to the principle of reasonableness. The phrase "necessary and proper for carrying into execution" is an excellent way to describe requirements of impartiality, efficacy, proportionality, and regard for rights*».

²⁰ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S., 1819, 316 ss.

poteri che la Costituzione espressamente attribuiva alle istituzioni federali. Secondo Marshall non era sostenibile la tesi avallata dallo Stato del Maryland secondo cui una legge sarebbe stata “necessaria” solamente quando “essenziale” («*absolutely necessary*»²¹) al raggiungimento del fine individuato dal potere espressamente conferito: una lettura così restrittiva del concetto di “*necessity*” avrebbe privato il Congresso della flessibilità necessaria per conseguire i fini costituzionalmente assegnatigli²². Al contrario, veniva preferita una lettura in senso ampio del termine tale da consentire al Congresso la scelta del “mezzo” più adeguato (che non doveva necessariamente coincidere con quello “assolutamente necessario”) alla realizzazione dello scopo individuato espressamente²³: «*Let the end be legitimate, let it be within the scope of the constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the constitution, are constitutional*»²⁴.

Se il mezzo impiegato fosse stato appropriato e non vietato dalla Costituzione, la misura della sua “necessità” non avrebbe potuto essere oggetto di un sindacato giurisdizionale, ma sarebbe appartenuta alla discrezionalità del potere legislativo²⁵. In conclusione, benché l’istituzione di una banca federale non fosse estrinsecazione di un potere espresso, quest’ultimo nondimeno costituiva, ad avviso della Corte, un mezzo adeguato alla realizzazione degli scopi costituzionalmente assegnati allo Stato federale, primo fra tutti quello di raccogliere e distribuire il risparmio.

²¹ *McCulloch v. Maryland*, cit., 415.

²² *McCulloch v. Maryland*, cit., 415-416: «*To have declared that the best means shall not be used, but those alone without which the power given would be nugatory, would have been to deprive the legislature of the capacity to avail itself of experience, to exercise its reason, and to accommodate its legislation to circumstances. If we apply this principle of construction to any of the powers of the government, we shall find it pernicious in its operation that we shall be compelled to discard it*».

²³ I termini “*necessity*” e “*proper*” vengono, dunque, utilizzati dalla Corte alla stregua di un’endiadi, senza che l’uno potesse acquisire un autonomo significato rispetto all’altro.

²⁴ *McCulloch v. Maryland*, cit., 421.

²⁵ *V. McCulloch v. Maryland*, cit., 420, in cui si afferma che: «*The result of the most careful and attentive consideration bestowed upon this clause is, that if it does not enlarge, it cannot be construed to restrain the powers of Congress, or to impair the right of the legislature to exercise its best judgment in the selection of measures to carry into execution the constitutional powers of the government*».

2. La *Necessary and Proper Clause* nella giurisprudenza della Corte suprema: la “sedimentazione” di un criterio di interpretazione ancora oggi valido.

La decisione sul caso *McCulloch v. Maryland* ha costituito per la giurisprudenza successiva il principale, se non l'unico, parametro di riferimento per l'interpretazione della *Necessary and Proper Clause*, tanto che il superamento dello scrutinio di legittimità costituzionale dei vari *implied powers* sottoposti alla valutazione della Corte suprema è stato molto spesso subordinato all'esito positivo del cd. «*McCulloch three-part test*»²⁶, che individuava nella “legittimità” dello scopo perseguito, nell’“adeguatezza” del mezzo e nella “coerenza” di quest'ultimo con la lettera e lo spirito della Costituzione, le condizioni al verificarsi delle quali il potere implicito avrebbe potuto considerarsi costituzionalmente legittimo.

È indubitabile, tuttavia, come i limiti individuati dal Giudice Marshall siano stati interpretati dalla giurisprudenza in modo piuttosto estensivo, tanto da incorrere talvolta in una serie di critiche che muovevano, non a caso, dalle tesi sopra richiamate degli *Antifederalists*²⁷.

Ad esempio, nel caso *Sabri v. United States*²⁸, la Corte ha richiamato l'attenzione sul nesso funzionale da imprimere alla relazione di “*necessity*” che deve intercorrere tra il mezzo implicito impiegato e il potere espresso, lasciando di fatto al Congresso un ampio margine di azione: infatti, secondo i giudici, tale legame avrebbe dovuto essere considerato alla stregua di una «*means-ends rationality*», nel senso che la legge federale “implicita” sarebbe stata legittima solo se avesse costituito un mezzo “ragionevolmente” orientato all'implementazione del potere costituzionalmente assegnato²⁹.

²⁶ V. E. GRESSMAN, *Some Thoughts on the Necessary and Proper Clause*, in *Seton Hall L. Rev.*, 31, 2000-2001, 40.

²⁷ V. *supra*.

²⁸ *Sabri v. United States*, 541 U.S., 2004, 600 ss.

²⁹ *Sabri v. United States*, cit., 605. Qui la Corte ha reputato costituzionalmente legittima, in base alla *Necessary and Proper Clause*, una legge federale che introduceva una norma penale per l'implementazione della cd. “*Spending Clause*”, secondo cui «*The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States*» (art. 1, sez. ottava, par. 1 della Costituzione americana).

In *United States et al. v. Comstock*³⁰, la Corte ha ribadito che i poteri che la Costituzione riserva espressamente al Congresso sono “affiancati” da ampi poteri “incidentali”, che l’organo titolare della funzione legislativa può scegliere discrezionalmente purché idonei, in base a un giudizio di ragionevolezza, a rendere effettivi i poteri enumerati³¹. Se è, dunque, vero che il Congresso non è dotato del potere espresso di creare fattispecie incriminatrici, né del potere di punire i soggetti per la violazione di tali fattispecie (potestà che, diversamente, appartengono alla sovranità degli Stati)³², è altrettanto vero che, in base alla *Necessary and Proper Clause*, tali poteri possano pur sempre essere esercitati sulla scorta della «*broad authority*» che il Congresso possiede nel rendere effettivi i poteri che gli sono esplicitamente conferiti dalla Costituzione³³. Ed invero, come più volte rimarcato dalla giurisprudenza³⁴, «*(u)nder our federal system the administration of criminal justice rests with the States except as Congress, acting within the scope of those delegated powers, has created offenses against the United States*». Non è un caso che, in materia penale, il Congresso sia spesso ricorso al proprio potere legislativo per introdurre fattispecie incriminatrici a supporto, per esempio, dei poteri espressi di regolazione del commercio interstatale e internazionale (cd. *Commerce*

³⁰ *United States et al. v. Comstock*, 560 U.S., 2010, 1 ss.

³¹ In *United States et al. v. Comstock*, cit., 7, la Corte fa tesoro di quanto statuito in una sua precedente sentenza (*Burroughs v. United States*, 290, U. S., 1934, 547-548), in cui si afferma che: «*The Constitution “adresse(s)” the “choice of means” “primarily (...) to the judgment of Congress. If it can be seen that the means adopted are really calculated to attain the end, the degree of their necessity, the extent to which they conduce to the end, the closeness of the relationship between the means adopted and the end to be attained, are matters for congressional determination alone*». Vengono peraltro riprese le argomentazioni sulla «*means-end rationality*» presenti in *Sabri v. United States*, cit. Per una lettura critica della sentenza in esame, v. I. SOMIN, *Taking Stock of Comstock: The Necessary and Proper Clause and the Limits of Federal Power*, in *Cato Sup. Ct. Rev.*, 2009-2010, 239 ss.

³² Tant’è vero che in un sistema federale, come ricorda *Engle v. Isaac*, 456 U.S., 107, 1982, 128, «*States possess primary authority for defining and enforcing the criminal law*».

³³ *United States et al. v. Comstock*, cit., 9: «*Neither Congress’ power to criminalize conduct, nor its power to imprison individuals who engage in that conduct, nor its power to enact laws governing prisons and prisoners, is explicitly mentioned in the Constitution. But Congress nonetheless possesses broad authority to do each of those things in the course of “carrying into Execution” the enumerated powers “vested by” the “Constitution in the Government of the United States”*». Sulla base di ciò, la Corte suprema ha considerato costituzionalmente legittima una norma federale che, pur non coperta da una riserva legislativa espressa, ha introdotto l’obbligo di internamento in ospedali psichiatrici a carico di determinati soggetti considerati socialmente pericolosi, affetti da malattie mentali e che abbiano già scontato una pena detentiva per aver commesso reati particolarmente gravi.

³⁴ V., *ex multis*, *Screws v. United States*, 325 U.S., 91, 1945, 109.

Clause)³⁵, dell'*enforcement* dei diritti civili³⁶, del potere di spesa a favore del *welfare*³⁷, etc... .

Il riferimento alla *Commerce Clause*³⁸ consente sin da ora di evidenziare come la giurisprudenza costituzionale nordamericana abbia di frequente utilizzato siffatta clausola come “banco di prova” (e non soltanto nel campo del diritto penale) per testare l’ambito operativo della *Necessary and Proper Clause*³⁹. Anzi, si può forse sostenere che i più noti esempi di *implied powers* che sono stati, sin dalle origini, esercitati dal Congresso venivano per l’appunto fatti rientrare all’interno dello “spazioso” contenitore della *Commerce Clause*⁴⁰.

Anche se non sono mancate da parte della Corte interpretazioni “restrittive”⁴¹, l’orientamento prevalente parrebbe lasciare ampio margine di manovra al Congresso nell’implementazione della *Commerce Clause*, facendo così propria la tesi “espansiva” espressa dal Giudice Marshall nel 1819. Non può, però, negarsi che l’interpretazione estensiva della *Commerce Clause* sia stata favorita dalla formulazione della stessa norma costituzionale attributiva del potere in questione, la cui indeterminatezza avrebbe consentito ai poteri centrali, secondo la volontà dei padri costituenti, di intervenire laddove i singoli Stati avessero ostacolato, direttamente o indirettamente, la libertà di circolazione di beni e servizi sul mercato nazionale⁴².

³⁵ V., in part., *Lottery Case*, 188 U.S., 1903, 321 ss.; nel caso *de quo* la Corte ha ritenuto costituzionalmente legittima una legge federale che, in base alla *Commerce Clause*, vietava il commercio interstatale di biglietti della lotteria. In proposito, i giudici hanno confermato che «[T]he Constitution (...) leaves to Congress a large discretion as to the means that may be employed in executing a given power» (*Lottery Case*, cit., 355).

³⁶ Cfr. *Ex parte Yarbrough*, 110 U.S., 1884, 651 ss., in cui è stato reputato legittimo il potere del Congresso di incriminare le violazioni dei diritti civili e politici alla luce del quattordicesimo e del quindicesimo emendamento.

³⁷ *Sabri v. United States*, cit.: v. *supra*.

³⁸ Art. 1, sez. 8, par. 3 della Costituzione degli Stati Uniti d’America: «Congress shall have Power (...) to regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with Indian Tribes (...)».

³⁹ Con riferimento alla «general welfare clause», v., di recente, G. COSMELLI, *Oltre i confini della materia: la potestà legislativa residuale delle regioni tra poteri impliciti e sussidiarietà*, Milano, 2015, 112 ss., nonché la giurisprudenza ivi citata.

⁴⁰ In questo senso si esprime anche J. HARRISON, *Enumerated Federal Power and the Necessary and Proper Clause*, *Review of G. LAWSON, G. P. MILLER, R. G. NETELSON, G. I. SEIDMAN, The Origins of the Necessary and Proper Clause*, cit., in *U. Chi. L. Rev.*, 78, 1101 ss.

⁴¹ Su cui v. *infra. United States v. Lopez*, cit.

⁴² Così G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, cit., 40-41 e 198 ss. Lo stesso A. ricorda, tuttavia, come spesso, soprattutto dopo il *New Deal*, la

Nell'ambito di questo più ampio filone giurisprudenziale non possono non essere richiamate una serie di significative decisioni, già a partire dal 1824 (*Gibbons v. Ogden*⁴³) quando fu affermato che, in base alla *Commerce Clause*, il Congresso avrebbe potuto regolare tutte quelle attività "locali" che avessero comportato un "significativo" impatto sul commercio interstatale⁴⁴.

Allo stesso modo, un secolo più avanti, nel caso *United States v. Darby*⁴⁵, la Corte suprema precisò che la *Commerce Clause* legittimasse il Congresso, in mancanza di una previsione costituzionale espressa, non solo a promuovere e tutelare il commercio interstatale, ma anche a vietarlo in determinati casi⁴⁶.

Immediatamente successiva alla decisione sopra citata è stata, poi, la sentenza sul caso *Wickard v. Filburn*⁴⁷, con cui la Corte stabilì il principio in base al quale il Congresso potesse disciplinare anche le attività non commerciali di rilievo locale, qualora la loro mancata regolazione avesse potuto indirettamente incidere sul mercato interstatale⁴⁸.

Le argomentazioni utilizzate nel caso *Wickard* sono state, poi, confermate sessant'anni più tardi in *Gonzales v. Raich*⁴⁹: anche qui i giudici hanno affermato la potestà normativa del Congresso su un certo mercato nel caso in

Commerce Clause sia stata utilizzata per giustificare un più incisivo intervento dello Stato nell'economia.

⁴³ *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 9 Wheat. 1, 6 L. Ed. 23, 1824, 615.

⁴⁴ In *Gibbons v. Ogden*, cit., la Corte ha stabilito che una legge federale che autorizzava determinate navi al cabotaggio marittimo prevasse su una legge dello Stato di New York che concedeva un monopolio trentennale a taluni soggetti per la medesima attività. Con ciò la Corte ha indirettamente riconosciuto al Congresso, sulla base della *Commerce Clause*, il potere di regolazione della navigazione marittima, quand'anche quest'ultima fosse circoscritta ad un singolo Stato.

⁴⁵ *United States v. Darby*, 312 U.S., 1941, 100 ss.

⁴⁶ In *United States v. Darby*, cit., la Corte ha statuito che il potere di regolazione del commercio interstatale comprendeva anche il potere implicito di regolazione delle condizioni minime di lavoro, il cui mancato rispetto avrebbe comportato il divieto di effettuare scambi commerciali interstatali; si trattava, in particolare, della verifica della legittimità costituzionale del «*Fair Labor Standards Act*» emanato dal Congresso nel 1938.

⁴⁷ *Wickard v. Filburn*, 317 U.S., 1942, 111 ss.

⁴⁸ La questione sottoposta alla Corte aveva ad oggetto la legittimità di una legge federale che limitava la produzione nazionale del grano allo scopo di innalzarne il prezzo sul mercato; in proposito, la Corte ha confermato la legittimità della legge in questione, sul presupposto che anche la produzione aggregata del grano destinata all'esclusivo consumo personale potesse sostanzialmente condizionare il commercio interstatale del bene: «*even if appellee's activity be local and though it may not be regarded as commerce, it may still, whatever its nature, be reached by Congress if it exerts a substantial economic effect on interstate commerce, and this irrespective of whether such effect is what might at some earlier time have been defined as "direct" or "indirect"*» (*Wickard v. Filburn*, cit., 125).

⁴⁹ *Gonzalez v. Raich*, 545 U.S., 2005, 22 ss.

cui la produzione locale e aggregata di un bene, non necessariamente destinato allo scambio commerciale, potesse ragionevolmente produrre effetti sostanziali sulla domanda e sull'offerta di quello stesso bene sul mercato nazionale⁵⁰.

Un arresto, anche se rimasto piuttosto isolato, della tendenza “espansiva” del potere legislativo del Congresso in tema di *Commerce Clause* si è avuto solo nel 1995 con la nota sentenza *United States v. Lopez*⁵¹; in questo caso, nel valutare la legittimità costituzionale del «*Gun Free School Zones Act*» emanato dal Congresso nel 1990, la Corte ha stabilito che il mero possesso di un'arma da fuoco nelle vicinanze di una scuola non potesse essere riconducibile ad alcuna attività idonea a produrre effetti sostanziali sul commercio interstatale tale da legittimare, nello specifico ambito in questione, una potestà legislativa del Congresso⁵²: al riguardo appare significativo come la Corte ammonisse sulle conseguenze negative che un potere legislativo di fatto illimitato avrebbe prodotto sulle legittime prerogative degli Stati: «(t)o uphold the Government's contentions here, we would have to pile inference upon inference in a manner that would bid fair to convert congressional authority under the Commerce Clause to a general police power of the sort retained by the States»⁵³; era la prima volta dopo decenni che la Corte cassava una legge federale, emanata sulla

⁵⁰ *Gonzalez v. Raich*, 545 U.S., 2005, 34-36; v. in part. 38, in cui si afferma che: «As the Court said in the *Shreveport Rate Cases*, the Necessary and Proper Clause does not give “Congress ... the authority to regulate the internal commerce of a State, as such”, but it does allow Congress “to take all measures necessary or appropriate to” the effective regulation of the interstate market, “although intrastate transactions ... may thereby be controlled”». Con questa decisione la Corte suprema ha stabilito che la *Necessary and Proper Clause* consentisse al Congresso di rendere effettiva la *Commerce Clause* attraverso una legge federale che vietasse la coltivazione e l'uso della marijuana in un singolo Stato. Ed invero, «(...) however the class of regulated activities is subdivided, Congress could reasonably conclude that its objective of prohibiting marijuana from the interstate market “could be undercut” if those activities were excepted from its general scheme of regulation».

⁵¹ *United States v. Lopez*, cit.

⁵² Il caso trae origine dalla presunta violazione ad opera di uno studente del «*Gun Free School Zones Act*», il quale considerava un crimine di rilievo federale la consapevole detenzione di un'arma da fuoco in una qualsiasi area adiacente ad una scuola pubblica o privata. La Corte ha, tuttavia, obiettato che: «(t)he possession of a gun in a local school zone is in no sense an economic activity that might, through repetition elsewhere, substantially affect any sort of interstate commerce. Respondent was a local student at a local school; there is no indication that he had recently moved in interstate commerce, and there is no requirement that his possession of the firearm have any concrete tie to interstate commerce» (*United States v. Lopez*, cit., 567).

⁵³ *United States v. Lopez*, cit., 567.

base della *Commerce Clause*, per “straripamento” delle competenze legislative del Congresso.

In definitiva, sebbene fosse necessario, secondo la Corte, mantenere la generale tripartizione delle categorie di attività che possono essere regolate in base alla *Commerce Clause*⁵⁴ (e cioè: l’uso dei canali commerciali; le attività, anche di rilievo locale, direttamente funzionali al commercio interstatale, nonché quelle che avessero sul medesimo effetti sostanziali), al Congresso non era permesso, specialmente con riferimento alla terza categoria richiamata, estendere oltre un certo limite la propria potestà legislativa.

Tornando all’oggetto specifico di questa indagine introduttiva e, segnatamente, all’interpretazione giurisprudenziale della *Necessary and Proper Clause* e dei limiti ai quali essa è soggetta, non si può non rilevare come la Corte suprema non abbia mai chiaramente definito il concetto di “*property*”⁵⁵; perfino in *McCulloch v. Maryland* il Giudice Marshall ha quasi esclusivamente focalizzato la sua attenzione sul significato del termine “*necessary*”, piuttosto che su entrambi gli aggettivi che modellano i limiti dell’*Implied Powers Clause*”.

Non appaiono, tuttavia, peregrine le tesi di chi, sulla base di solidi argomenti testuali e di un’accurata analisi storica, ha sostenuto che siffatto concetto, così come utilizzato nell’art. 1, sezione ottava della Costituzione nordamericana, fosse differente e complementare rispetto a quello di “*necessary*” e che costituisse addirittura, nella sua intangibile autonomia, un pilastro fondamentale per la tenuta di un sistema imperniato sul principio di attribuzione e sulla generale libertà di azione degli Stati⁵⁶.

A una prima generica e risalente definizione emersa nel dibattito che ha preceduto l’entrata in vigore della Costituzione (secondo cui sarebbe *proper* una legge «*that is within the peculiar jurisdiction or responsibility of the relevant governmental actor*»⁵⁷), ne è stata proposta dagli stessi autori citati un’altra più

⁵⁴ V. *United States v. Lopez*, cit., 558.

⁵⁵ Cfr. R. E. BARNETT, *The original meaning of the Necessary and Proper Clause*, cit., 215-220.

⁵⁶ In particolare, v. G. LAWSON, P. GRANGER, *The “Proper” Scope of Federal Power: A Jurisdictional Interpretation of the Sweeping Clause*, cit., 267 ss.

⁵⁷ G. LAWSON, P. GRANGER, *The “Proper” Scope of Federal Power: A Jurisdictional Interpretation of the Sweeping Clause*, cit., 291.

efficace (sebbene anch'essa sconti margini di indeterminatezza), che misura l'“appropriatezza” di una legge in base alla sua coerenza con i principi della separazione dei poteri, del federalismo e con i diritti individuali⁵⁸. Essa in qualche modo fornisce un tentativo di spiegazione di quanto già statuito dal Giudice Marshall quando individuava tra i limiti degli *implied powers* del Congresso quello della “coerenza” «*with the letter and spirit of the constitution*»⁵⁹.

Un ulteriore contributo alla precisazione del concetto di “*property*” è emerso in *Jay Printz, Sheriff/Coroner, Ravalli County, Montana, v. United States*⁶⁰, ove la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità di una legge federale che pretendeva di vincolare i poteri esecutivi statali in assenza di un'espressa autorizzazione costituzionale; il Giudice Scalia nella sua *opinion* ha ricordato che la Costituzione ha previsto un sistema di competenze concorrenti (a «*dual sovereignty*») tra l'Unione e gli Stati e che questi ultimi mantengono una sovranità residuale e inviolabile⁶¹. Il controllo federale sugli *state officers* avrebbe pregiudicato non solamente il disegno costituzionale, ma anche il principio della separazione dei poteri; in ogni caso, non sarebbe stato legittimo il ricorso alla *Necessary and Proper Clause* per l'implementazione del potere di regolare, in base alla *Commerce Clause*, il commercio di armi: «(w)here, as here, a law violates the state sovereignty principle, it is not a law “proper for carrying into Execution” delegated powers within the Necessary and Proper Clause's meaning»⁶².

Benchè fosse rispettato il requisito della *necessity*, la violazione ad opera di una legge federale del principio di sovranità “duale” la rendeva *improper*, impedendo la produzione di effetti vincolanti nei confronti degli Stati federati:

⁵⁸ G. LAWSON, P. GRANGER, *The “Proper” Scope of Federal Power: A Jurisdictional Interpretation of the Sweeping Clause*, cit., 297. V., altresì, J. R. BECK, *The New Jurisprudence of the Necessary and Proper Clause*, in *U. Ill. L. Rev.*, 2002, 581 ss.

⁵⁹ V. *supra*.

⁶⁰ *Jay Printz, Sheriff/Coroner, Ravalli County, Montana, v. United States*, 521 U.S., 1996, 898 ss.

⁶¹ Il caso trae origine da una legge federale (il «*Brady Handgun Violence Prevention Act*») che stabiliva un sistema nazionale di controlli sul *background* dei potenziali acquirenti di armi che avrebbe dovuto essere effettuato, nelle more della completa operatività del sistema, dal *chief law enforcement officer* competente per ogni giurisdizione locale.

⁶² *Jay Printz, Sheriff/Coroner, Ravalli County, Montana, v. United States*, cit., 899.

non può non sottolinearsi come, in questa statuizione, riecheggi il concetto di *propriety* come “coerenza” del mezzo legislativo “implicito” con i principi generali dell’ordinamento federale.

Interessante, lungo questo filone, appare, da ultimo, la decisione della Corte suprema sul caso *National Federation of Independent Business et al. v. Sebelius, Secretary of Health and Human Services et al.* del 2012⁶³. Il Giudice Roberts, nel valutare la legittimità dell’«*individual mandate*» introdotto dalla riforma sanitaria approvata nel 2010⁶⁴, ha, in primo luogo, escluso che la *Commerce Clause* potesse fornire un supporto interpretativo atto a giustificare la legittimità costituzionale dell’istituto, sebbene non costituisse una sorpresa il fatto che il potere di regolazione del commercio interstatale fosse stato impiegato molto diffusamente nella storia costituzionale statunitense con il benessere, non di rado acritico, della Corte suprema (e la giurisprudenza passata in rassegna ne è una chiara testimonianza)⁶⁵.

Secondo la Corte e per quanto qui più specificamente interessa, neanche la *Necessary and Proper Clause* avrebbe potuto supplire ad una simile carenza⁶⁶, se non a scapito di una indesiderata espansione dello spettro dei poteri dell’autorità federale: «*Even if the individual mandate is “necessary” to the Act’s insurance reforms, such an expansion of federal power is not a “proper” means for making those reforms effective*»⁶⁷.

⁶³ *National Federation of Independent Business et al. v. Sebelius, Secretary of Health and Human Services et al.*, cit., 1 ss.

⁶⁴ Nel 2010 il Congresso ha approvato il «*Patient Protection and Affordable Care Act*», allo scopo di aumentare il numero di cittadini americani “coperti” da una assicurazione sanitaria e, parimenti, di ridurre il costo delle spese sulla sanità. Una novità fondamentale della riforma era rappresentata dall’«*individual mandate*», che imponeva alla gran parte dei cittadini di mantenere un “minimo essenziale” di copertura assicurativa mediante l’acquisto di una polizza da una compagnia privata, a pena dell’irrogazione di una sanzione pecuniaria assimilabile alla riscossione di una tassa.

⁶⁵ «*The individual mandate, however, does not regulate existing commercial activity. It instead compels individuals to become active in commerce by purchasing a product, on the ground that their failure to do so affects interstate commerce. Construing the Commerce Clause to permit Congress to regulate individuals precisely because they are doing nothing would open a new and potentially vast domain to congressional authority*» (*National Federation of Independent Business et al. v. Sebelius, Secretary of Health and Human Services et al.*, cit., 20).

⁶⁶ Il *Government* sosteneva in particolare che il Congresso avesse il potere, in base alla *Necessary and Proper Clause* di emanare l’«*individual mandate*», in quanto considerato «*an integral part of a comprehensive scheme of economic regulation*».

⁶⁷ *National Federation of Independent Business et al. v. Sebelius, Secretary of Health and Human Services et al.*, cit., 30.

Dopo aver estromesso la *Commerce Clause* quale potere espresso cui la *Necessary and Proper Clause* avrebbe potuto “agganciarsi”, la mera circostanza avallata dal Congresso che l'*individual mandate* avrebbe costituito «an “integral part of a comprehensive scheme of economic regulation”»⁶⁸ non era sufficiente a giustificare la legittimità costituzionale sotto il profilo dell’ “appropriatezza”⁶⁹.

3. Gli “assi” portanti della *Necessary and Proper Clause* e il suo ambito di applicazione.

L’*Implied Powers Clause* è nata e si è sviluppata come strumento per la risoluzione di conflitti di competenza tra potere legislativo federale e poteri legislativi statali; una questione che tocca dunque il problema specifico del riparto delle competenze legislative nell’ambito di una struttura istituzionale di tipo federale, in cui le fonti della produzione legislativa sono molteplici e spesso in conflitto⁷⁰.

Secondariamente, siffatta clausola, come già ricordato, non assurge ad autonoma fonte di poteri e il suo utilizzo deve sempre trovare un aggancio a ulteriori, e chiaramente identificabili, poteri costituzionali dello Stato federale.

In terzo luogo, appare di notevole rilevanza che, a partire da *McCulloch v. Maryland*⁷¹, la *Necessary and Proper Clause* avesse fornito alla Corte (ma

⁶⁸ *National Federation of Independent Business et al. v. Sebelius, Secretary of Health and Human Services et al.*, cit., 27.

⁶⁹ Nondimeno l'*individual mandate* è stato dichiarato legittimo in quanto considerato «(a) valid exercise of taxing power under U.S. Const. Art. I, § 8, cl. 1, as “shared responsibility payment” imposed on individuals who fail to comply may reasonably be characterized as tax for constitutional purposes rather than penalty» (*Constitution Of The United States Of America, Article I, Legislative Department, in United States Code Service Archive Directory, USCS Const. Art. I, § 8, Cl 18, “All necessary and proper laws”*). In proposito, v. G. PASSARELLI, *La Corte suprema degli Stati Uniti dichiara costituzionale la riforma sanitaria di Barack Obama grazie al “balancing role” del Chief Justice J. Roberts*, in *Giur. cost.*, 4, 2012, 3201 ss.

⁷⁰ In argomento, v. A. GIARDINA, *Principio di legalità e poteri impliciti nelle Comunità europee*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 475, il quale, citando G. LUCATELLO, *Stato federale*, in *Noviss. Dig. it.*, XVIII, Torino, 1971, 349 ss., ha affermato che «l’applicazione della teoria dei poteri impliciti ha un senso proprio nel contesto del complessivo sistema di equilibri e di controlli caratteristico delle strutture federali. In altri termini, cioè, gli organi che si vedono eventualmente riconosciuti dei poteri impliciti rimangono pur sempre sottoposti al controllo politico e giuridico di altri organi, di modo che l’equilibrio generale rimane adeguatamente garantito».

⁷¹ V. *supra*, par. 2.

anche al Congresso) un fondamentale e “sedimentato” criterio interpretativo di valutazione circa il buono o il cattivo uso della discrezionalità legislativa da parte del Congresso nell’esercizio delle proprie competenze. Più propriamente, era stato individuato (indipendentemente da ogni richiamo esplicito, da parte della giurisprudenza successiva, alla *Necessary and Proper Clause* a supporto della legittimità delle leggi “implicite” che erano via via in gioco⁷²) un criterio interpretativo di natura funzionale o teleologica, quasi immanente al sistema federale nordamericano, che consentiva al Congresso di esercitare la propria potestà legislativa su un ambito materiale che avrebbe oltrepassato i rigidi limiti testuali imposti dalle disposizioni costituzionali attributive del potere legislativo federale⁷³: se lo scopo fosse stato legittimo e costituzionale, allora tutti i mezzi “appropriati” adottati chiaramente al fine di raggiungerlo e che non erano espressamente vietati dalla Costituzione, ma anzi coerenti con il testo e lo spirito della Costituzione, sarebbero stati costituzionali»⁷⁴.

Da un’analisi attenta del criterio interpretativo individuato dalla giurisprudenza⁷⁵ possono essere estrapolati tre requisiti in presenza dei quali una legge federale può qualificarsi come “implicita” o “incidentale” rispetto ad una potestà legislativa espressa: si tratta, più precisamente, di un requisito di carattere negativo e di altri due di natura “positiva”⁷⁶.

Il requisito “negativo” postula che la legge che “incarna” il potere implicito non deve costituire oggetto di un divieto espresso stabilito dalla Costituzione; se è vero che la Costituzione ha attribuito specifici poteri espressi al *government* federale, ne ha, tuttavia, circoscritto in taluni casi gli obiettivi, escludendo che alcuni di questi poteri potessero essere resi effettivi attraverso mezzi impliciti, considerati, appunto, vietati, come i poteri di far la guerra o quello di introdurre imposte, i quali, per la loro rilevanza e specificità, non possono essere intesi come *implied o incidental* in altri poteri.

⁷² Si veda, in particolare, tutta la giurisprudenza – in parte ricordata sopra - sulla *Commerce Clause*, ma anche sulla *Spending Clause* e sull’ordinamento penale federale.

⁷³ Sul punto, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 45 ss.

⁷⁴ *McCulloch v. Maryland*, cit., 421.

⁷⁵ V. *supra*, par. 2.

⁷⁶ In argomento, v. G. T. CURTIS, *Lecture on the Implied Powers of the Constitution delivered by special request to the Law School of Georgetown University in Washington D. C.*, cit., 14 ss.

Quanto ai requisiti “positivi”, il potere implicito deve essere anzitutto «*necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by this Constitution in the Government of the United States, or any Department or Officer thereof*». Sul significato di questa particolare “qualifica” che deve caratterizzare ogni *implied power*, nonché del rapporto “congiuntivo” o “disgiuntivo” tra i due aggettivi presenti nella clausola in esame, si è già dato evidenza di come non vi sia stato, in proposito, un indirizzo interpretativo univoco.

Dottrina e giurisprudenza sono, però, concordi nel ritenere che il tipo di “relazione” che deve necessariamente sussistere tra il potere implicito e quello esplicito (per evitare il compimento di un «atto di usurpazione»⁷⁷ da parte del Congresso) sia una relazione “di mezzo a fine” corroborata da un giudizio di ragionevolezza («*means-end rationality*»). Deve, in altre parole, trattarsi di un mezzo (quello “implicito”) «*plainly adapted to the end*»; di uno strumento che dia esecuzione al potere espresso, senza che possano residuare dubbi circa la sua ragionevole adeguatezza al raggiungimento dello scopo.

Il fine in vista del quale il potere è stato espressamente attribuito allo Stato federale costituisce, dunque, il limite delle sue potestà innominate; laddove vi sia una relazione remota, indiretta o nella quale non risulta evidente il nesso funzionale tra il potere implicito e il potere espresso, il primo dovrebbe essere dichiarato costituzionalmente illegittimo; al riguardo, non è, invece, richiesto, come ricordava anche lo stesso Giudice Marshall, che il mezzo utilizzato sia “assolutamente indispensabile” all’implementazione del potere espresso, per cui la Corte non può sindacare il suo grado di necessità, trattandosi di una valutazione che appartiene all’intangibile discrezionalità del potere legislativo, salvo che, naturalmente, non venga violato il principio di ragionevolezza. D’altra parte, non è revocabile in dubbio che «*the power of passing all laws necessary and proper to carry into effect the other powers specifically granted*

⁷⁷ Così si esprimeva Alexander Hamilton a proposito della violazione della *Necessary and Proper Clause*: più precisamente, essa avrebbe costituito «*merely (an) ac(t) of usurpation (which) deserve[s] to be treated as such*» (*The Federalist*, 33, 204).

is a political power; it is a matter of legislative discretion, and those who exercise it, have a wide range of choice in selecting means»⁷⁸.

Il secondo requisito “positivo” riguarda la “coerenza” del potere implicito con la lettera e lo spirito della Costituzione⁷⁹, nel senso che esso deve essere conforme ad ogni sua disposizione espressa, nonché ai principi e agli obiettivi generali di cui questa è portatrice. Giova qui ribadire che il requisito in esame è stato valorizzato dalla giurisprudenza più recente, anche se con riferimento al concetto di “*propriety*”; si è, infatti, puntualizzato che, quand’anche una legge espressione di un potere implicito fosse ragionevolmente necessaria al raggiungimento del fine di un potere espresso, questa nondimeno sarebbe “*(im)proper*” qualora contrastasse con i principi generali dell’ordinamento federale⁸⁰.

I concetti di *necessity*, *propriety* e *consistency* rappresentano, in conclusione, gli “assi” portanti della *Necessary and Proper Clause* in assenza (o col mancato rispetto) dei quali questa si sarebbe trasformata da mezzo legittimo di flessibilità per l’attuazione dei compiti costituzionalmente attribuiti ai poteri federali a strumento inammissibile di arbitrio e, per rievocare le parole di Hamilton, di usurpazione delle prerogative degli Stati e del popolo. Come è stato efficacemente osservato⁸¹, «*(t)he rule laid down by Chief-Justice Marshall and his brethren is broad enough to give this Government all the scope that it ever ought to claim, and strict enough to prevent it from encroaching on the rights of States or of individuals*».

4. I poteri impliciti nel quadro europeo.

Alla luce di quanto sinora detto non stupisce il fatto che la teoria dei poteri impliciti abbia “attecchito” anche al di fuori dei confini del sistema federale statunitense per approdare in altri ordinamenti fondati su una struttura

⁷⁸ *McCulloch v. Maryland*, cit., 386-387.

⁷⁹ *McCulloch v. Maryland*, cit., 421.

⁸⁰ *V. Jay Printz, Sheriff/Coroner, Ravalli County, Montana, v. United States*, cit., 899; *National Federation of Independent Business et al. v. Sebelius, Secretary of Health and Human Services et al.*, cit., 30.

⁸¹ G. T. CURTIS, *Lecture on the Implied Powers of the Constitution delivered by special request to the Law School of Georgetown University in Washington D. C.*, cit., 23.

decentrata dei pubblici poteri e sulla loro distribuzione tra una pluralità di soggetti, secondo il principio di attribuzione o delle “competenze enumerate”⁸²; e ciò è avvenuto, si badi bene, anche in assenza, spesse volte, di un’espressa previsione che autorizzasse l’esercizio di poteri impliciti o incidentali (alla stregua di quella sancita dalla Costituzione nordamericana). Invero, laddove esista una porzione di vita associata soggetta a un potere ripartito tra più soggetti, tutti legittimati ad esercitarlo secondo le rispettive competenze, ecco che si materializzano i problemi relativi ai limiti dei poteri (compresi quelli impliciti) che ciascun soggetto può legittimamente esercitare.

L’ordinamento europeo è uno dei più magistrali esempi di questa tendenza.

Fin dalla sua formulazione originaria del 1957, il Trattato istitutivo della Comunità economica europea, all’art. 4, par. 1 stabiliva che «ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dal presente trattato». La Comunità (oggi Unione) non è, infatti, titolare di competenze generali, ma solamente di quelle che le sono espressamente attribuite dagli Stati membri. Senza ripercorrere le varie tappe del processo di integrazione comunitaria e giungendo immediatamente al quadro normativo attualmente vigente, si può affermare come non vi siano stati, in relazione alla specifica questione delle competenze, significativi cambiamenti; non può, tuttavia, non registrarsi un graduale irrigidimento dello spazio di azione - almeno quello innominato⁸³ - garantito all’Unione e culminato con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il 1° dicembre 2009.

⁸² Nell’ambito del diritto internazionale, v., *ex multis*, K. SKUBISZEWSKI, *Implied powers of International Organizations*, in *International Law at a time of Perplexity, Essays in Honour of S. Rosenne*, Dordrecht-Boston-Londra, 1989, *passim*; R. CALVANO, *I poteri impliciti comunitari. L’art. 308 TCE come base giuridica per l’espansione dell’azione comunitaria*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L’ordinamento europeo. L’esercizio delle competenze*, Milano, 2006, 100-101; J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell’Unione europea*, Bologna, 2013, 141. Per riferimenti, anche giurisprudenziali, all’ordinamento tedesco, nonché all’esperienza regionale italiana, v., da ultimo, G. COSMELLI, *Oltre i confini della materia: la potestà legislativa residuale delle regioni tra poteri impliciti e sussidiarietà*, cit., (in part., 32 ss. e 118 ss.).

⁸³ Si intende qui riferirsi, in particolare, alle restrizioni introdotte con riferimento alla cd. “clausola di flessibilità”, su cui v. *infra*.

Forse anche a causa dell'insuccesso della cd. "Costituzione europea"⁸⁴ e del timore da parte degli Stati membri di perdite progressive di quote di sovranità, si è deciso (probabilmente a livello simbolico, ma non per questo senza una dichiarata volontà di chiarezza), di introdurre *expressis verbis* con il Trattato di Lisbona una ripartizione definita delle competenze (in esclusive, concorrenti e "di appoggio"⁸⁵) tra l'Unione e gli Stati membri (prima di Lisbona il riparto di competenze era, invece, indirettamente desunto dalle norme o dagli obiettivi dei Trattati⁸⁶).

A differenza del passato, viene esplicitato a più riprese nei trattati il principio di attribuzione⁸⁷, in virtù del quale «(...)l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questa stabiliti» (art. 5, par. 2, TUE); si conferma, come in precedenza, come l'esercizio delle competenze che spettano all'Unione (regolato dai principi di sussidiarietà e di proporzionalità) debba essere funzionale al raggiungimento degli obiettivi definiti dai trattati, al fine di non pregiudicare la portata precettiva del principio dell'effetto utile. Pertanto, l'Unione, nell'ambito delle proprie competenze, potrà adottare tutti i

⁸⁴ Il «Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa» è stato firmato a Roma il 29 ottobre 2004, ma non è mai entrato in vigore.

⁸⁵ Oltre alle competenze in materia di politica estera e di sicurezza comune e di politica di difesa comune: v. art. 2, par. 4, TUE.

⁸⁶ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, 99 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, 26.

⁸⁷ art. 5, par. 1, TUE: «La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione» e art. 7, TFUE: «L'Unione assicura la coerenza tra le sue varie politiche e azioni, tenendo conto dell'insieme dei suoi obiettivi e conformandosi al principio di attribuzione delle competenze». V., altresì, art. 51, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel quale si stabilisce che «(l)a presente Carta non estende l'ambito di applicazione di diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati» (sul punto, v. K. STERN, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Riflessioni sulla forza vincolante e l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali codificati nella carta*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 6, 2014, 1235 ss., il quale evidenzia come tale disposizione limiterebbe, a suo avviso, l'ambito di operatività dell'art. 352, TFUE). Era, comunque, pacifico che, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il principio di attribuzione, ancorché non esplicitato nei trattati, fosse sempre stato considerato applicabile. In argomento, v., da ultimo, J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, cit., 125-126.

provvedimenti necessari e appropriati per la realizzazione degli obiettivi cui la sua azione è preordinata⁸⁸.

Viene, poi, “doppiamente” precisata la competenza residuale degli Stati membri (art. 4, par. 1 e art. 5, par. 2 del TUE, secondo cui «(q)ualsiasi competenza non attribuita all’Unione nei trattati appartiene agli Stati membri»), quasi a voler prevenire, senza eccezione alcuna, ogni potenziale rischio di erosione non autorizzata della sovranità degli Stati⁸⁹. Al fine di fugare ogni ulteriore dubbio in proposito, si aggiunge, infine, che l’eventuale ampliamento (o riduzione) delle competenze “europee” è soggetto, ai sensi dell’art. 48 del TUE, alla procedura di revisione (“ordinaria” o “semplificata”) dei trattati.

La nuova architettura giuridica dei trattati sembrerebbe, dunque, proporsi l’obiettivo di conseguire una maggiore certezza nei rispettivi ambiti di intervento di Unione e Stati membri, anche allo scopo di evitare rischi di “sconfinamento” - non sempre gradito - da parte delle istituzioni europee nei confronti dei poteri pubblici nazionali. Obiettivo che, per molti versi, si ritiene solo apparentemente realizzato.

Invero, l’introduzione del riparto delle competenze tra Unione e Stati non pare abbia arrecato una maggiore chiarezza, posto che rilevanti settori di intervento dell’Unione (specialmente quelli oggetto di competenza “concorrente”) hanno mantenuto un contenuto piuttosto generico, se non, talvolta, definito, come in passato, “per obiettivi” o “per ambiti di cooperazione”, oppure – come è stato efficacemente evidenziato - «per titoli trasversali»⁹⁰ (si pensi alle materie del «mercato interno», dello «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» o, ancora, della «politica estera e di sicurezza comune», della «politica monetaria» o di quella «economica»). In via generale, si consideri, poi, che più che le singole competenze, sono stati individuati i

⁸⁸ Il principio dell’effetto utile è pacificamente annoverato tra i principi generali del diritto dell’Unione e, come si vedrà *infra*, ha spesso supportato l’attività interpretativa della Corte nella valorizzazione della teoria dei poteri impliciti.

⁸⁹ V. anche il par. 1 della Dichiarazione n. 18 allegata al Trattato e relativa alla delimitazione delle competenze, secondo la quale: «(l)a Conferenza sottolinea che, conformemente al sistema di ripartizione delle competenze tra l’Unione e gli Stati membri previsto dal Trattato sull’Unione europea e dal Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, qualsiasi competenza non attribuita all’Unione nei trattati appartiene agli Stati membri».

⁹⁰ G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 706.

settori o le materie entro i quali le competenze medesime dell'Unione dovrebbero (o potrebbero, a seconda dei casi) essere esercitate, sicché non sempre è agevole l'individuazione in concreto dei limiti dei singoli provvedimenti via via assunti dalle istituzioni⁹¹.

In secondo luogo, non può non considerarsi la poderosa influenza delle scelte assunte in ambito europeo sugli ordinamenti interni per fronteggiare la recente crisi economico-finanziaria; esse hanno evidentemente allargato a dismisura lo spettro di azioni (peraltro non sempre supportate da chiare basi giuridiche⁹²) che l'Unione ha intrapreso a tutela della stabilità economico-finanziaria dell'area Euro (e non solo). Si pensi, a titolo esemplificativo, a tutte le azioni poste in essere in materia di politica monetaria o a quegli interventi di riforma della *governance* economica europea finalizzati alla risoluzione del problema della crisi dei debiti sovrani⁹³.

Di fronte allo scenario descritto è intuibile come si sia significativamente attenuato l'impatto restrittivo sia del principio di attribuzione sia della stessa ripartizione formale delle competenze.

D'altra parte - e qui veniamo al punto più significativo per la presente indagine - già all'epoca della creazione delle "Comunità" (CECA, CEE ed EURATOM) la "rigidità" del principio di attribuzione era "compensata", da un lato, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sui poteri impliciti e, dall'altro, dal ricorso, da parte delle istituzioni europee, alla "clausola di flessibilità"⁹⁴.

⁹¹ R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, cit., 27.

⁹² Qui, come si vedrà nel prosieguo, la teoria dei poteri impliciti ha giocato un ruolo non marginale.

⁹³ Per un'idea di massima sulla portata dei citati interventi europei, si veda, *ex multis*, AA. VV. (a cura di), *Crisi economico-finanziaria e risposta del diritto*, in *Dir. econ., Approfondimenti*, 1, 2012, 11-152 (in particolare, v. i contributi di F. MATTASSOGLIO, A. VITERBO, G. TROPEA, I. CIOLLI). V., altresì, par. 5 per le decisioni assunte in tali ambiti dalla Corte di giustizia.

⁹⁴ In dottrina non sono mancati specifici contributi sia sulla teoria dei poteri impliciti, che sulla clausola di flessibilità: v., *ex multis*, A. GIARDINA, *Principio di legalità e poteri impliciti nelle Comunità europee*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, cit., 463 ss.; Sul rapporto tra poteri impliciti e principio di sussidiarietà, v. L. VANDELLI, *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell'art. 3 B del Trattato sull'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1993, 379 ss.; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 49-68; R. CALVANO, *I poteri impliciti comunitari. L'art. 308 TCE come base giuridica per l'espansione dell'azione comunitaria*, cit., 91 ss. Nella manualistica più recente, v. U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2009, 54-57; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, 99-107; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, cit., 25-36; D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI,

Rinviando per un momento l'esame della clausola di flessibilità (su cui, v. par. 6), appare prioritario concentrare fin da ora l'attenzione sull'elaborazione giurisprudenziale della teoria dei poteri impliciti nell'ordinamento europeo. Al riguardo, si è, in effetti, formato, sin dalle prime interpretazioni delle disposizioni contenute nei trattati europei, un orientamento - poi consolidatosi - che, facendo leva sulla teoria dei poteri impliciti e valorizzando il rilievo "funzionale" delle competenze attribuite all'allora Comunità (soprattutto attraverso il ricorso al principio dell'effetto utile), ha confermato la legittimità di una serie cospicua di interventi ad opera delle istituzioni europee, ancorché questi non fossero "coperti" da una espressa base giuridica. Un orientamento, quello in esame, non smentito dai previgenti trattati, né dal vigente art. 5, par. 2 del TUE, il quale, riferendosi genericamente alle «competenze che (...) sono attribuite (all'Unione)» non esclude, almeno espressamente, la possibilità che il loro conferimento avvenga anche in via implicita⁹⁵.

5. La prevalenza delle esigenze di funzionalità su quelle di garanzia: la teoria dei poteri impliciti al vaglio della Corte di giustizia.

Già all'epoca della creazione delle Comunità negli anni '50 - si è detto - la giurisprudenza aveva "allentato" gli stretti nodi del sistema delle competenze attribuite⁹⁶.

La Corte di giustizia, infatti, con una sentenza del 29 novembre 1956⁹⁷ riferita al peculiare sistema giuridico istituito con la CECA, aveva, per la prima volta, applicato la teoria dei poteri impliciti per legittimare un intervento

European Union Law. Cases and materials, Cambridge, 2010, 211-222; J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, cit., 138-144.

⁹⁵ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, cit., 100; J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, cit., 143.

⁹⁶ Un certo parallelismo tra la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte suprema degli Stati Uniti d'America in tema di poteri impliciti è stato rilevato da P. CARROZZA, *I rapporti centro-periferia: federalismi, regionalismi e autonomia*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G. F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2014, 937 ss.

⁹⁷ Corte giust., 29 novembre 1956, C-8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique c. Alta Autorità della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio*, in *Racc.*, 1955, 285 ss.

regolatorio dell'allora Alta Autorità che non era espressamente contemplato dal trattato istitutivo.

La vicenda trae origine dalla previsione di un particolare meccanismo di perequazione che aveva lo scopo, in vista dell'instaurazione del mercato comune, di garantire l'avvicinamento del prezzo del carbone belga (allora piuttosto elevato) a quello degli altri Stati membri⁹⁸.

Il Trattato CECA non assegnava, tuttavia, all'Alta Autorità alcun mezzo di *enforcement* per attuare l'obiettivo del meccanismo di perequazione, per cui era dubbio se l'Autorità potesse all'uopo fissare, in via autoritativa, il prezzo della materia prima, oppure se tale possibilità, in assenza di un'espressa attribuzione, le fosse preclusa (lasciando, quindi, la concreta determinazione del prezzo alle dinamiche del mercato).

Investita sul punto, la Corte ha affermato che il mancato intervento dell'Alta Autorità avrebbe pregiudicato la realizzazione dell'obiettivo del meccanismo della perequazione, siccome sancito dal par. 18.2 della Convenzione⁹⁹; pertanto, l'Alta Autorità, anche in mancanza di un'esplicita "investitura", avrebbe avuto il potere, «se non l'obbligo», di adottare tutti i provvedimenti necessari a garantire, entro i limiti stabiliti dalla Convenzione, l'immediata riduzione del prezzo del carbone belga. Infatti, secondo la Corte, «senza fare un'interpretazione estensiva, è consentito applicare una norma interpretativa generalmente ammessa tanto in diritto internazionale quanto nel diritto interno e secondo la quale le disposizioni di un trattato internazionale o di una legge contengono implicitamente anche le norme senza le quali le predette

⁹⁸ Il par. 26.2 della Convenzione sulle disposizioni transitorie riguardante l'attuazione del trattato CECA stabiliva, in particolare, che: «La perequazione (fosse) destinata, dall'inizio del periodo transitorio: a) a permettere d'avvicinare ai prezzi del mercato comune per il complesso dei consumatori di carbone belga sul mercato comune i prezzi di questo carbone in misura che li faccia ribassare intorno ai costi di produzione prevedibili alla fine del periodo transitorio (...); b) a evitare che alla siderurgia belga sia impedito, a causa della disciplina speciale del carbone belga, di essere integrata nel mercato comune dell'acciaio e, pertanto, di ribassare i suoi prezzi al livello praticato in questo mercato.

⁹⁹ Senza un intervento dell'Alta Autorità, le dinamiche del mercato avrebbero, infatti, indotto i produttori belgi ad adottare comportamenti opportunistici tesi ad evitare la riduzione "spontanea" del prezzo.

disposizioni non avrebbero senso o non potrebbero venire applicate in modo ragionevole ed utile»¹⁰⁰.

Quasi due decenni più avanti la Corte è ritornata sulla questione dei poteri impliciti con un'altra fondamentale decisione avente ad oggetto l'esistenza o meno di un potere in capo alla Commissione di concludere accordi internazionali con Stati terzi¹⁰¹.

In proposito, la Corte ha statuito che la competenza della Comunità in uno specifico settore (come quello dei trasporti) «non dev'essere in ogni caso espressamente prevista dal trattato (...), ma può desumersi anche da altre (sue) disposizioni (...) e da atti adottati, in forza di queste disposizioni, dalle istituzioni della Comunità»¹⁰². Più precisamente, la norma individuata come parametro era l'art. 210, TCE (oggi, art. 47, TUE) che, attribuendo alla Comunità la personalità giuridica, avrebbe implicitamente autorizzato la stessa anche a stipulare accordi internazionali con Stati terzi purché funzionali al perseguimento degli scopi della Comunità (in specie, la politica comune nel settore dei trasporti): «(d)ì conseguenza, nell'attuare le disposizioni del trattato non è possibile separare il regime dei provvedimenti interni alla Comunità da quello delle relazioni esterne»¹⁰³.

A conferma delle argomentazioni espresse in quest'ultima decisione, la Corte ha successivamente specificato, a più riprese, che «ogniquale volta il diritto comunitario (avesse) attribuito alle istituzioni della Comunità determinati poteri sul piano interno, onde realizzare un certo obiettivo, la Comunità (sarebbe stata) competente ad assumere gli impegni internazionali necessari per raggiungere

¹⁰⁰ Corte giust., 29 novembre 1956, C-8/55, *Fédération Charbonnière de Belgique c. Alta Autorità della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio*, cit., 299.

¹⁰¹ Corte giust. CEE, 31 marzo 1971, C-22/70, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, 1971, 273 ss.: si trattava, in particolare, di un accordo relativo al lavoro degli equipaggi dei veicoli che effettuavano trasporti internazionali su strada (cd. "AETS").

¹⁰² Corte di giust. CEE, 31 marzo 1971, C-22/70, *Commissione c. Consiglio*, cit., 274.

¹⁰³ Corte di giust. CEE, 31 marzo 1971, C-22/70, *Commissione c. Consiglio*, cit., 274-275. La Corte, quindi, a chiusura del proprio ragionamento, ha affermato che: «benché gli artt. 74 e 75 non (attribuissero) espressamente alla Comunità dei poteri in materia di conclusione di accordi internazionali, l'adozione (...) del regolamento del Consiglio n. 543/69 (...) ha cionondimeno attribuito alla Comunità un'indubbia competenza a concludere con gli Stati terzi qualsiasi accordo riguardante la materia disciplinata dal regolamento stesso».

tale obiettivo, anche in mancanza di espresse disposizioni al riguardo»¹⁰⁴. Si è, così, giunti all'elaborazione in via pretoria di un principio generale (quello, cioè, del “parallelismo tra competenze interne e competenze esterne”¹⁰⁵), che trova oggi una specifica base giuridica nell'art. 3, par. 2 del TFUE¹⁰⁶.

Altra decisione rilevante per la nostra indagine è quella adottata a fine anni '80 in tema di politiche migratorie nei confronti degli Stati terzi¹⁰⁷.

Oggetto della questione sottoposta alla Corte era la legittimità di una decisione della Commissione, non supportata da una base giuridica espressa, di istituire un procedimento di notifica preventiva e di concertazione nell'ambito di tali politiche, in vista dell'adozione di una strategia comune.

Dopo aver ricordato che le politiche migratorie rientravano, seppure a certe condizioni, nei settori sociali (rispetto ai quali il previgente art. 118 del TCE prevedeva la collaborazione tra Stati membri), la Corte si è soffermata, in modo particolare, sull'estensione del potere di organizzazione delle consultazioni previsto dal par. 2 della disposizione richiamata; in proposito, i giudici hanno osservato che: «(...) quando un articolo del trattato CEE (nella fattispecie l'art. 118), affida alla Commissione un compito preciso, si deve ammettere, se non si vuole privare di qualsiasi efficacia detta disposizione, che

¹⁰⁴ V. Corte giust. CEE, parere del 26 aprile 1977, C-1/76, in *Racc.*, 1977, 755, ma anche Corte Giust. CEE, 14 luglio 1976, C-3/76, C-4/76, C-6/76, *Kramer*, in *Racc.*, 1976, 1279.

¹⁰⁵ La giurisprudenza successiva conforme al parere del 26 aprile 1977, C-1/76, cit., comprende, tra le decisioni principali, le seguenti: Corte di giust. CE, parere del 15 novembre 1994, C-1/94, in *Racc.*, I-5267; parere del 24 marzo 1995, C-2/92, in *Racc.*, I-521; 5 novembre 2002, C-466/98, C-467/98, C-468/98, C-469/98, C-471/98, C-472/98, C-475/98 e C-476/98, *Commissione c. Regno Unito, Danimarca, Svezia, Finlandia, Belgio, Lussemburgo, Austria, Germania*, in *Racc.*, I-9519, I-9575, I-9681, I-9741, I-9797, I-9855), le quali hanno chiarito la ripartizione di competenze tra Comunità e Stati membri in materia di conclusione di accordi internazionali di trasporto aereo.

¹⁰⁶ Secondo tale disposizione, «(l)'Unione ha inoltre competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali allorché tale conclusione è prevista in un atto legislativo dell'Unione o è necessaria per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata»; V., altresì, nell'ambito del Titolo V del TFUE, riguardante gli accordi internazionali dell'Unione, l'art. 216, par. 1: «L'Unione può concludere un accordo con uno o più paesi terzi o organizzazioni internazionali qualora i trattati lo prevedano o qualora la conclusione di un accordo sia necessaria per realizzare, nell'ambito delle politiche dell'Unione, uno degli obiettivi fissati dai trattati, o sia prevista in un atto giuridico vincolante dell'Unione, oppure possa incidere su norme comuni o alterarne la portata».

¹⁰⁷ Corte giust. CE, 9 luglio 1987, C-281, C-283, 285, 285 e 287/85, *Germania e al. c. Commissione*, in *Racc.*, 3245 ss.

esso le attribuisce, per ciò stesso, necessariamente i poteri indispensabili per svolgere detta missione»¹⁰⁸.

Sebbene, sin da tempi non sospetti, la Corte non si fosse sottratta dal precisare i limiti (piuttosto vaghi) a cui avrebbero dovuto essere sottoposti i poteri normativi impliciti delle istituzioni comunitarie¹⁰⁹, dai primi anni del nuovo secolo si è, però, registrata una parziale battuta di arresto dell'interpretazione "evolutiva" fino ad allora conosciuta¹¹⁰.

Ad esempio, nel caso *Tobacco Advertising*¹¹¹, la Corte ha cassato la direttiva n. 98/43/CE (riguardante il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco), in quanto adottata in difetto di un appropriato fondamento giuridico. Gli obiettivi di politica della sanità pubblica che detta direttiva si proponeva di realizzare escludevano, infatti, che questa potesse essere adottata in virtù dell'art. 100 A, n. 1 del TCE (poi art. 95 TCE e ora art. 114 TFUE) relativo al funzionamento del mercato interno, a meno di considerare senza alcun limite la competenza in siffatta materia; ad avviso della Corte, «(i)nterpretare tale articolo nel senso che attribuisca al legislatore comunitario una competenza generale a disciplinare il mercato interno non solo sarebbe contrario al tenore stesso delle disposizioni citate, ma sarebbe altresì incompatibile con il principio sancito all'art. 3 B del

¹⁰⁸ Corte giust. CE, 9 luglio 1987, C-281, C-283, 285, 285 e 287/85, Germania e al. c. Commissione, cit., 3253-3254; alla luce di quanto statuito, è stata, dunque, considerata legittima la decisione della Commissione nella parte in cui, allo scopo di provvedere all'organizzazione delle consultazioni, avesse obbligato gli Stati membri a trasmettere le informazioni indispensabili (attraverso il procedimento di notifica preventiva) sia per la definizione dei problemi, sia per la messa in atto di un'eventuale e futura azione comune degli Stati membri nella materia in questione. Diversamente, «(...) questa collaborazione, pur se voluta dal trattato, rischierebbe di restare lettera morta. La Commissione, poiché ha per l'appunto il compito di promuovere detta collaborazione e di organizzarne la realizzazione, ha il potere di istituire procedimenti di consultazione nel campo sociale cui l'art. 118 di riferisce».

¹⁰⁹ Cfr., *ex multis*, Corte di giust. CEE, 2 maggio 1990, causa C-27/89, Scarpe, in *Racc.*, 1990, I-1701 ss.; 15 maggio 1984, C-121/83, *Zuckerfabrik Franken*, in *Racc.*, 1984, 2039 ss., in part. p.to 13; entrambe le sentenze hanno specificato che sono considerati legittimi tutti i provvedimenti necessari o utili per l'attuazione della disciplina di base espressa.

¹¹⁰ P. J. C. KAPTEYN, A. M. MCDONNELL E AL. (a cura di), *The Law of the European Union and the European Communities*, Leiden, 2008, 138-139. Nello stesso, anche se con delle precisazioni, v. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 64 ss.

¹¹¹ Corte giust. CE, 5 ottobre 2000, C-376/98, *Germania c. Parlamento europeo e Consiglio*, in *Racc.*, 2000, I-8419 ss.

Trattato CE (divenuto art. 5 CE), secondo cui le competenze della Comunità sono competenze di attribuzione»¹¹².

Anche nel caso relativo all'accordo tra l'allora Comunità europea e gli Stati Uniti d'America sul trattamento e trasferimento dei dati personali dei passeggeri europei alle autorità statunitensi¹¹³, i giudici hanno posto dei limiti all'utilizzo, forse troppe volte disinvolto, della teoria dei poteri impliciti. Si è, infatti, escluso che l'accordo in questione potesse essere funzionale a un più corretto funzionamento del mercato interno, dal momento che lo stesso era, pur non dichiaratamente, finalizzato alla salvaguardia della pubblica sicurezza, materia di esclusiva competenza statale.

Nella stessa direzione sin qui tracciata, appaiono, altresì, interessanti alcune decisioni del Tribunale di primo grado, tra cui quella del 17 settembre 2007¹¹⁴, in cui si è affermato testualmente che «l'esistenza di un potere regolamentare implicito, che costituisce una deroga al principio di attribuzione (...), dev'essere valutata restrittivamente. Solo eccezionalmente tali poteri impliciti vengono riconosciuti dalla giurisprudenza e, perché ciò accada, essi devono essere necessari per garantire l'effetto utile delle disposizioni del Trattato o del regolamento di base di cui trattasi (...). Tale condizione di necessità deve sussistere non solo per quanto riguarda le disposizioni sostanziali del regolamento, ma anche per quanto riguarda la sua forma e il suo valore vincolante»¹¹⁵. Interessante notare come in quest'ultima decisione si sia puntualizzato l'oggetto dei limiti, i quali devono anche abbracciare la scelta del

¹¹² Corte giust. CE, 5 ottobre 2000, C-376/98, *Germania c. Parlamento europeo e Consiglio*, cit., I-8524.

¹¹³ Corte giust. CE, 30 maggio 2006, C-317/04, C-318/04, *Parlamento europeo c. Consiglio e Commissione*, in *Racc.*, 2006, I-4721 ss.

¹¹⁴ Trib. I gr. CE, Sez. I, 17 settembre 2007, T-240/04, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, 2007, II-4035 ss. In termini, v. Trib. I gr. CE, 17 novembre 2009, T-143/06, *MTZ Polyfilms Ltd c. Consiglio*, in *Racc.*, 2009, II-4133 ss. (in part. v. p.ti 46-50); IV Sez., 4 marzo 2015, T-496/11, *Regno Unito c. BCE*, in corso di pubbl., nella quale è stato stabilito che l'esistenza di stretti legami tra i sistemi di pagamento e i sistemi di compensazione di titoli non è sufficiente a giustificare il riconoscimento in capo alla Banca centrale europea di poteri impliciti di regolamentazione dei sistemi di compensazione di titoli; ancora, Sez. VIII, 22 aprile 2015, T-320/09, *Planet AE Anonymi Etaireia Parochis Symvouleftikon Ypiresion*, in corso di pubbl., in tema di poteri di organizzazione interna della Commissione.

¹¹⁵ Trib. I gr. CE, Sez. I, 17 settembre 2007, T-240/04, *Francia c. Commissione*, cit., p.ti 37-38. Nel caso di specie si è, infatti, ritenuto che le istituzioni comunitarie (si trattava, in particolare, della Commissione), in ossequio al principio della certezza del diritto, non avessero libertà nella scelta della forma giuridica da attribuire al mezzo "implicito" utilizzato.

mezzo impiegato (e non solo riguardare le basi giuridiche invocate), che non può, dunque, essere considerata insindacabile.

Indugiando ancora sui limiti delle competenze attribuite alle istituzioni europee, un accento sul mancato rispetto da parte di queste degli obiettivi stabiliti dai trattati è stato posto dalla Corte anche di recente¹¹⁶.

La sentenza in questione ha preso le mosse dall'istituzione da parte degli Stati membri di un meccanismo permanente di gestione delle crisi al fine di salvaguardare la stabilità finanziaria della zona euro (cd. "Meccanismo europeo di stabilità"); la Corte ha, in particolare, verificato se la creazione di tale meccanismo violasse le competenze in materia di politica economica e monetaria dell'Unione, giungendo, però, a conclusioni negative.

Più precisamente, l'Unione non sarebbe titolare di un potere implicito di siffatta natura né sulla base della propria competenza esclusiva in tema di politica monetaria (poiché l'obiettivo perseguito da detto meccanismo, ossia la salvaguardia della stabilità della zona euro nel suo complesso, è «chiaramente» distinto dall'obiettivo del mantenimento della stabilità dei prezzi), né in virtù della competenza di mero coordinamento delle politiche economiche degli Stati (atteso che le disposizioni dei trattati non le conferiscono, in proposito, una competenza specifica). Pertanto, gli Stati membri la cui moneta è l'euro sono competenti a concludere tra di loro un accordo relativo all'istituzione di un meccanismo di stabilità, come quello in esame.

Sempre in tema di politica monetaria, si è, da ultimo, espressa la Corte di giustizia, che ha indagato sulla "latitudine" dei poteri del Sistema europeo delle banche centrali, in occasione dell'adozione di un programma di acquisto di titoli di Stato sui mercati secondari¹¹⁷. Questa volta la Corte, pur ribadendo che anche il SEBC dovesse agire, conformemente al principio di attribuzione, nei limiti dei poteri conferitigli dal diritto primario (e non potesse dunque validamente adottare e attuare un programma che esulasse dall'ambito assegnato alla politica monetaria dai trattati), ha rilevato che la politica monetaria è essenzialmente definita "per obiettivi" (primo fra tutti, il mantenimento della stabilità dei

¹¹⁶ Si intende far riferimento a Corte giust. UE, 27 novembre 2012, C-370/12, *Pringle*, in *Racc.*, 2012, I ss.

¹¹⁷ Corte giust. UE, 16 giugno 2015, C-62/14, *Gauweiler*, in corso di pubbl.

prezzi), per cui sarebbe risultato legittimo ogni mezzo funzionale al loro raggiungimento, purché rispettoso del principio di proporzionalità¹¹⁸.

L'analisi della giurisprudenza passata in rassegna mostra, come già evidenziato in occasione del commento di quella nordamericana (par. 3) e pur nella diversità delle questioni trattate, alcune tendenze comuni.

In primo luogo, anche nell'ambito dell'ordinamento europeo, la teoria dei poteri impliciti è stata impiegata, perlopiù, al fine di consentire, attraverso un'interpretazione flessibile e funzionale delle disposizioni dei trattati, l'esercizio di poteri di carattere normativo (tant'è che in dottrina si utilizza talvolta il termine "competenze", in luogo di "poteri", proprio per sottolineare questo carattere peculiare¹¹⁹).

In secondo luogo, il largo uso, testimoniato dalla giurisprudenza richiamata, a siffatto criterio interpretativo è stato evidentemente suggellato dal principio dell'effetto utile, il quale è stato determinante nella valorizzazione e nell'implementazione di un'interpretazione teleologica dei trattati. Ciò ha implicato, anche per ragioni di carattere politico tendenzialmente riconducibili al processo di integrazione europea, il parziale sacrificio delle esigenze di garanzia e legalità sottese a un sistema a competenze enumerate come quello dell'Unione europea; ne è, peraltro, una dimostrazione la considerevole "tolleranza" mostrata dalla Corte di giustizia con riferimento ai limiti, tutt'altro che stringenti, a cui sarebbero sottoposti gli *implied powers*. Al riguardo, è anzi possibile sostenere che la teoria dei poteri impliciti sia stata principalmente utilizzata, in ambito europeo, nella sua versione - per così dire - "radicale", atteso che i poteri impliciti sono stati spesso ricavati, salvo talune eccezioni, non da altri poteri espressi (rispetto ai quali i primi siano strumentali), bensì dai soli

¹¹⁸ Corte giust. UE, 16 giugno 2015, C-62/14, *Gauweiler*, cit.; in ordine ai poteri impliciti della BCE, specialmente con riferimento alle cd. "misure non convenzionali" da questa adottate, cfr. S. ANTONIAZZI, *L'Unione bancaria europea: i nuovi compiti della BCE di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e il meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 3-4, 2014, 717 ss.

¹¹⁹ J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, cit., 141 ss.; v., altresì, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 78 ss.

obiettivi indeterminati dei trattati, grazie a un'interpretazione teleologica degli stessi¹²⁰.

Infine, sempre con riferimento ai limiti, non può non evidenziarsi, sulla scia delle esperienze più recenti (soprattutto quelle riguardanti gli ultimi interventi in materia di politica economica e monetaria), come questi si siano ulteriormente attenuati, se non – addirittura - abbiano “spostato in avanti” il loro eventuale sindacato: parrebbe, in altri termini, che i limiti in questione non abbiano più ad oggetto la titolarità “a monte” del potere (comunque esistente in tali materie in situazioni di crisi o emergenziali), quanto piuttosto il suo concreto esercizio “a valle” (sindacato attraverso, ad esempio, il principio di proporzionalità).

6. La “chiusura” del sistema: la “clausola di flessibilità” e il rapporto con i poteri impliciti.

Discorso a parte merita la cd. “clausola di flessibilità”.

Essa è attualmente prevista dall'art. 352, par. 1 del TFUE, il quale stabilisce che: «(s)e un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate. Allorché adotta le disposizioni in questione secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio delibera altresì all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo».

Già prima di Lisbona, anche se limitatamente al raggio di applicazione del previgente Trattato CE, la clausola di flessibilità non era estranea al diritto dell'Unione europea; anzi, l'art. 308 del TCE (e, ancor prima, l'art. 235) prevedeva espressamente che quando un'azione delle istituzioni fosse risultata necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli

¹²⁰ Sulla distinzione tra accezione restrittiva e accezione flessibile della teoria dei poteri impliciti, cfr. K. SKUBISZEWSKI, *Implied powers of International Organizations*, cit., 857.

scopi della Comunità, senza che il Trattato avesse previsto i poteri di azione a tal uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, avrebbe potuto adottare «le disposizioni del caso».

Nella formulazione precedente, a parte le considerazioni di ordine procedurale¹²¹, la norma autorizzava l'uso della clausola di flessibilità limitatamente alla necessità di assicurare il funzionamento del mercato comune, per cui non si ravvisavano particolari limiti sostanziali alla possibilità del Consiglio di giustificare un considerevole spettro di potestà innominate¹²². Il nuovo art. 352, TFUE, invece, ha perso il riferimento al funzionamento del mercato comune per far posto ad un nuovo (ma non per questo più stringente¹²³) limite relativo al «quadro delle politiche definite dai trattati»; rimane, inoltre, il requisito della «necessità», mentre gli obiettivi realizzabili con la clausola di flessibilità assumono valenza generale (non essendo limitati a singoli settori¹²⁴).

¹²¹ Il Trattato di Lisbona ha, in particolare, introdotto, la necessaria «previa approvazione» del Parlamento in luogo della sua mera consultazione, inducendo taluni a sottolineare il positivo incremento del controllo democratico che in questo modo verrebbe a crearsi sull'uso della clausola di flessibilità: in proposito, v. J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, cit., 140. Inoltre, l'art. 352, par. 2, TFUE ha sottoposto anche le proposte della Commissione ex art. 352 del TFUE al meccanismo del controllo del principio di sussidiarietà di cui all'art. 5, par. 3 del TUE.

¹²² Tant'è che si è arrivati perfino a sostenere che «la disposizione di cui all'art. 235 TCE (...) ha consentito (...) uno sviluppo di competenze oltre la lettera dei Trattati che va probabilmente ben al di là di quello permesso negli Stati Uniti dalla *necessary and proper clause*. La procedura da esso prevista ha in effetti oltrepassato i confini di una semplice dottrina dei poteri impliciti, perché ha consentito di legittimare l'utilizzazione di competenze comunitarie che non hanno alcun legame di necessità ragionevole con quelle espressamente enumerate» (R. CALVANO, *I poteri impliciti comunitari. L'art. 308 TCE come base giuridica per l'espansione dell'azione comunitaria*, cit., 108).

¹²³ J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, cit., 139; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, cit., 33. Nello stesso senso, R. CALVANO, *I poteri impliciti comunitari. L'art. 308 TCE come base giuridica per l'espansione dell'azione comunitaria*, cit., 118.

¹²⁴ La Dichiarazione n. 41 relativa all'articolo 352 del TFUE stabilisce, infatti, che «(l)a conferenza dichiara che il riferimento, nell'articolo 352, paragrafo 1 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, agli obiettivi dell'Unione è un riferimento agli obiettivi di cui all'articolo 3, paragrafi 2 e 3 del trattato sull'Unione europea e a quelli di cui all'articolo 3, paragrafo 5 di detto trattato per quanto concerne l'azione esterna ai sensi della quinta parte del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. È pertanto escluso che un'azione basata sull'articolo 352 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea persegua soltanto gli obiettivi di cui all'articolo 3, paragrafo 1 del trattato sull'Unione europea. A questo proposito, la conferenza rileva che conformemente all'articolo 31, paragrafo 1 del trattato sull'Unione europea, non si possono adottare atti legislativi nel settore della politica estera e di sicurezza comune».

e si riferiscono all'Unione nel suo complesso (e non più alla sola Comunità, ormai estinta)¹²⁵.

Come già anticipato (par. 4) e come, peraltro, risulta già intuibile dal tenore letterale delle disposizioni ricordate, la clausola di flessibilità svolge, in termini non dissimili dalla teoria dei poteri impliciti, la funzione di attenuare le “rigidità” del principio di attribuzione in un’ottica di interpretazione evolutiva dei trattati europei¹²⁶, ma coprendo, a differenza della seconda, le sole ipotesi in cui i poteri innominati non siano neanche implicitamente desumibili dalle disposizioni dei trattati medesimi¹²⁷. La clausola di flessibilità persegue, infatti, un diverso obiettivo da quello degli *implied powers*, posto che essa non “rende visibile” un potere già esistente (ancorché desunto in via interpretativa da un altro che è, invece, espressamente conferito all’Unione), ma ne crea uno nuovo e indipendente, soggetto alle specifiche condizioni stabilite dall’art. 352, TFUE¹²⁸.

Dello stesso avviso è la giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale ha avuto modo di precisare che si sarebbe potuto utilizzare la clausola di flessibilità solo nel caso in cui il ricorso alla teoria dei poteri impliciti non fosse stato sufficiente a giustificare la legittimità della potestà implicita eventualmente esercitata; pertanto, i due “strumenti di flessibilità” in questione non sono da considerarsi alternativi, ma l’utilizzo del secondo (la teoria dei poteri impliciti)

¹²⁵ Ciò comporta, evidentemente, un’espansione dell’ambito di applicazione della clausola in esame: J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell’Unione europea*, cit., 139; D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law. Cases and materials*, cit., 214. Sulla natura degli “obiettivi” realizzabili attraverso la clausola di flessibilità, v. R. SCHUTZE, *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*, Oxford, 2009, 136-138, citato da D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law. Cases and materials*, cit., 214-215.

¹²⁶ Tale accento è posto, in particolare, da R. CALVANO, *I poteri impliciti comunitari. L’art. 308 TCE come base giuridica per l’espansione dell’azione comunitaria*, cit., 103 ss.

¹²⁷ R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell’Unione europea*, cit., 31.

¹²⁸ Cfr. A. GIARDINA, *Principio di legalità e poteri impliciti nelle Comunità europee*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, cit., 468; di recente, v., *ex multis*, G. STROZZI, *Diritto dell’Unione europea. Parte istituzionale. Dal Trattato di Roma alla Costituzione europea*, Torino, 2005, 54; P. J. C. KAPTEYN, A. M. MCDONNELL E AL. (a cura di), *The Law of the European Union and the European Communities*, cit., 225, in cui si precisa che «(...) the application of the theory of implied powers in the system of the Treaties can only relate to existing powers of action. It cannot fill a gap in the totality of the specific powers conferred on the Institutions for the activities of the Communities – for this purpose a provision like Article 308 EC has been created – but it can only supplement a specific power to act, explicitly conferred on the Communities, which shows a gap»; G. TESAURO, *Diritto dell’Unione europea*, cit., 101.

è propedeutico alla successiva ed eventuale attivazione del primo (la clausola di flessibilità)¹²⁹.

Sebbene la clausola di flessibilità sia stata utilizzata in svariati settori (dalla proprietà intellettuale al diritto societario, dalla tutela dell'ambiente alla protezione civile e dei consumatori, nonché per l'istituzione di molte agenzie europee¹³⁰)¹³¹, ciò nondimeno essa – come ha osservato la più attenta giurisprudenza – non può dar luogo a una procedura di revisione dei trattati diversa da quella espressamente prevista (v. art. 48 del TUE). Ed invero, l'art. 235, TCE (oggi, art. 352, TFUE), «(...) costituendo parte integrante di un ordinamento istituzionale basato sul principio dei poteri attribuiti, non può

¹²⁹ Sul punto, v., *ex multis*, Corte giust. CEE, 18 febbraio 1964, C-73/63 e C-74/63, in *Racc.*, 1963, 25: «(l)'articolo 235 ha carattere complementare e può essere applicato soltanto qualora il Trattato non abbia previsto i poteri necessari per il conseguimento di un determinato scopo della Comunità»; 26 marzo 1987, C-45/86, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, 1987, 1493 (in part., v. p.to 13), secondo cui «dalla stessa lettera dell'art. 235 si desume che il valersi di detta norma come base legale di un atto è ammesso solo quando nessun'altra disposizione del Trattato attribuisca alle istituzioni comunitarie la competenza necessaria per l'emanazione dell'atto stesso»; 30 maggio 1989, C-242/87, *Erasmus*, in *Racc.*, 1989, 1425 ss.; 11 giugno 1991, C-307/89, *Commissione c. Francia*, in *Racc.*, 1991, I-2903 ss.; 26 marzo 1996, C-271/94, *Parlamento c. Consiglio*, in *Racc.*, 1996, I-1689 ss.; 28 marzo 1996, n. 2/94, *Adesione della Comunità alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Racc.*, 1996, I-1788: «(l)'art. 235 è diretto a supplire all'assenza di poteri di azione attribuiti espressamente o implicitamente alle istituzioni comunitarie da specifiche disposizioni del Trattato, quando poteri di tal genere dovessero apparire non di meno necessari affinché la Comunità possa svolgere i propri compiti ai fini della realizzazione degli obiettivi fissati dal Trattato».

¹³⁰ Tuttavia, v. quanto statuito da Corte giust. CE, 2 maggio 2006, C-217/04, *Regno Unito c. Parlamento europeo e Consiglio*, in *Racc.*, I-3771, con cui si è ritenuto che l'art. 95, TCE (ora art. 114, TFUE) costituisca la corretta base giuridica del regolamento istitutivo dell'Agenzia europea per la sicurezza delle reti e dell'informazione, in quanto «la competenza a creare nuovi organismi dell'Unione (...) deve ritenersi compresa nei poteri conferiti alle istituzioni per la regolazione della materia oggetto dell'attività dell'organismo da creare». Secondo la Corte, «nulla nel tenore testuale dell'art. 95 TCE (attuale art. 114 TFUE) permette di concludere che i provvedimenti adottati dal legislatore comunitario sul fondamento di tale disposizione debbano limitarsi, quanto ai loro destinatari, ai soli Stati membri. Può, infatti, rendersi necessario prevedere, sulla scorta di una valutazione rimessa al detto legislatore, l'istituzione di un organismo comunitario incaricato di contribuire alla realizzazione di un processo di armonizzazione nelle situazioni in cui, per agevolare l'attuazione e l'applicazione uniformi di atti fondati su tale norma, appaia appropriata l'adozione di misure di accompagnamento e di inquadramento non vincolanti».

¹³¹ Cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, cit., 31-32, nonché i riferimenti normativi ivi richiamati. V., altresì, G. DE BURCA, B. DE WITTE, *The Delimitation of Powers between the EU and its Member States*, in A. ARNULL, D. WINSCOTT (a cura di), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford, 2002, 217, i quali hanno affermato che, fino al 2002, la clausola di flessibilità era stata utilizzata come base giuridica per circa settecento atti comunitari. Sull'ampio utilizzo della clausola di flessibilità, specialmente nella prima fase del processo di integrazione europea, si esprime R. CALVANO, *I poteri impliciti comunitari. L'art. 308 TCE come base giuridica per l'espansione dell'azione comunitaria*, cit., 96 ss.

costituire il fondamento per ampliare la sfera dei poteri della Comunità al di là dell'ambito generale risultante dal complesso delle disposizioni del Trattato, ed in particolare di quelle che definiscono i compiti e le azioni della Comunità. Essa non può essere in ogni caso utilizzata quale base per l'adozione di disposizioni che condurrebbero sostanzialmente, con riguardo alle loro conseguenze, a una modifica del Trattato che sfugga alla procedura all'uopo prevista nel Trattato medesimo»¹³².

Oltre ai limiti impliciti all'utilizzo della clausola in questione, vi sono, poi, quelli espliciti, individuati dallo stesso art. 352, TFUE, ai paragrafi 3 e 4. In particolare, il primo (art. 352, par. 3, TFUE) esclude il ricorso a siffatto strumento quando comporti un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei casi in cui i trattati la escludano, mentre il secondo (art. 352, par. 4, TFUE) impedisce l'uso della clausola per il conseguimento di obiettivi riguardanti la politica estera e di sicurezza comune.

Dalle considerazioni sopra svolte e, in modo particolare, dal rapporto sussistente con la teoria dei poteri impliciti, emerge come la clausola di flessibilità svolga essenzialmente una funzione residuale e di "chiusura" del sistema¹³³.

Come si è più volte ribadito, non si è, infatti, al cospetto di poteri impliciti, bensì di nuovi poteri che trovano ingresso nell'ordinamento europeo solo a seguito di una procedura piuttosto complessa (assimilabile ad una sorta di revisione "speciale" dei trattati con i limiti evidenziati dalla giurisprudenza), nella quale partecipano gli attori più rilevanti dell'ordinamento (quali, Commissione, Consiglio e Parlamento); a differenza del criterio interpretativo

¹³² In part., cfr. Corte giust. CEE, 12 luglio 1973, C-8/73, *Massey Ferguson*, in *Racc.*, 1973, 897 ss; Corte giust. CE, parere del 28 marzo 1996, n. 2/94, *Adesione della Comunità alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., I-1788. In termini, v. Dichiarazione n. 42 allegata al Trattato di Lisbona relativa all'articolo 352 del TFUE.

¹³³ Non a caso, secondo N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 59, «il disegno di politica giurisprudenziale della Corte sembra ispirato dall'evidente intento di "spremere" nella misura massima possibile (secondo i criteri interpretativi dei poteri impliciti, dell'effetto utile, ecc.) la capacità abilitante di ogni disposizione del Trattato contemplante in modo espresso una qualche competenza comunitaria, e di riservare conseguentemente la funzione di chiusura dell'articolo 235, ora 308, solo a casi limite, per i quali neppure una prospettiva ermeneutica particolarmente propensa ad assecondare forzature evidenti del dato testuale appare sufficiente a colmare l'autentica carenza di previsione del Trattato stesso».

della teoria dei poteri impliciti, la procedura in esame consente un controllo democratico e preventivo (ora, peraltro, anche più incisivo grazie al rafforzamento dei poteri del Parlamento e al coinvolgimento degli organi legislativi nazionali), il quale dovrebbe almeno assicurare, in termini prognostici, un ricorso più “ragionevole” alla clausola (e così, forse, limitare i frequenti casi di “sconfinamento” dell’Unione a danno degli Stati membri)¹³⁴.

¹³⁴ A. ANZON, *La delimitazione delle competenze dell’unione europea*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2003, 804-805.

CAPITOLO II

La legalità amministrativa e le sue differenti “matrici”

SOMMARIO 1. *Dalle competenze normative ai poteri amministrativi: la teoria dei poteri impliciti alle prese col principio di legalità* – 2. *La necessaria “conformità alla legge” dei poteri amministrativi e la “mutevolezza” del significato del principio di legalità nelle sue varie accezioni* – 3. *La ricerca del fondamento costituzionale del principio di legalità* – 4. *Una breve digressione: cenni al rapporto tra principio di legalità sostanziale e riserva di legge* – 5. *Legalità sostanziale e riserva di legge nell’elaborazione giurisprudenziale della Corte costituzionale* – 6. *«Espropriazione indiretta» e legalità sostanziale: i moniti della Corte europea dei diritti dell’uomo di fronte alla persistente (im)prevedibilità dell’azione amministrativa* – 7. *La (presunta) “crisi” del principio di legalità* – 8. *Osservazioni di sintesi.*

1. Dalle competenze normative ai poteri amministrativi: la teoria dei poteri impliciti alle prese col principio di legalità.

L’analisi comparata ha mostrato come la teoria dei poteri impliciti, nata in un ordinamento federale, si sia, in seguito, sviluppata anche in altri contesti istituzionali, non necessariamente riconducibili a quel modello, ma che sono nondimeno fondati sul principio di attribuzione delle competenze e sulla conseguente necessità di individuare i limiti entro cui esse possono liberamente esplicarsi, allo scopo di evitare indebite interferenze.

La teoria dei poteri impliciti ha, dunque, costituito – sia nell’esperienza nordamericana che in quella europea – un utile e flessibile mezzo interpretativo teso ad attenuare, in un’ottica funzionalistica, le rigidità dei sistemi di riparto delle competenze di carattere essenzialmente normativo. Non a caso, come si è già accennato in precedenza, parte della dottrina ha talvolta utilizzato il termine “competenze”, in luogo di “poteri”, per inquadrare la tematica oggetto della presente ricerca nel (solo) problema concernente il riparto di competenze fra

centri di autorità costituiti¹³⁵, quasi sempre dotati - seppure talvolta solo indirettamente – di una specifica legittimazione democratica.

La teoria dei poteri impliciti non ha, però, solo riguardato la questione dianzi indicata, “contaminando” più specificamente anche il nostro sistema amministrativistico, laddove questo presentasse dei “difetti” e delle “rigidità” non altrimenti superabili se non con il ricorso a siffatta teoria.

L’auto-attribuzione ad opera di soggetti titolari di funzioni amministrative di potestà innominate (siano essere di carattere normativo o più strettamente provvedimentale) fondate su altri poteri (viceversa conferiti espressamente da norme “abilitate”) o, addirittura, su scopi genericamente individuati dal legislatore non può, quindi, lasciare indifferente lo studioso del diritto amministrativo.

Ed invero, l’aspetto problematico sicuramente più rilevante che caratterizza l’intera tematica dei poteri impliciti nell’ottica più specifica del diritto amministrativo - e che costituisce il “cuore” della presente indagine – riguarda la compatibilità o meno dei suddetti poteri con uno dei principi fondamentali del diritto amministrativo (e non solo): il principio di legalità¹³⁶. Ciò in quanto «l’attribuzione di potere (amministrativo), a differenza di quello che avviene nelle Costituzioni a favore del potere legislativo, deve rispondere a determinati criteri atti a garantire la raffrontabilità»¹³⁷.

Risulta, quindi, indispensabile - prima di passare ad esaminare più specificamente il tema oggetto della presente trattazione - analizzare il concreto “funzionamento” del principio di legalità nel diritto amministrativo,

¹³⁵ J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell’Unione europea*, cit., 141 ss.; v., altresì, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 78 ss., il quale però sottolinea che la diversità terminologica utilizzata descrive, in realtà, il medesimo fenomeno: «(...) infatti, è possibile individuare una fortissima analogia (se non addirittura una perfetta identità) fra il *vulnus* che può arrecare alla “sovranità” degli Stati membri un allargamento del potere federale al di fuori delle competenze enumerate nell’atto costitutivo e quello che può inferire alla libertà ed alla autonomia dei cittadini l’agire autoritativo dell’Amministrazione al di fuori di un’esplicita autorizzazione legislativa. In entrambi i casi, in definitiva, il fenomeno che è dato riscontrare è sempre lo stesso: quello di una sottrazione di potere decisionale al soggetto che ne era l’originario titolare a favore del centro di potere che se ne arroga l’esercizio, travalicando le previsioni di allocazione delle rispettive sfere di competenza quali consacrate nell’atto normativo (a seconda dei casi, la Costituzione, il Trattato, la legge) distributivo delle attribuzioni».

¹³⁶ N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 105.

¹³⁷ G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 719.

concentrandosi, in maniera particolare, sulla sua origine, il suo significato, il suo fondamento e, infine, sulla sua attuale consistenza, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale, che parrebbe tesa a valorizzare – almeno di recente - l’accezione sostanziale del principio¹³⁸.

Si analizzerà, inoltre, la concezione della legalità “amministrativa” fatta propria dalla Corte europea dei diritti dell’uomo¹³⁹, la cui rilevanza è oggi divenuta indiscutibile a seguito delle sentenze “gemelle” della Corte costituzionale (Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349), con le quali si è riconosciuto alle disposizioni della Convenzione – nel significato loro attribuito dalla Corte di Strasburgo – il valore di “parametro interposto” ai fini della verifica del rispetto dell’art. 117, comma 1, Cost.¹⁴⁰. Si può fin da ora anticipare che la legalità viene qui intesa come prevedibilità dell’azione amministrativa, prescindendo dalla natura legislativa della fonte o dalla esistenza di riserve di legge; ciò che, infatti, conta è che la norma attributiva del potere, nei casi in cui vi sia un’interferenza con i diritti di libertà ad opera dei pubblici poteri (si pensi, ad esempio, alla proprietà), sia sufficientemente chiara, precisa e prevedibile, in un’ottica tesa, dunque, a privilegiare le esigenze della certezza del diritto su quelle di democraticità e di sovranità popolare.

2. La necessaria “conformità alla legge” dei poteri amministrativi e la “mutevolezza” del significato del principio di legalità nelle sue varie accezioni.

Il termine “legalità”¹⁴¹ postula, nella sua accezione più lata, la “conformità alla legge” e indica quel principio in base al quale «i pubblici poteri sono

¹³⁸ Ci si riferisce, in particolare, a Corte cost. 4 aprile 2011, n. 115, su cui v. par. 5.

¹³⁹ V. cap. II, par. 6.

¹⁴⁰ Sul rapporto tra CEDU e ordinamento interno v., di recente, C. DEODATO, *L’efficacia della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali nell’ordinamento italiano. La questione della disapplicazione: un problema sopravvalutato?*, in www.giustamm.it, 2013.

¹⁴¹ Sulla nozione di “legittimità” v., invece, F. LEVI, voce «Legittimità (dir. amm.)», in *Enc. Dir.*, Milano, XXIV, 1974, 124-140. Sul rapporto tra “legalità” e “legittimità”, non può non richiamarsi l’opera di C. SCHMITT, *Legalitat und Legitimat*, Munchen-Leipzig, 1932 (pubblicata solo parzialmente in G. MIGLIO, P. SCHIERA (a cura di), *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, 212 ss.); v., altresì, L. CARLASSARE, voce «Legalità (principio di)», in *Enc. giur. Treccani*,

soggetti alla legge, di tal che ogni loro atto deve essere conforme alla legge, a pena di invalidità»¹⁴².

Quanto al concetto di “legge”, esso ha assunto nel corso del tempo almeno due significati diversi: un primo significato che lo equipara all’atto formale dell’organo titolare della funzione legislativa: in questo caso, il principio di legalità (inteso come conformità *lato sensu* dei pubblici poteri alla legge ordinaria) vale per il potere esecutivo e per il potere giurisdizionale, ma non per quello legislativo, che non incontra alcun limite (almeno nella fonte di rango primario)¹⁴³. Un secondo significato che identifica, invece, la legge nella cd.

Roma, XVIII, 1988, 1-2, la quale, citando Norberto Bobbio, ha sottolineato che tra “legittimità” e “legalità” vi sarebbe una differenza «(...) netta e sicura, nel senso che l’una riguarderebbe il “titolo” del potere, l’altra l’“esercizio”». Tale differenza, tuttavia, come riconosciuto dalla stessa Autrice, si è decisamente attenuata nel corso del tempo.

¹⁴² R. GUASTINI, voce «Legalità (principio di)» in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, IX, 1994, 85. Tradizionalmente, però, la “conformità alla legge” soleva essere riferita non ai pubblici poteri *tout court*, ma solamente al potere esecutivo, sul presupposto che il problema della garanzia dei diritti si ponesse unicamente nei confronti di quest’ultimo, e non rispetto ai poteri legislativo e giudiziario. La letteratura sul principio di legalità dell’azione amministrativa è ovviamente vastissima; si segnalano, a tal proposito, solo alcuni degli innumerevoli contributi sul tema: C. SCHMITT, *Legalität und Legitimat*, cit.; G. ZANOBINI, *L’attività amministrativa e la legge*, in G. ZANOBINI, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 203-218; V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, 904 ss.; V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e “giusto procedimento”*, in *Giur. cost.*, 1962, 130-143; V. OTTAVIANO, *Poteri dell’amministrazione e principi costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 913-929; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell’esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, *passim*; ID, voce «Legalità (principio di)», cit.; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969, *passim*; S. FOIS, voce «Legalità (principio di)», in *Enc. Dir.*, Milano, XXIII, 1973, 659-703; F. LEVI, voce «Legittimità (dir. amm.)», cit., 124-140; S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 1355 ss.; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, *passim*; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, *passim*; R. GUASTINI, voce «Legalità (principio di)», cit., 85-97; G. U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 247-310; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell’Amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3303-3327; A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, 111-142; M. D’AMICO, *Legalità (dir. cost.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 3365-3373; F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2007, *passim*; M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all’ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 1-28; F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, *passim*.

¹⁴³ Tale nozione di “legge” fa capo all’idea post-rivoluzionaria della Francia di fine diciottesimo secolo, secondo la quale la legge, espressione della volontà popolare, è sovrana, onnipotente e inderogabile. Sulla centralità della legge rispetto all’amministrazione, con spunti anche di diritto comparato, v. P. BERTOLINI, *Delle garanzie della legalità in ordine alla funzione amministrativa*, Roma, 1890, *passim*. In presenza di una Costituzione flessibile, in cui il legislatore non è sottoposto ad alcun controllo, secondo L. CARLASSARE, voce «Legalità (principio di)», cit., 3, si crea, piuttosto che una limitazione, un rafforzamento del potere

“legge materiale” (in tali casi, la dottrina tende a parlare più propriamente di “legittimità”¹⁴⁴), cioè in qualsiasi norma giuridica dell’ordinamento positivo, indipendentemente dalla fonte da cui promana: in questo senso, il principio di legalità “coprirebbe”, oltre ai poteri esecutivo e giurisdizionale, anche quello legislativo, il quale, sebbene sia sottratto al vincolo della legge ordinaria, può essere sottoposto ad altre norme giuridiche di rango diverso e superiore a quello legislativo, come le norme costituzionali¹⁴⁵.

Nell’ambito peculiare del diritto amministrativo, la “legittimità” presuppone, sul piano logico, l’esistenza di due elementi tra loro comparabili: l’azione amministrativa (fattispecie concreta) da un lato e il parametro normativo (fattispecie astratta) dall’altro. Essa consiste, a seconda del diverso valore e significato che si vuole attribuire al termine¹⁴⁶, nella relazione di “conformità” o di “compatibilità” tra le due fattispecie appena menzionate¹⁴⁷. In particolare, la relazione di conformità implica che vengano considerati giuridicamente validi i soli atti amministrativi previsti, autorizzati o permessi dalla norma di legge; il rapporto di compatibilità postula, invece, che vengano

esecutivo, in quanto esso apparterrebbe allo stesso “colore” politico della maggioranza parlamentare.

¹⁴⁴ R. RESTA, *La “legittimità” degli atti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 28-47; E. CANNADA-BARTOLI, *Una nozione necessaria: la legittimità degli atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1955, IV, 201-206; F. LEVI, voce «Legittimità (dir. amm.)», 135 ss., che evidenzia il rapporto di integrazione tra legge e regole non scritte; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 6 ss., il quale sottolinea la differenza concettuale tra i due termini: in particolare, si osserva che, per “legittimità” deve intendersi la necessaria conformità dell’azione amministrativa all’intero complesso normativo ad essa pertinente, indipendentemente dalla fonte di provenienza. Di recente, v. A. CIOFFI, *Il problema della legittimità nell’ordinamento amministrativo*, Padova, 2012, 194 ss., secondo il quale la legittimità è espressione dell’ordinamento amministrativo, rappresentandone gli interessi e i valori. Essa si distingue dalla legittimità «strutturale» (intesa come conformità dell’atto alla legge) e dal principio di legalità, che è «assioma o punto fermo del sistema ma in sè non spiega come la legittimità funzioni». Può dunque individuarsi una legittimità «funzionale», intesa quale schema di garanzia degli interessi: una “forza giuridica” che ordina le fonti, le norme e la giurisdizione amministrativa.

¹⁴⁵ Cfr R. GUASTINI, voce «Legalità (principio di)», cit., 85-86. Può ormai considerarsi pacifico, a seguito dell’introduzione nella maggior parte degli ordinamenti giuridici contemporanei di Costituzioni rigide, che per “legge” debba intendersi la “legge materiale”, e non solamente la legge ordinaria. Ad avviso di L. CARLASSARE, voce «Legalità (principio di)», cit., 4, solamente con una Costituzione rigida e garantita troverebbero soddisfazione le esigenze garantistiche che sono alla base del principio di legalità dell’azione amministrativa. Si noti che i concetti di “legge materiale” o di “legittimità” non comprendono solo le norme gerarchicamente sovraordinate alla legge ordinaria, ma ogni altra manifestazione del diritto: sul punto, v. *infra*.

¹⁴⁶ Si intende qui fare riferimento alle diverse accezioni che il principio di legalità dell’azione amministrativa ha assunto nel corso del tempo: al riguardo, v. *infra*.

¹⁴⁷ F. LEVI, voce «Legittimità (dir. amm.)», cit., 125.

considerati giuridicamente validi solo gli atti che non contrastino con il parametro normativo di riferimento, a prescindere dalla loro previa “autorizzazione” legislativa¹⁴⁸.

Da un punto di vista generale, però, la “legittimità”, più che identificare uno schema logico utilizzabile in giudizio per accertare la conformità o meno della singola azione amministrativa a un particolare parametro normativo, indica, in realtà, uno dei valori fondamentali degli ordinamenti giuridici moderni, preesistente allo stesso diritto positivo, che si basa, essenzialmente, sulla generale e imprescindibile esigenza che l’azione amministrativa sia determinata (nella maniera più ampia possibile) da regole poste previamente¹⁴⁹.

Alla base di tale esigenza possono essere individuate molteplici ragioni storiche, ma anche ideologiche.

Una prima, più risalente, richiede la regolazione preventiva del potere pubblico allo scopo di garantire ai destinatari la prevedibilità *ex ante* dell’attività degli organi amministrativi, in ossequio al principio della certezza del diritto¹⁵⁰.

Una seconda ragione, invece, più attenta alle istanze liberali, emerge con l’avvento dello Stato di diritto¹⁵¹ e con il superamento della precedente situazione di immunità e di autoreferenzialità del potere pubblico; in questo contesto, si afferma il principio della supremazia (o della preferenza) della legge

¹⁴⁸ Cfr S. FOIS, voce «Legalità (principio di)», cit., 666. La nozione di tipo “relazionale” del principio di legalità è affermata anche da R. GUASTINI, voce «Legalità (principio di)», cit., 86.

¹⁴⁹ Così F. LEVI, voce «Legittimità (dir. amm.)», cit., 125-126.

¹⁵⁰ H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, trad. it., Bologna, 1966, 277 ss. Sul principio della certezza del diritto, con riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza tedesca, v. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “Trenta” all’“alternanza”*, Milano, 2001, spec. 9-14; v., altresì, G. CORSO, *Il principio di legalità nell’ordinamento italiano*, in *Studium iuris*, 2010, 1011. Di recente, la nozione di “legalità” come “prevedibilità” dell’azione amministrativa affiora nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, su cui v., in particolare, par. 6.

¹⁵¹ In tale contesto si impone l’esigenza della controllabilità giuridica del potere pubblico, il cui esercizio deve essere necessariamente conforme al dettato legislativo: l’osservanza delle “forme” diviene la principale garanzia delle libertà individuali nei confronti dei pubblici poteri. Da questo momento in poi il presupposto imprescindibile per ogni manifestazione dell’autorità diviene la sua conformità alla fonte legislativa: al riguardo, v. L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, 311 e B. SORDI, Relazione al Convegno di studi di scienza dell’amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 2007 su *Il principio di legalità nella prospettiva storica*, in *Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell’amministrazione*, Milano 2008, 40 ss. Sulla nozione di “Stato di diritto”, v., *ex multis*, P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica*, Milano, 2006, *passim*.

quale espressione della volontà generale, che non ammette alcuna interferenza “pubblica” nella sfera delle libertà individuali, se non attraverso lo strumento legislativo; il principio di legalità assume, quindi, una valenza prettamente garantistica, fungendo da limite ai pubblici poteri in funzione della tutela delle libertà dei singoli¹⁵².

Infine, una terza ragione enfatizza, invece, la valenza democratica del principio di legalità. La norma di legge, traendo la propria origine da un atto formale dell’organo rappresentativo della volontà popolare (e depositario della sovranità dei cittadini), è l’unico strumento che può legittimamente attribuire all’organo amministrativo competente la potestà di limitare la libertà di azione dei singoli, in quanto espressione, appunto, della loro volontà, anche se mediata¹⁵³. L’idea sottesa a siffatta concezione della legalità si basa, in definitiva, sull’assunto secondo cui l’amministrazione non potrebbe legittimamente imporre sacrifici ai soggetti destinatari della propria manifestazione di autorità, senza che tali sacrifici non abbiano ricevuto il previo assenso da parte dei rappresentanti di coloro che ne dovranno subire le conseguenze¹⁵⁴.

Il significato del principio di legalità varia a seconda delle diverse caratteristiche (storiche, politiche, giuridiche, sociali) dei vari ordinamenti giuridici, non sempre favorevoli all’affermazione piena del suddetto principio¹⁵⁵. Le inevitabili implicazioni ideologiche sollevate dal principio di

¹⁵² F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell’Amministrazione*, cit., 3304-3305. In questa fase, il principio di legalità diviene un fattore di legittimazione della titolarità del potere (P. SALVATORE, *La legalità nell’amministrazione*, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, 3, 98) e il diritto inizia a identificarsi nella legge, la quale diventa la principale garanzia dei diritti.

¹⁵³ V. L. CARLASSARE, voce «Legalità (principio di)», cit., 1 ss. Spetta al Parlamento tutelare gli interessi dei cittadini, in quanto organo elettivo e, quindi, rappresentativo dei loro interessi. Il principio di legalità stabilisce, così, tra il Parlamento e la pubblica amministrazione un rapporto circolare: i cittadini eleggono i loro rappresentanti, i quali adottano leggi che contengono limiti al potere amministrativo, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini-elettori. In argomento, v. *ex multis*, S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, 213-214.

¹⁵⁴ N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 162-163, il quale precisa, peraltro, che gli interessi degli amministrati possono essere garantiti e tutelati anche da fonti diverse da quella legislativa, a condizione, però, che le norme attributive del potere traggano sempre la loro legittimazione dal consenso di un organo a base rappresentativa.

¹⁵⁵ L. CARLASSARE, voce «Legalità (principio di)», cit., 2. Di significato «polisenso» del principio di legalità parla S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, cit., 1362.

legalità si rispecchiano nelle posizioni divergenti della dottrina amministrativistica italiana della prima metà del secolo scorso sul significato da attribuire al principio in questione.

Da una parte, non mancava chi ancora rivendicava, nonostante l'“ingresso” dei precetti imposti dallo Stato di diritto, una potestà “originaria” dell'Esecutivo, sostanzialmente libera nella determinazione dei fini della propria attività, estranea alle “ingerenze” del potere legislativo e indifferente rispetto alle posizioni giuridiche dei privati non considerate espressamente dalla legge¹⁵⁶. La legge non rappresentava, dunque, un “comando” da eseguire, bensì il limite entro il quale l'amministrazione avrebbe potuto liberamente operare per soddisfare i bisogni e gli interessi collettivi sottesi ai propri fini¹⁵⁷. Sulla scia di questo indirizzo interpretativo, l'attività amministrativa era, dunque, improntata al cd. “principio di preferenza della legge” (o di “non contraddittorietà”), che corrispondeva all'idea di «un'amministrazione che può fare ciò che non sia impedito dalla legge»¹⁵⁸.

Tesi differente rispetto all'ultima ricordata era quella espressa da Zanobini¹⁵⁹, il quale, pur prendendo le distanze da una concezione che attribuiva all'amministrazione un ruolo di mera esecutrice del dettato legislativo¹⁶⁰, ha assegnato alla legalità una funzione «ordinativa»¹⁶¹, nel senso che la

¹⁵⁶ Cfr F. LEVI, voce «Legittimità (dir. amm.)», cit., 125. Questa impostazione presupponeva che l'amministrazione, al fine di disporre dei poteri necessari per raggiungere gli scopi da essa stessa prefissati, fosse svincolata dal rispetto delle disposizioni legislative, sottratta al sindacato giurisdizionale e godesse, quindi, di una “supremazia speciale” nei rapporti con gli amministrati.

¹⁵⁷ Questa tesi fa principalmente capo a Oreste Ranelletti (v., in part., O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano 1949, 189 ss.) ed è richiamata in F. LEVI, voce «Legittimità (dir. amm.)», cit., 128 e in L. CARLASSARE, voce «Legalità (principio di)», cit., 3. Le interpretazioni della tesi in questione non sono unanimi in dottrina: tra tutti, v. M. MAZZAMUTO, *Il riparto giurisdizionale. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 128 ss.

¹⁵⁸ R. GUASTINI, voce «Legalità (principio di)», cit., 86. In proposito, si parla, infatti, di una relazione di mera “compatibilità” tra legge e azione amministrativa, proprio perché essa non implica che l'atto amministrativo debba necessariamente essere previsto o autorizzato dalla legge, né emergono particolari problemi nel caso in cui l'atto incida su un oggetto non espressamente disciplinato dalla legge.

¹⁵⁹ G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., 203-218.

¹⁶⁰ Egli non a caso utilizza nel suo celebre saggio il termine «attuazione», in luogo di «esecuzione» della legge proprio per prendere le distanze da quella posizione estrema che individuava nell'azione amministrativa la semplice «esecuzione» della legge, senza riconoscerle alcun margine di discrezionalità.

¹⁶¹ B. SORDI, Relazione al Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 2007 su “*Il principio di legalità nella prospettiva storica*”, in Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, cit., 52.

determinazione dell'interesse pubblico non sarebbe spettata all'amministrazione medesima, ma alla legge¹⁶². Alla luce di ciò, è stata individuata una seconda accezione del principio di legalità (come "conformità formale"), che si traduce nell'esigenza che l'azione amministrativa sia retta da uno specifico fondamento legislativo che espressamente ne "autorizzi" l'esercizio¹⁶³: essa si fonda, in altre parole, sulla generale «norma di chiusura», secondo la quale, mentre per i privati è ammesso tutto ciò che non è espressamente vietato, per l'amministrazione è vietato tutto ciò che non è espressamente autorizzato¹⁶⁴.

Un ulteriore e più circoscritto significato del principio di legalità è stato messo in luce da un'autorevole dottrina affermata dopo l'entrata in vigore della Costituzione, la quale ha limitato la portata precettiva del principio di legalità alla sola amministrazione di carattere autoritativo, ossia a quella che si esprime mediante atti limitativi della sfera giuridica degli amministrati: solamente in questo caso, infatti, emergerebbe il più pregnante significato garantistico del principio di legalità¹⁶⁵. Parte della dottrina ha, tuttavia,

¹⁶² G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., 204 ss. Secondo l'Autore, la legge assumerebbe un duplice significato, a seconda della natura del suo destinatario: essa, in particolare, rappresenterebbe una volontà «superiore ed esterna» nei confronti di qualunque soggetto diverso dallo Stato, dal momento che si limiterebbe a delineare unicamente i confini entro i quali avrebbe potuto spingersi la sua attività (che, evidentemente, è libera nel fine); rispetto alla pubblica amministrazione (che «non è soggetto distinto dallo Stato, ma è lo Stato stesso in azione per il perseguimento dei suoi fini»), invece, la legge esprimerebbe una volontà «interna ed immanente» («è la sua stessa volontà»), in quanto, a differenza dei soggetti privati, i fini che lo Stato persegue sarebbero determinati dalla legge medesima. Pertanto, nel primo caso la legge svolge una funzione «negativa» (limitandosi a fissare solamente quali condotte sono vietate), mentre nel secondo assume una funzione «positiva» (stabilendo «ciò che l'amministrazione può fare»). Sulle obiezioni a questa tesi, v. S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, cit., 215.

¹⁶³ In proposito, v. E. CASSETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015, 43, in cui si è messa in luce la diversa attitudine dell'accezione della "conformità formale" (rispetto al principio di preferenza della legge) nel rapporto tra legge e amministrazione: una relazione che è impostata «non solo sul divieto di quest'ultima di contraddire la legge, ma anche sul dovere della stessa di agire nelle ipotesi ed entro i limiti fissati dalla legge che attribuisce il relativo potere».

¹⁶⁴ R. GUASTINI, voce «Legalità (principio di)», cit., 88.

¹⁶⁵ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 81-83. Secondo Giannini, «(n)ell'esperienza contemporanea il principio di legalità assume un significato diverso, più limitato sotto un certo aspetto ma più affinato sotto un altro: esso attiene all'attività amministrativa in quanto questa si esprime in atti aventi un contenuto autoritativo. Quindi attiene ai provvedimenti ablatori in primo luogo, a quelli autorizzatori e a quelli concessori per le parti in cui essi esprimono un momento autoritativo. Attiene ai provvedimenti non già in sé, bensì in quanto abbiano come correlato una situazione soggettiva del privato, su cui incidano con un effetto di estinzione o di limitazione». Esprimono critiche alla tesi passata in rassegna: S.

evidenziato, più di recente, che non esisterebbe una reale contrapposizione tra «Stato liberale dell'autorità e delle garanzie» e «Stato democratico-sociale del servizio ai cittadini e dell'efficienza». Il primo non è, infatti, estraneo alla logica del "servizio" e al secondo non è sconosciuto il momento dell'"autorità". Le esigenze garantistiche di protezione delle libertà emergerebbero, quindi, nei confronti di ogni tipo di attività amministrativa, sia essa «autoritativa», «di prestazione» o che fa ricorso a strumenti propri del diritto privato¹⁶⁶.

L'attenuazione del principio della separazione dei poteri¹⁶⁷, da una parte, e il progressivo accrescimento e complessità dei compiti demandati alle istituzioni pubbliche, dall'altra, hanno giocoforza comportato una necessaria "rivisitazione" delle tesi più tradizionali, in quanto non più idonee a descrivere efficacemente e in modo unitario una realtà istituzionale in continua evoluzione¹⁶⁸.

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione si è, invero, affermata – anche grazie all'introduzione dell'istituto della riserva di legge in molteplici ambiti della vita associata (su cui, v. par. 4) - un'idea di legalità "in senso pieno"

FOIS, voce «Legalità (principio di)», cit., 675-676; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, 616.

¹⁶⁶ Così M. MAZZAMUTO, *Amministrazione e privato*, in *Dir e soc.*, 2004, 61 ss. Rileva F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 11-12, che «(...) si è tentato di distinguere fra atti imperativi di esercizio della sovranità e atti non autoritativi, per poi concludere che la legalità serviva solo per i primi e non per i secondi, dimenticando, o fingendo di ignorare, che la legalità serve soprattutto, se non esclusivamente, per rendere tipici gli atti della pubblica amministrazione, cioè prevedibili, a prescindere dal loro contenuto (...). La tutela contro l'arbitrio nell'esercizio del potere sta nella tipicità dell'atto».

¹⁶⁷ Sul rapporto tra il principio di legalità e il principio di separazione dei poteri si v. V. GASPARINI CASARI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia (note a margine del 53° convegno di studi amministrativi, Varenna, 20-22 settembre 2007)*, in *Dir. econ.*, 3, 2007, 618 ss.

¹⁶⁸ F. LEVI, voce «Legittimità (dir. amm.)», cit., 129-130. V. anche C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 1 ss. Secondo, B. SORDI, *Relazione al Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 2007 su "Il principio di legalità nella prospettiva storica"*, cit., 37, anche la Carta costituzionale non è stata di aiuto nell'individuazione di un preciso modello di legalità amministrativa: essa, al contrario, sembra affermarlo «(...) quasi di soppiatto, ora richiedendo il necessario fondamento legislativo per ogni prestazione personale o patrimoniale (art. 23), ora in controllo al principio di generale azionabilità della tutela (art. 24) ed agli scarni principi sulla giurisdizione amministrativa (art. 113), ora più apertamente, come principio però di mera organizzazione amministrativa, vuoi per i ministeri (art. 95) vuoi per i "pubblici uffici" (art. 97)». Sul fondamento del principio di legalità dell'azione amministrativa nella Costituzione, v. par. 3.

contrapposta all'idea più "debole"¹⁶⁹, consistente nella mera necessità, per l'esercizio legittimo del potere, di una base legale di riferimento (legalità come "conformità formale")¹⁷⁰. Si è avvertita, infatti, la necessità di una legalità non più intesa come semplice e "nudo" conferimento del potere, ma come fattore di delimitazione dell'esercizio dello stesso mediante la costruzione di una disciplina che fosse sufficientemente articolata da arginare, nella maniera più estesa possibile, la capacità di azione dei soggetti pubblici¹⁷¹. Dalla "conformità formale" si è, dunque, passati a una nozione di tipo "sostanziale", la quale richiede una più diffusa penetrazione della legislazione nella regolamentazione dell'agire amministrativo¹⁷². Ciò significa, in definitiva, che la disciplina legislativa non deve limitarsi a stabilire le condizioni di esistenza del potere, ma è tenuta a indicare, con sufficiente precisione, l'autorità destinataria del relativo conferimento, i soggetti nei confronti dei quali il potere è destinato ad incidere, il tipo di potere che può essere esercitato nel caso concreto, la sua "latitudine" e, quindi, il contenuto che può singolarmente assumere il provvedimento adottato¹⁷³. Di conseguenza, gli atti amministrativi considerati validi sul piano

¹⁶⁹ Cfr. G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 11.

¹⁷⁰ Era, in effetti, opinione comune che l'accezione formale del principio di legalità non fosse considerata idonea a soddisfare le due "anime" (garantistica e democratica) del principio: solamente una coloritura "sostanziale" dello stesso (inteso, quindi, come "conformità sostanziale") avrebbe permesso di conciliare entrambe queste esigenze: sul punto, v., in particolare, L. CARLASSARE, voce «Legalità (principio di)», cit., 1 ss., la quale ricollega il rafforzamento dell'accezione sostanziale del principio di legalità alla predisposizione delle garanzie costituzionali idonee a renderne la realizzazione. *Contra*, S. FOIS, voce «Legalità (principio di)», cit., 662.

¹⁷¹ P. SALVATORE, *La legalità nell'amministrazione*, cit., 98. F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, 12, ricollega l'affermazione del principio di legalità sostanziale all'istituzione della IV^o sezione del Consiglio di Stato. Sul rapporto tra legalità e discrezionalità dell'azione amministrativa, v. l'ampio e approfondito studio di S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, cit., *passim*. L'elaborazione di una siffatta accezione del principio di legalità è in parte riconducibile alla nota distinzione, di guicciardiana memoria, tra "norme di relazione" e "norme di azione"; sul punto, v. A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 138 ss., secondo il quale «non si può attribuire senza definire, quindi non si può attribuire senza limitare».

¹⁷² In ordine alla differenza tra accezione formale e sostanziale del principio di legalità appare utile il parallelismo con la nota distinzione, richiamata da S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, cit., 206 ss., tra limiti "esterni" e limiti "interni" della discrezionalità amministrativa.

¹⁷³ N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 151-152

dell'ordinamento generale sono solamente quelli conformi alla forma e al contenuto predeterminati dalla legge¹⁷⁴.

Il principio di legalità inteso in questa sua accezione più rigorosa implica, però, il contemperamento di due opposte esigenze: la prima fa essenzialmente capo alle istanze garantistiche già più volte evocate, che impongono al legislatore di regolare il contenuto del potere nella maniera più dettagliata possibile, in modo da tutelare pienamente i privati nei confronti dell'azione amministrativa, specie se di carattere autoritativo; la garanzia dei diritti e delle libertà sarebbe, infatti, massima se la legge ponesse, oltre ai limiti, anche i vincoli sostanziali all'esercizio del potere, tali da condizionarne fortemente il contenuto; essa sarebbe, viceversa, minima se si limitasse a conferire un potere senza in alcun modo disciplinarlo¹⁷⁵. La seconda esigenza, invece, richiede che all'amministrazione siano, comunque, lasciati adeguati "spazi di manovra" per poter adattare al meglio la propria azione al caso concreto (a beneficio anche del soggetto destinatario del potere), al fine di evitare che questa rimanga paralizzata a causa dell'eccessiva rigidità del parametro normativo di riferimento¹⁷⁶.

3. La ricerca del fondamento costituzionale del principio di legalità.

¹⁷⁴ R. GUASTINI, voce «Legalità (principio di)», cit., 86. Secondo E. CASSETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 44-45, tale accezione del principio di legalità si ricaverebbe, in primo luogo, dalle ipotesi di riserva di legge previste dalla Costituzione. In secondo luogo, essa potrebbe anche indirettamente desumersi dal combinato disposto degli artt. 24 e 113 Cost. (principio di azionabilità dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi dei privati nei confronti della pubblica amministrazione) e dall'art. 101 Cost. (principio della soggezione del giudice alla legge), se si considera che, per ottenere una tutela giurisdizionale effettiva, è necessaria l'esistenza di parametri sostanziali di riferimento per il sindacato sull'attività amministrativa.

¹⁷⁵ V. GASPARINI CASARI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia (note a margine del 53° convegno di studi amministrativi, Varenna, 20-22 settembre 2007)*, cit., 619-620, il quale mette, peraltro, in evidenza che solamente l'accezione "sostanziale" del principio di legalità consentirebbe l'affermazione di una piena ed effettiva giustiziabilità dell'esercizio del potere amministrativo, in quanto renderebbe concretamente possibile quel sindacato giurisdizionale che la Costituzione ha elevato al rango di valore irrinunciabile del nostro ordinamento giuridico.

¹⁷⁶ Così E. CASSETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 45. Sull'esigenza "garantistica" si esprime, allo stesso modo, R. GUASTINI, voce «Legalità (principio di)», cit., 89.

L'accenno all'entrata in vigore della Costituzione e allo sviluppo dell'accezione sostanziale del principio di legalità consentono di indugiare per un attimo sull'attenzione che la dottrina ha riposto nell'individuazione di un fondamento costituzionale della "legalità amministrativa".

Esso è già sicuramente rintracciabile in numerose disposizioni di rango legislativo: si pensi, in primo luogo, all'art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248 (Allegato E) che sancisce che «(...) le Autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali, in quanto siano conformi alle leggi»; agli artt. 4, comma 1 e 15 delle disp. prel. c.c., i quali stabiliscono, rispettivamente, che «i regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni delle leggi» e che «le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori (...)». Si faccia, inoltre, riferimento, più di recente, all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che sancisce espressamente, nell'ambito dei principi generali dell'attività amministrativa, che essa «(...) persegue i fini determinati dalla legge»¹⁷⁷.

I problemi maggiori sull'esistenza di un fondamento positivo del principio di legalità si sono posti, invero, proprio rispetto alla Costituzione¹⁷⁸, nella quale non esiste, almeno espressamente, una norma che disponga la sottoposizione dell'amministrazione alla legge¹⁷⁹.

La dottrina si è, peraltro, divisa nel tentativo di individuare un univoco fondamento costituzionale del principio in questione¹⁸⁰.

Secondo un primo indirizzo, esso sarebbe da ricavare da principi costituzionali non scritti desumibili dallo spirito e dal significato complessivo

¹⁷⁷ In questo senso, v. R. GUASTINI, voce «Legalità (principio di)», cit., 91.

¹⁷⁸ Si v., *ex multis*, M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, cit., 13 ss.

¹⁷⁹ Cfr., *ex multis*, S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, cit., 216. Ad avviso di una parte della dottrina (S. FOIS, voce «Legalità (principio di)», cit., 669, ma anche L. CARLASSARE, voce «Legalità (principio di)», cit., 4), il fondamento costituzionale del principio di legalità sarebbe l'unica condizione per la qualificazione di siffatto principio alla stregua di un «principio caratterizzante l'ordinamento positivo». V., altresì, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 109-110, secondo il quale la collocazione costituzionale del principio di legalità consentirebbe di escludere con certezza l'ipotesi che i soggetti titolari di pubblici poteri possano "autodotarsi" di potestà autoritative innominate, svincolate, cioè, da ogni collegamento con la legislazione.

¹⁸⁰ S. FOIS, voce «Legalità (principio di)», cit., 668-669.

della Carta costituzionale, quali la “sovranità popolare”, lo “Stato di diritto” e la “separazione dei poteri”¹⁸¹.

Un secondo indirizzo individua un (presunto) fondamento in specifiche disposizioni costituzionali, le quali, tuttavia, non sancirebbero in generale il principio di legalità, ma offrirebbero all’interprete utili elementi da cui desumere, in via solo indiretta, la sua esistenza o vigenza.

È il caso, ad esempio, dell’art. 76, Cost. in tema di delega legislativa, dal quale, secondo alcuni, si ricaverebbe la regola generale secondo cui la legge ordinaria non solo costituirebbe il fondamento degli atti dell’Esecutivo, ma vincolerebbe questi ultimi anche nel contenuto, sulla base del riferimento alla «determinazione dei principi e criteri direttivi»¹⁸².

Un’altra dottrina¹⁸³ ravvisa, invece, il fondamento del principio di legalità negli artt. 13 ss., Cost. (in particolare, nell’art. 23), che costituirebbero «enunciazioni applicative» del suddetto principio (ancorché non positivamente espresso) e nel cui ambito di applicazione rientrerebbe, però, la sola attività

¹⁸¹ Cfr G. U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, cit., 259 ss. Si v. anche N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 117-132. Siccome, in base al concetto di “sovranità popolare”, tutti gli organi legislativi a base rappresentativa sarebbero titolari di una sorta di competenza riservata, si è osservato (N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 162) che il principio di legalità sarebbe proprio una regola istituzionale di rango costituzionale posta a tutela di tale sfera di competenza e delle esigenze sostanziali che essa esprime. Per le critiche a questa prima tesi v., *ex multis*, S. FOIS, voce «Legalità (principio di)», cit., 669-673; S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, cit., 1373 ss.; esse muovono essenzialmente dalla circostanza che l’indirizzo interpretativo in esame prende in considerazione dei principi, appunto, non scritti a elevata caratterizzazione ideologica, di contenuto generico, indeterminato e ambiguo, alcuni dei quali privi di un reale significato, e tali, in definitiva, da condurre solamente a conseguenze incerte o, addirittura, contraddittorie. Per una valorizzazione di siffatta tesi nella giurisprudenza costituzionale, v. Corte cost., 115/2011, in *Giur. cost.*, 2, 2011, 1600B ss., con nota di V. CERULLI IRELLI, *Sindaco legislatore?* (sul punto si tornerà più diffusamente nel par. 5 del presente capitolo).

¹⁸² In argomento, v. G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, Milano, 1962, 128-130. Secondo S. FOIS, voce «Legalità (principio di)», cit., 674, la tesi in questione sembra essere destituita di fondamento, in quanto ha la pretesa di ricavare un principio di portata generale da una norma che, invece, ha natura eccezionale, in quanto non si riferisce testualmente agli atti amministrativi, ma solo a taluni atti aventi forza di legge. Una tesi simile a quella descritta viene prospettata da R. GUASTINI, voce «Legalità (principio di)», cit., 92, il quale individua però il fondamento del principio, non nell’art. 76, ma nell’art. 77, c. 1, Cost.

¹⁸³ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 82; si v., anche, nello stesso senso, le considerazioni di A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 583, il quale sottolinea che la preminenza della legge sull’amministrazione «appare chiara» dalle numerose riserve di legge enunciate dalla Costituzione.

amministrativa che si esprime mediante atti produttivi di effetti estintivi o limitativi della sfera giuridica degli amministratori¹⁸⁴.

Secondo un diverso orientamento¹⁸⁵, le singole disposizioni costituzionali appena ricordate (oltre all'art. 42) possono assurgere a fondamento del principio di legalità da un altro punto di vista, caratterizzato dal fatto che tali norme, implicando la distinzione tra “il disporre in astratto” (riservato alla legge) e “il provvedere in concreto” (riservato all'amministrazione), oltre a ribadire l'esistenza del suddetto principio, attribuirebbero ad esso (in quanto fondato su un sistema di riserve di legge), un significato “sostanziale”, che si traduce nell'obbligo in capo al legislatore non solo a “disporre”, ma anche a vincolare l'esercizio della discrezionalità amministrativa¹⁸⁶. D'altra parte, si osserva¹⁸⁷ che le materie coperte da riserva di legge contemplerebbero, secondo una metodologia di tipo empirico, quasi tutti i settori in cui lo Stato interviene in maniera autoritativa, per cui risulterebbe assai arduo (se non impossibile) individuare una materia che sia priva della suddetta riserva.

Riguardo sempre al fondamento, la stessa dottrina summenzionata¹⁸⁸ richiama l'attenzione sull'art. 97 Cost., il quale assume la legalità come presupposto logico e necessario di un principio altrettanto generale: il principio di imparzialità. Anche questa tesi assegna alla legalità un significato

¹⁸⁴ V. *supra* M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 82. Sulla limitata portata precettiva dell'art. 23, Cost., v. S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, cit. 217. Esprime critiche alla tesi passata in rassegna S. FOIS, voce «Legalità (principio di)», cit., 675-676.

¹⁸⁵ V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e “giusto procedimento”*, cit., 137-138.

¹⁸⁶ Tra i sostenitori di questa tesi, v. A. PACE, *I ridotti limiti della potestà normativa del governo nella l. n. 400 del 1988*, in *Giur. cost.*, 1988, 1483 ss.; F. SORRENTINO, *Legalità e delegificazione*, in *Dir. amm.*, 1999, 359 ss. Anche questo approccio argomentativo, tuttavia, non è esente da critiche (v., *ex multis*, S. FOIS, voce «Legalità (principio di)», cit., 676-677; S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, cit. 217; S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, cit., 1376). Le critiche che vengono mosse si appuntano, in particolare, sul fatto che la tesi menzionata, oltre al fatto di ricavare da norme eccezionali un principio generale (una sorta, cioè, di «riserva di legge totale», che priverebbe, tra l'altro, di un reale significato quelle riserve che, invece, sono espressamente contemplate dalla Costituzione), richiama solamente alcune tra le disposizioni costituzionali che stabiliscono una riserva di legge. Questa impostazione teorica fa, inoltre, leva su norme che prevedono (tutte o quasi) ipotesi di riserva di legge assoluta, il che implicherebbe, nelle materie coperte da tale riserva, l'inaammissibilità della potestà regolamentare, salvo il caso in cui essa sia meramente esecutiva: da ciò si dovrebbe, quindi, ricavare un generale principio di legalità che ammetta anch'esso una tale preclusione. Al contrario, invece, la tesi in questione ammette un'ampia potestà regolamentare nelle materie coperte dalla riserva di legge, sminuendo così il valore stesso del principio.

¹⁸⁷ Cfr N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 113 ss.

¹⁸⁸ V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e “giusto procedimento”*, cit., 130-143.

“sostanziale”, se si considera che l’esigenza di imparzialità dell’azione amministrativa è soddisfatta solamente in presenza di una disciplina legislativa generale e astratta sufficientemente articolata¹⁸⁹.

Per individuare il fondamento del principio di legalità viene richiamato, oltre all’art. 97, anche l’art. 113, in combinato disposto con l’art. 24¹⁹⁰. In questo caso, il principio di legalità dell’azione amministrativa muove dall’esigenza della “raffrontabilità” del provvedere in concreto rispetto al previo disporre in astratto. In difetto di tale “raffrontabilità” (e, quindi, di un parametro di riferimento sul quale “misurare” la condotta dell’amministrazione), non si permetterebbe al giudice un effettivo sindacato e, di conseguenza, i rimedi giurisdizionali previsti dall’ordinamento contro gli atti amministrativi sarebbero di fatto eliminati, in quanto privi di ogni efficacia¹⁹¹.

Anche se rimasta minoritaria, un’ulteriore tesi fa, invece, leva sull’art. 101, c. 2, Cost., che sancisce il principio della soggezione dei giudici alla legge. Invocando l’art. 101 a fondamento del principio di legalità si assume come presupposto che la giurisdizione rappresenti la principale garanzia del rispetto dell’ordinamento giuridico, atteso che il giudice, per risolvere una controversia, potrà applicare le disposizioni normative di rango inferiore alla legge solo se da questa ammesse o previste¹⁹².

¹⁸⁹ V. le considerazioni critiche di S. FOIS, voce «Legalità (principio di)», cit., 677-678 e di S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, cit., 1368 ss, che riprende le tesi S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971, 74 ss. La critica principale a questa tesi consiste nel fatto che essa sarebbe valida solo accedendo alla concezione «superata e ideologicamente condizionata» del potere amministrativo come meramente esecutivo. Inoltre, tale impostazione, predicando il divieto assoluto per le leggi di tramutarsi in concreti provvedimenti (poiché, altrimenti, esse sarebbero lesive del principio di imparzialità), ammetterebbe indirettamente tutte quelle cd. leggi-provvedimento che si traducono, invece, in una puntuale e fedele esecuzione di una disciplina legislativa generale preventivamente stabilita. Più di recente, sull’imparzialità come componente del principio di legalità, v. S. SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell’amministrare*, in *Dir. amm.*, 1, 2008, 236.

¹⁹⁰ Sulla tesi che rinviene il fondamento del principio di legalità nell’art. 113 Cost., v., *ex multis*, V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e “giusto procedimento”*, cit., 140 ss. *Contra* S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973, 86-87.

¹⁹¹ Sulle critiche che vengono mosse a questa tesi, v., in particolare, S. FOIS, voce «Legalità (principio di)», cit., 680-682.

¹⁹² In questo senso, v. S. FOIS, voce «Legalità (principio di)», cit., 683 ss. Tale “autorizzazione” non deve essere generica o globale, bensì deve contemplare, da una parte, una specifica attribuzione di competenza che precisi quale organo amministrativo sia deputato ad esercitare il potere amministrativo conferito; dall’altra, deve anche determinare la “natura” del potere e la “materia” sulla quale esso può incidere; in presenza di un atto nel quale manchino le suddette precisazioni, il giudice dovrà considerarlo privo del necessario fondamento legale e, quindi, non

Il breve percorso evolutivo che si è sin qui tracciato dimostra come, a prescindere dalle diverse vie attraverso le quali la dottrina italiana ha individuato il fondamento del principio di legalità dell'azione amministrativa, essa, come è stato in più occasioni ribadito, «(...) sembra ormai compatta nel riconoscere – ad esso – valore e rango costituzionale»¹⁹³. Anzi, l'attenzione mostrata in passato alla ricerca di un fondamento costituzionale del principio di legalità al fine di attribuirgli un solido ancoraggio al diritto positivo pare ormai priva di senso, posto che «(...) (o)ggi nessuno pone in discussione il valore costituzionale del principio di legalità (...) perché siamo convinti che ad esso si conforma il tessuto costituzionale stesso e che ciò rappresenti un fondamento sufficiente (...)»¹⁹⁴.

4. Una breve digressione: cenni al rapporto tra principio di legalità sostanziale e riserva di legge.

Senza addentrarsi in campi estranei alla presente indagine, pare, tuttavia, opportuno un cenno al rapporto che intercorre tra l'accezione sostanziale del principio di legalità e l'istituto della riserva di legge¹⁹⁵.

In effetti, il principio di legalità dell'azione amministrativa inteso come “conformità sostanziale” «attiene alle condizioni di validità non degli atti amministrativi, ma della legge stessa. Essa è, dunque, una regola sulla legislazione»¹⁹⁶, che si traduce in un vincolo “positivo” per il legislatore, nel senso che richiede una disciplina legislativa del potere sufficientemente

dovrà applicarlo, in quanto non conforme al principio di legalità. Sulla (presunta) crisi del principio in esame a favore del principio di effettività («il giudice non applica la Legge, ma, di fatto, la crea»), cfr. ID, voce «Legalità (principio di)», cit., 695 ss.

¹⁹³ *Ex multis*, v. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 110-111.

¹⁹⁴ A. TRAVI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Presentazione del tema del Convegno, Varenna, 20-22 settembre 2007, in *www.giustamm.it*, 2008, 3. In questo senso anche N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 268, secondo il quale la legalità dell'azione amministrativa «costituisce oggi uno degli autentici principi istituzionali comuni a tutte le Nazioni ispirate ai canoni delle strutture politiche liberal-democratiche di stampo europeo».

¹⁹⁵ Sul rapporto tra il principio di legalità e l'istituto della riserva di legge v., *ex multis*, G. U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, cit., 247-258; si v. anche N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit. 154 ss.

¹⁹⁶ In questo senso R. GUASTINI, voce «Legalità (principio di)», cit., 89. V. anche V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e “giusto procedimento”*, cit. 131.

dettagliata¹⁹⁷. Così inteso, è evidente che il principio di legalità intercetti (talora sovrapponendosi) l'istituto della riserva di legge. Diversamente, se è accolta la sola accezione formale del principio, i due temi restano concettualmente distinti¹⁹⁸, nel senso che, una volta adempiuto l'obbligo da parte del legislatore della previsione del potere, il suo concreto esercizio è regolato dalla riserva di legge, che, in questa prospettiva, opera in diverse materie, fungendo da garanzia di libertà, da un lato, e di limite rispetto ai poteri pubblici (sia di carattere normativo che provvedimentale), dall'altro¹⁹⁹.

Giova sin da ora rammentare che in dottrina si suole distinguere, in via di approssimazione, tre classi di materie²⁰⁰: quelle sulle quali grava una riserva di legge "assoluta", quelle su cui vige una riserva di legge "relativa" e, infine, quelle non coperte da alcuna riserva di legge. In particolare, si sostiene che solo per le prime (le quali richiedono, più di altre, una tutela rafforzata da parte dell'ordinamento in funzione marcatamente garantistica), il legislatore abbia l'obbligo di formulare una disciplina dettagliata ed esaustiva, tale da limitare fortemente la discrezionalità dell'organo amministrativo²⁰¹. Per le seconde, invece, il legislatore ha l'obbligo di dettare una disciplina di principio senza incidere troppo nella regolazione delle concrete modalità di esercizio del potere, sicché possono talora residuare in capo all'amministrazione spazi di discrezionalità: con riferimento a queste materie, la riserva di legge avrebbe più

¹⁹⁷ Si è già precedentemente puntualizzato, infatti, che, in una Costituzione rigida, venendosi a creare «(...) una graduazione della forza legislativa nei due livelli, ordinario e costituzionale, il principio di legalità opera anche sugli atti legislativi ordinari imponendo a questi di conformarsi alle norme costituzionali, fra le quali, in particolare, si annovera il principio di legalità riferito all'azione amministrativa; e questo, almeno nell'ambito delle materie riservate, obbliga il legislatore ad una sostanziale disciplina dei poteri conferiti all'amministrazione stessa»: così S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, cit., 1407. Nello stesso senso, si v. M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, cit., 10.

¹⁹⁸ S. FOIS, *La riserva di legge*, Milano, 1963, *passim*; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, cit., 86-87, secondo cui «Legalità vuol dire solo necessità di previa attività legislativa che (...) autorizzi attività amministrativa. Ma dal principio di legalità non può trarsi una misura di tale previo intervento del legislatore (...). La verità è poi che vi sono norme cost. circa la misura dell'intervento previo del legislatore, e queste sono le riserve di legge».

¹⁹⁹ S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, cit., 215.

²⁰⁰ V., *ex multis*, R. GUASTINI, voce «Legalità (principio di)», cit., 95-96.

²⁰¹ Le materie che sono oggetto di riserva di legge assoluta devono essere dettate integralmente dalla fonte di rango primario, e da essa soltanto. È riserva di legge assoluta, ad esempio, quella prevista dall'art. 13, Cost. In tali casi il potere amministrativo non può spingersi oltre la mera esecuzione del "comando" legislativo.

una funzione di organizzazione delle competenze²⁰². Infine, per le materie non coperte da alcuna riserva di legge, il legislatore non avrebbe alcun obbligo di disciplinare l'esercizio potere²⁰³.

Tornando ai due termini originari del rapporto evidenziato in apertura del presente paragrafo (legalità sostanziale e riserva di legge), appare chiara – come già accennato - la loro reciproca interferenza. Infatti, sebbene possano riscontrarsi funzioni differenti dei due termini in questione (l'uno – il principio di legalità – riguardante, in generale, il rapporto tra legge e attività complessiva della pubblica amministrazione; l'altro – la riserva di legge – concernente il rapporto tra le fonti e, quindi, la loro idoneità a disciplinare determinate fattispecie²⁰⁴), tale distinzione sfuma con riferimento agli effetti: «(infatti), come l'esistenza di una riserva relativa impone alla legge di dettare le norme fondamentali volte a circoscrivere la potestà regolamentare dell'esecutivo, così il principio di legalità sostanziale richiede al legislatore di formulare norme idonee a delimitare le scelte discrezionali dell'amministrazione»²⁰⁵.

I tentativi della dottrina tesi a individuare i tratti distintivi dei due concetti in questione sono stati molteplici.

Si è affermata, in primo luogo, una tesi che ha negato l'autonoma consistenza – se non da un mero punto di vista “quantitativo” (nel senso della sussistenza di un onere di maggior dettaglio nella definizione del potere) – della

²⁰² Così E. CASSETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 44.

²⁰³ In tali materie, il potere amministrativo deve comunque trovare il fondamento in una norma. In questi casi, secondo S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, cit., 1365, il principio di legalità «si riduce a semplice “non contrarietà”». Tuttavia, a causa della forte inflazione legislativa che caratterizza il nostro ordinamento, le materie non coperte da alcuna riserva di legge sono, in realtà, rarissime. Per questa ragione, si sostiene che il principio di legalità in senso sostanziale avrebbe un valore generale, non circoscritto alle materie sulle quali grava una riserva di legge. Contro questa tesi v. R. GUASTINI, voce «Legalità (principio di)» cit., 96.

²⁰⁴ Così F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, cit., 25, ma v., altresì, E. CASSETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit. 44, che intravedono una possibile differenza tra principio di legalità e riserva di legge nel fatto che solo il primo coprirebbe anche l'attività provvedimentale dell'amministrazione, a differenza della seconda che, invece, riguarderebbe esclusivamente la delimitazione dell'esercizio della potestà normativa dell'Esecutivo. Inoltre, mentre la violazione della riserva di legge avrebbe come conseguenza l'illegittimità costituzionale della legge stessa (perché, ad esempio, eccessivamente generica), la violazione del principio di legalità si tradurrebbe in una ipotesi di illegittimità dell'azione amministrativa.

²⁰⁵ F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, cit., 25-26. In effetti, è proprio l'imposizione di un vincolo “positivo” al potere legislativo a far coincidere il significato dei due termini.

riserva di legge rispetto al principio di legalità sostanziale²⁰⁶. In secondo luogo, si è sostenuto che il principio di legalità rimarrebbe, in realtà, assorbito dalle riserve di legge, per cui, al di fuori di queste, esso non troverebbe spazio²⁰⁷.

La riserva di legge acquisterebbe, invece, un'autonoma rilevanza rispetto al principio di legalità nel solo caso in cui la riserva fosse "assoluta", posto che il significato insito nell'accezione sostanziale del principio coinciderebbe esclusivamente con quello della riserva di legge "relativa"²⁰⁸. Secondo una diversa interpretazione, non vi sarebbe, invece, una siffatta corrispondenza, atteso che il principio di legalità sostanziale, a differenza della riserva di legge "relativa", postulerebbe la generale necessità della "raffrontabilità" dell'intera attività amministrativa, rendendosi, a tal fine, necessaria la predeterminazione legislativa di ogni intervento – autoritativo o non – dei pubblici poteri; ciò sarebbe desumibile dal principio dell'azionabilità dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi dei privati nei confronti dell'amministrazione (artt. 24 e 113, Cost.) e da quello della soggezione del giudice alla legge (art. 101 Cost.), «nel senso che la possibilità di tutela giurisdizionale impone l'esistenza di parametri sostanziali di riferimento per il sindacato dell'attività amministrativa»²⁰⁹.

Come è stato osservato²¹⁰, nelle ultime due tesi richiamate si possono cogliere due esigenze differenti, già emerse nel corso della presente trattazione: la prima che intende sottoporre alla legge le sole scelte che incidono in misura negativa sulle posizioni soggettive dei cittadini (di qui l'equivalenza tra legalità sostanziale e riserva di legge relativa); la seconda tesa, invece, a garantire l'effettività del sindacato giurisdizionale attraverso la "raffrontabilità" dell'azione amministrativa (per cui il principio di legalità avrebbe un significato più ampio e pervasivo)²¹¹.

²⁰⁶ V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, cit., 909 ss. Una sostanziale equivalenza – anche dal punto di vista quantitativo – tra legalità sostanziale e riserva di legge è stata prospettata da G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, cit., 130.

²⁰⁷ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, *passim*.

²⁰⁸ L. PALADIN, *La potestà legislativa regionale*, Padova, 1958, 78.

²⁰⁹ Da ultimo, v. E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 44.

²¹⁰ R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990, 130 ss.

²¹¹ Giannini, invece, distingue il principio di legalità sostanziale da quello di azionabilità delle pretese dei cittadini: M. S. GIANNINI, voce «Atto amministrativo», in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 165.

In ogni caso e a tacere delle varie classificazioni – spesso di ordine meramente descrittivo – adottate nel corso del tempo, sia l’istituto della riserva di legge che il principio di legalità sostanziale mirano al raggiungimento del medesimo risultato, e cioè a un’adeguata predeterminazione dei limiti delle potestà pubblicistiche (sia di carattere normativo, che più strettamente provvedimentoale), in funzione prevalentemente garantistica.

5. Legalità sostanziale e riserva di legge nell’elaborazione giurisprudenziale della Corte costituzionale.

Questione diversa e logicamente successiva a quella esaminata *supra* concerne il *quantum* di “intrusione” concessa al legislatore nella regolazione dei poteri amministrativi.

Il tema è stato oggetto di una copiosa giurisprudenza costituzionale, rispetto alla quale appare opportuno ripercorrerne alcune tappe significative, allo scopo di comprendere, da un lato, il significato attuale che la Corte ha conferito al principio di legalità nella sua accezione sostanziale, dall’altro, la posizione “valoriale” che tale principio riveste nel quadro costituzionale.

Due sono gli ambiti in cui il principio di legalità in senso sostanziale è venuto maggiormente in rilievo nella giurisprudenza costituzionale: in primo luogo, nei rapporti tra pubblici poteri (specie quelli di carattere ablatorio) e garanzie dei privati (si pensi, ad esempio, al potere di ordinanza²¹²); in secondo luogo, nei rapporti tra Stato e Regioni con riferimento ai rispettivi poteri legislativi e amministrativi.

Nonostante la Corte costituzionale avesse considerato, nel corso del tempo, il principio di legalità «secondo logiche distinte» (a seconda che venisse

²¹² Con riferimento alla giurisprudenza costituzionale sui limiti al potere di ordinanza, v., *ex multis*, R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, cit., 133 ss. V., in particolare, le sentenze della Corte costituzionale (il cui testo integrale è reperibile su www.cortecostituzionale.it) nn. 8 del 1956; 26 del 1961, 4 del 1977, 127 del 1995 e, da ultimo, 115/2011, cit. Di recente, G. MANFREDI, *Poteri di ordinanza, legalità, “stato governativo”*, in *Amministrare*, 3, 2013, 407-427.

invocato come criterio informatore dei rapporti tra Stato e Regioni²¹³, o come strumento di garanzia del cittadino delle «prestazioni imposte»²¹⁴), già a partire dai primi anni '60 del secolo scorso e, in particolare, dalla sentenza 9 giugno 1961, n. 35²¹⁵, essa aveva sottolineato la necessità di circoscrivere in maniera “sufficiente” la discrezionalità amministrativa²¹⁶: la legge non avrebbe potuto, infatti, limitarsi alla generica determinazione dei fini sottesi al conferimento del potere, ma occorreva, altresì, che essa precisasse i mezzi e gli organi chiamati ad esercitarlo, nonché i criteri ai quali attenersi per raggiungere i fini²¹⁷. Anche nella sentenza 22 febbraio 1962, n. 13²¹⁸, la Consulta aveva avvertito l'esigenza di porre dei limiti alla funzione legislativa allo scopo di assicurare la già più volte evocata “raffrontabilità” dell'atto alla norma, «senza la quale sarebbe (stato) praticamente vanificato lo stesso principio di legalità, assunto nel suo più pregnante significato garantista»²¹⁹. Come visto, le intersezioni con il tema della riserva di legge (specialmente con quelle individuate dagli artt. 23, 41 e 97, Cost.) emergono con limpidezza nelle decisioni della Corte²²⁰.

²¹³ Si v., a tal proposito, A. BERTANI, *Legalità sostanziale e pubblica amministrazione. Spunti sui più recenti orientamenti della giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Rassegna parlamentare*, 2005, 695 ss.

²¹⁴ A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1, 1995, 92. Ad avviso di F. G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in M. R. SPASIANO (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Napoli, 2012, 33, «(p)er lungo tempo la Corte non ha fatto riferimento al carattere sostanziale del principio di legalità, limitandosi a tutelare, con maggiore o minore rigore, a seconda dei casi e, forse, delle epoche, le riserve di legge presenti nel testo costituzionale».

²¹⁵ Il testo integrale della sentenza è reperibile su www.cortecostituzionale.it.

²¹⁶ Come ha osservato S. MERZ, *Osservazioni sul principio di legalità*, cit., 1355-1356, si noti che l'illegittimità costituzionale di una disposizione di legge può essere dichiarata anche quando essa contrasti con principi desumibili, direttamente o indirettamente, dal combinato disposto di due o più disposizioni costituzionali, pur senza contraddire direttamente alcuna tra queste isolatamente considerata. Ciò al fine di chiarire che, sebbene il fondamento del principio di legalità non sia direttamente individuabile in una specifica norma costituzionale, esso, nondimeno, esiste e può, quindi, essere assunto come “parametro” in base al quale valutare la legittimità costituzionale di una determinata disposizione legislativa.

²¹⁷ Corte cost. 9 giugno 1961, n. 35: «(n)on basta attribuire un potere in vista del raggiungimento dei fini, ma bisogna anche stabilire i limiti e l'estensione del potere e prevedere gli effetti che con gli atti, derivanti da tal potere, si producono».

²¹⁸ Il testo integrale della sentenza è reperibile su www.cortecostituzionale.it.

²¹⁹ Sono illuminanti, in questo senso, le considerazioni di V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e “giusto procedimento”*, cit., 133.

²²⁰ In tema di compressione del diritto di proprietà per scopi di pubblica utilità, v. *ex multis*, Corte cost., 14 maggio 1966, n. 38, secondo cui «(l')attribuzione di potere è da ritenere legittima, qualora, nella legge ordinaria, siano contenuti elementi e criteri idonei a delimitare chiaramente la discrezionalità dell'Amministrazione».

Nella sentenza 9 luglio 1982, n. 150²²¹ in tema di atti governativi di indirizzo e coordinamento, la Corte ha specificato che il principio di legalità non avrebbe richiesto solo la formale “investitura” del potere, ma anche la previa delimitazione del suo possibile contenuto sostanziale²²². Sulla stessa linea argomentativa si è orientata, già a partire dai primi anni '60²²³, la giurisprudenza costituzionale sull'art. 23, Cost., la quale ha individuato in capo al legislatore un obbligo di indicare in modo compiuto sia il soggetto, sia l'oggetto della “prestazione imposta”, residuando all'amministrazione un intervento «complementare», «integrativo» e «circoscritto alla specificazione quantitativa (e, talvolta, anche qualitativa) della prestazione medesima». La valenza garantistica espressa dall'art. 23, Cost. si è, peraltro, manifestata anche in tema di sanzioni amministrative, sebbene non con lo stesso livello richiesto dall'art. 25, comma 2, Cost. per gli illeciti e le sanzioni penali²²⁴.

²²¹ In *Foro it.*, 1983, I, 603.

²²² In altri termini, secondo la Corte, occorre che la legge «(...)vincol(asse) e dirig(esse) la scelta del Governo, prima che questo pot(esse), dal canto suo, indirizzare e coordinare lo svolgimento di poteri di autonomia». V. F. TRIMARCHI BANFI, *Verso una delegificazione delle norme di principio?*, in *Le Regioni*, 10, 1982, 1169 ss.; L. CARLASSARE, *Atti governativi d'indirizzo e coordinamento tra principio di legalità e riserva di legge*, in *Le Regioni*, 10, 1982, 1190 ss. A seguito della sentenza 9 luglio 1982, n. 150 e fino alla riforma del 2001, la giurisprudenza costituzionale ha costantemente riconosciuto il principio di legalità sostanziale quale parametro di legittimità per gli atti statali di indirizzo e coordinamento. Si vedano, a tal proposito, le seguenti decisioni: Corte cost. 7 ottobre 1983, n. 307, in *Nuova rass.*, 1984, 251; 27 giugno 1986, n. 177, in *Foro it.*, 1987, I, 365; 1 luglio 1986, n. 195, in *Foro it.*, 1987, I, 354; 4 luglio 1989, n. 389, in *Foro it.*, 1991, I, 1076; 17 gennaio 1991, n. 37, in *Foro it.*, 1991, I, 2330; 23 aprile 1991, n. 204, in *Cons. Stato*, 1991, II, 928; 11 luglio 1991, n. 359, in *Cons. Stato*, 1991, II, 1306; 21 luglio 1992, n. 384, in *Cons. Stato*, 1992, II, 1165; 11 giugno 1993, n. 355, in *Foro it.*, 1995, I, 62; 28 gennaio 1993, n. 45, in *Foro it.*, 1993, I, 1364; 11 giugno 1993, n. 355, in *Foro it.*, 1995, I, 62.

²²³ V., *ex multis*, Corte cost. 6 dicembre 1960, n. 70 in www.cortecostituzionale.it; 4 luglio 1961, n. 48, in www.cortecostituzionale.it; 27 marzo 1969, n. 72, in www.cortecostituzionale.it; 6 luglio 1972, n. 144, in www.cortecostituzionale.it; 22 dicembre 1982, n. 257, in *Foro it.*, 1983, I, 849; 23 gennaio 1986, n. 34, in *Foro it.*, 1986, I, 608; 20 maggio 1996, n. 157, in *Foro it.*, 1997, I, 3716; 22 aprile 1997, n. 111, in *Foro it.*, 1997, I, 2391; 19 giugno 1998, n. 215, in *Foro it.*, 1999, I, 3468. Dalla giurisprudenza costituzionale emerge, dunque, che la riserva di legge, in materia di prestazioni imposte, debba essere intesa in senso relativo come obbligo per il legislatore di determinare preventivamente e sufficientemente criteri direttivi di base e linee generali di disciplina dell'attività amministrativa.

²²⁴ Sul punto, sia consentito rinviare a P. PANTALONE, *Principio di legalità e favor rei nelle sanzioni amministrative*, in M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. econ., Approfondimenti*, 3, 2013, 33-34. Quanto al rapporto tra art. 23 Cost. e potere di ordinanza, v. Corte cost. n. 115/2011, cit.

Non troppo risalente è, poi, la sentenza n. 307 del 2003 in tema di inquinamento elettromagnetico²²⁵, laddove è stata espressamente dichiarata la violazione del principio di legalità sostanziale in un caso nel quale la disposizione legislativa (in questo caso, regionale), in ragione dell'indeterminatezza delle modalità di esercizio del potere conferito, avesse legittimato l'organo amministrativo competente ad agire con assoluta discrezionalità e, quindi, in «(...) totale libertà», con il rischio di pregiudizio degli interessi protetti dalla disciplina legislativa statale di riferimento²²⁶.

Sul principio di legalità sostanziale è, infine, indispensabile richiamare la recente sentenza 4 aprile 2011, n. 115²²⁷, in tema di ordinanze sindacali cd. "ordinarie", ai sensi dell'art. 54, c. 4 del d.lgs. n. 267 del 2000²²⁸. Ciò che più interessa ai nostri fini è la costruzione dell'*iter* argomentativo utilizzato dalla Corte costituzionale per riaffermare e valorizzare un principio (quello della "legalità sostanziale"), che, per la vaghezza e la duttilità del suo contenuto, è stato da sempre oggetto, come si è visto, di numerose interpretazioni, spesso non del tutto chiare.

La vicenda ha tratto origine da un'ordinanza sindacale emessa *ex art.* 54, comma 4 del Tuel dal sindaco di un comune veneto con la quale si vietava la

²²⁵ In *Foro it.*, 2004, I, 1365, con nota di M. MIGLIORANZA. In argomento, v. Q. CAMERLENGO, *Il nuovo assetto costituzionale delle funzioni legislative tra equilibri intangibili e legalità sostanziale*, in *Le Regioni*, 1, 2004, 51 ss. Sul versante opposto, relativo – cioè – al rischio di "sconfinamento" (questa volta) dello Stato in presenza di una disciplina legislativa lacunosa, v. Corte cost., 29 dicembre 2004, n. 425, in *Foro it.*, 2006, I, 402, secondo cui il principio di legalità sostanziale postula che «l'esercizio di un potere politico-amministrativo incidente sull'autonomia regionale (nonché sull'autonomia locale) può essere ammesso solo sulla base di previsioni legislative che predeterminino in via generale il contenuto delle statuizioni dell'esecutivo, delimitandone la discrezionalità». Sul rapporto tra legge e potestà regolamentare del Governo, v. Corte cost., 2 luglio 2009, n. 200, in *Giur. cost.*, 2009, 2316, con nota di L. CARLASSARE, in cui si è affermato che il principio di legalità sostanziale comporta la «predeterminazione contenutistica puntuale dei "criteri" cui deve rigorosamente attenersi il Governo nell'esercizio della potestà regolamentare delegata».

²²⁶ Secondo F. G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 35-36, il richiamo esplicito al principio di legalità sostanziale inizia a manifestarsi solo agli inizi di questo secolo, proprio a partire dalla sentenza qui citata. Altri riferimenti espressi del principio in questione sono contenuti nelle sentenze 6 febbraio 2009, n. 32, in *Foro it.*, 2009, I, 2005; 22 luglio 2011, n. 232, in *Foro it.*, 2011, I, 2583; 27 luglio 2011, n. 248, in *Foro it.*, 2011, I, 2884.

²²⁷ Tra i numerosi commenti, v. G. TROPEA, *Una rivoluzionaria sentenza restauratrice (in margine a Corte cost., n. 115/2011)*, in *Dir. amm.*, 3, 2011, 623-646.

²²⁸ L'art. 54, comma 4° del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) è stato sostituito dall'art. 6 del d. l. 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), poi convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1°, della l. 24 luglio 2008, n. 125.

richiesta di denaro in alcune zone del territorio comunale, prevedendo per i trasgressori una sanzione amministrativa pecuniaria. Tale provvedimento è stato impugnato da un'associazione onlus dinanzi al Tar Veneto, il quale, dopo aver concesso la sospensione cautelare degli effetti dell'ordinanza, ha sollevato, in riferimento a una serie di disposizioni costituzionali, talune questioni di legittimità costituzionale dell'art. 54, comma 4° cit., «nella parte in cui consente che il sindaco, quale ufficiale di Governo, adotti provvedimenti a “contenuto normativo ed efficacia a tempo indeterminato”, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minaccino la sicurezza urbana, anche fuori dai casi di contingibilità e urgenza»²²⁹.

Investita delle questioni suddette, la Corte costituzionale ha evidenziato come il potere di ordinanza, così concepito, fosse caratterizzato da una discrezionalità illimitata e vincolata al solo raggiungimento del fine indicato genericamente dal legislatore (ossia, la prevenzione e l'eliminazione di gravi pericoli che minaccino l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana). Ciò evidentemente si poneva in contrasto col principio di legalità sostanziale, che è «posto a base dello Stato di diritto» e che esprime «l'imprescindibile necessità» che l'esercizio del potere conferito «(...) sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa»²³⁰. Di conseguenza, la norma in questione è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, nella parte in cui comprendeva la locuzione «anche» prima delle parole «contingibili ed urgenti».

²²⁹ Corte cost. 4 aprile 2011, n. 115, p.to 1.

²³⁰ Corte cost. 4 aprile 2011, n. 115, p.to 4. La Corte ha, altresì, osservato che i provvedimenti sindacali in questione avrebbero potuto essere assimilati alle «prestazioni personali o patrimoniali» di cui all'art. 23 Cost. La circostanza che la riserva di legge individuata da tale disposizione abbia carattere “relativo” non è sufficiente a giustificare un ruolo marginale della fonte di rango primario: invero, «(i)l carattere relativo della riserva de qua non relega (...) la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad un prescrizione normativa “in bianco”, genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini». La restrizione della libertà dei cittadini, prosegue la Corte, è «susceptibile di essere incisa solo dalle determinazioni di un atto legislativo, direttamente o indirettamente riconducibile al Parlamento, espressivo della sovranità popolare»²³⁰. Ulteriori profili di illegittimità costituzionale sono stati, poi, individuati con riferimento agli artt. 3 e 97, c. 1, Cost., su cui v., in particolare, i punti 7 e 8 della pronuncia.

Con tale decisione, la Corte costituzionale, dopo aver chiarito la differenza concettuale tra le ordinanze contingibili e urgenti e le ordinanze «di ordinaria amministrazione», le prime soggette ai principi generali dell'ordinamento, le seconde alle disposizioni legislative o regolamentari vigenti, ha affrontato il tema del principio di legalità sostanziale. Al riguardo, le argomentazioni utilizzate parrebbero riecheggiare quell'orientamento dottrinale che ravvisava il fondamento della legalità in principi costituzionali non scritti desumibili dallo spirito e dal significato complessivo della Carta costituzionale²³¹: d'altra parte, a sostegno della tesi dell'esistenza e dell'attuale vigenza del principio di legalità sostanziale nel diritto amministrativo non è richiamata alcuna specifica disposizione costituzionale, ma esclusivamente il concetto di "Stato di diritto", alla cui base si collocherebbe il principio di legalità, il quale esclude l'attribuzione di un potere - non necessariamente "restrittivo" - in vista del solo raggiungimento di un fine genericamente individuato (come la tutela di un bene o di un valore)²³².

Con la decisione in esame, appare indubitabile che la Corte abbia rinforzato e valorizzato la portata precettiva del principio di legalità nella sua accezione sostanziale. Il giudice delle leggi, tuttavia, come nelle precedenti pronunce, non si addentra nella risoluzione dell'annosa e controversa questione circa l'estensione del contenuto minimo che la norma di legge deve avere qualora conferisca un potere amministrativo. Ciò è probabilmente dovuto alle particolarità dei singoli casi concreti (che, a seconda delle specificità e delle contingenze esigono, di volta in volta, diversi "dosaggi" di potere), per cui sarebbe estremamente arduo ricavare una regola generale valevole per la totalità delle fattispecie. D'altro canto, si tratta anche – come già ricordato - di contemperare due opposte esigenze: da un lato, quella tesa a tutelare i privati mediante un'adeguata regolazione dell'azione amministrativa (in un'ottica non solo di garanzia, ma anche di prevedibilità, su cui v. il par. successivo); dall'altro lato, quella di assicurare all'amministrazione un margine di manovra

²³¹ V. *supra* par. 3.

²³² In termini, v. Tar Sardegna, Sez. I, 3 novembre 2011, n. 1049, in *Foro amm. TAR*, 2011, 11, 3743.

non troppo “imbrigliato”, al fine di consentirle di adattare, nella maniera più aderente possibile al dato reale, il caso concreto alla fattispecie astratta²³³.

6. «Espropriazione indiretta» e legalità sostanziale: i moniti della Corte europea dei diritti dell'uomo di fronte alla persistente (im)prevedibilità dell'azione amministrativa.

Anche se inquadrato da un angolo visuale parzialmente diverso da quello tradizionale, il principio di legalità sostanziale è stato risolutamente valorizzato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, con specifico riferimento all'istituto di matrice giurisprudenziale della cd. “occupazione acquisitiva” o “accessione invertita”. Il fenomeno in questione costituisce il frutto di una copiosa (e, spesso, contraddittoria) elaborazione della giurisprudenza di legittimità²³⁴, secondo la quale, in pendenza di un procedimento illegittimo di occupazione temporanea di un immobile per mancanza del provvedimento autorizzativo o per il decorso dei termini prescritti, la proprietà dell'immobile medesimo, sempre che si fosse realizzata la sua irreversibile trasformazione, si sarebbe trasferita a titolo originario in capo all'amministrazione, con la conseguente estinzione automatica del diritto di proprietà del privato, al quale sarebbe spettata una tutela esclusivamente risarcitoria²³⁵. Dottrina e giurisprudenza hanno distinto, in proposito, tra occupazione “usurpativa”, qualora fosse mancato *ab initio* il titolo giuridico (cioè, la dichiarazione di pubblica utilità)²³⁶, e occupazione “acquisitiva” o “appropriativa”, nel caso il cui il procedimento

²³³ Così A. BARAGGIA, *Legalità sostanziale e (attuale) sostanza della legalità*, in *Le Regioni*, 2009, 710-711

²³⁴ Il *leading case* nella materia *de quo* è costituito dalla sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 26 febbraio 1983, n. 1464, in *Foro it.*, 1983, I, 626 ss.

²³⁵ Secondo i principi enunciati dalla Cassazione, detto comportamento avrebbe integrato un fatto illecito istantaneo con effetto permanente che attribuiva al privato il diritto al risarcimento del danno in misura pari al controvalore del bene, con riferimento al momento della sua perdita e da rivalutarsi fino alla sentenza di liquidazione del danno.

²³⁶ Ulteriori casi di occupazione “usurpativa” derivavano, ad esempio, dall'intervenuto annullamento della dichiarazione di pubblica utilità titolo o per scadenza dei relativi termini. In ogni caso, secondo la giurisprudenza, l'occupazione “usurpativa” non determinava l'effetto acquisitivo a favore della pubblica amministrazione.

espropriativo, pur in presenza del titolo, non fosse terminato con un formale atto ablativo (il decreto di esproprio)²³⁷.

La Corte di Strasburgo, dopo aver mantenuto un atteggiamento piuttosto prudente rispetto alla sindacabilità della legalità dell'azione amministrativa negli ordinamenti nazionali, con due sentenze - entrambe emesse il 30 maggio 2000²³⁸ - ha assunto una posizione diversa e più incisiva, sostenendo che l'occupazione acquisitiva (e, a maggior ragione, quella "usurpativa") violava il principio di legalità sostanziale posto a garanzia del diritto di proprietà ed espressamente sancito dall'art. 1 del primo protocollo della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)²³⁹.

In particolare, nella decisione *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia*²⁴⁰, la Corte europea, sul presupposto che uno dei principi cardine di una società

²³⁷ Sul punto, cfr. *ex multis*, Cass., Sez. Un., 10 giugno 1988, n. 3940, in *Foro it.*, 1988, I, 2262; più di recente, Cass., Sez. Un., 4 marzo 1997, n. 1907, in *Foro it.*, 1997, I, 721; Sez. VI, 28 marzo 2001, n. 4451, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 601; Cass., Sez. Un., 6 maggio 2003, n. 6853, in *Riv. giur. edil.*, 2004, I, 554, con nota di L. MUSSELLI; Cons. Stato, Sez. V, 24 aprile 2013 n. 2279, in *Foro amm. CDS*, 2013, 4, 973. Per i numerosi e critici riferimenti dottrinali alla tesi dell'occupazione acquisitiva, v. G. LEONE, A. MAROTTA, *Espropriazione per pubblica utilità*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XXVII, Padova, 1997, 579 ss.; v. altresì, F. VOLPE, *Le espropriazioni amministrative senza potere*, Padova, 1996, *passim*. Per un approfondimento sul rapporto tra occupazione acquisitiva e principio di legalità, cfr. C. FALCONE, *Occupazione acquisitiva e principio di legalità*, Napoli, 2002, *passim*.

²³⁸ Si tratta, in particolare, delle sentenze *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia* (ric. 31524/96) e *Carbonara e Ventura c. Italia* (ric. 24638/94). I testi integrali (in lingua francese) di entrambe le sentenze sono reperibili su www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN

²³⁹ L'art. 1, c. 1 del primo protocollo della CEDU stabilisce che: «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale». Per un commento alla presente disposizione, v. M. L. PADELLETTI, *Art. 1, Protocollo n. 1, Protezione della proprietà*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, 791 ss. Il mutato atteggiamento della Corte europea ha segnato il passaggio da una tutela del diritto di proprietà affidata esclusivamente alle Costituzioni dei singoli Stati membri ad una «leale collaborazione tra corti»: così F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *I beni privati e il potere pubblico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2007, 1 ss. In argomento, v. S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008, 343-344, la quale riconduce, alla luce della giurisprudenza CEDU, il diritto di proprietà a una situazione giuridica soggettiva "frammentata".

²⁴⁰ Il caso sottoposto alla Corte vedeva come protagonista una società italiana proprietaria di un fondo che era stato occupato dal comune a seguito dell'approvazione di un progetto di costruzione di una strada da realizzare sulla sua superficie. Dopo l'occupazione, la società presentava tempestivamente un ricorso (nel quale contestava la legittimità del procedimento espropriativo), accolto dal Tar con una sentenza passata in giudicato. A seguito di ripetuti (ma inutili) inviti alla rimessione in pristino del fondo e alla sua restituzione al legittimo proprietario,

democratica fosse la “preminenza” del diritto, ha, in primo luogo, osservato che qualsiasi ingerenza dei pubblici poteri nel godimento del diritto di proprietà avrebbe dovuto trovare il proprio fondamento in una norma di legge, e non essere, invece, radicata - come nel caso in esame - in un fatto (illecito) consistente nella realizzazione dell’opera; in secondo luogo, dal principio richiamato sarebbe, altresì, derivato l’obbligo in capo ai pubblici poteri (come, d’altronde, a ogni altro soggetto dell’ordinamento) di conformarsi alle sentenze passate in giudicato. Infine, la Corte ha espresso la necessità, in ossequio a una concezione “sostanziale” del principio di legalità, che le norme attributive del potere ablatorio in questione fossero vincolate nel contenuto (ossia, sufficientemente accessibili, precise e prevedibili²⁴¹), senza che fosse, peraltro, possibile “compensare” l’eventuale carenza di tali “requisiti” con un meccanismo - come quello insito nell’istituto in esame - che contemperasse l’interesse pubblico con quello privato²⁴².

Appariva, dunque, evidente che il principio di legalità “sostanziale” espresso dall’art. 1 del primo protocollo CEDU contrastasse con l’occupazione acquisitiva: un istituto che, oltre ad essere sprovvisto di una vera e propria base legale, è stato oggetto di interpretazioni contraddittorie da parte della

la società presentava un ricorso per l’ottemperanza, che il giudice, però, respingeva, rilevando che l’esecuzione della sentenza era divenuta giuridicamente impossibile (residuando esclusivamente una tutela risarcitoria) per l’avvenuto trasferimento della proprietà del fondo in capo al comune, in virtù dell’istituto dell’occupazione acquisitiva. In appello, il Consiglio di Stato, riunitosi in adunanza plenaria, confermava la sentenza, ritenendo che l’applicazione del principio occupazione acquisitiva non aveva comportato alcun diniego di giustizia, atteso che la data del trasferimento della proprietà del fondo in capo all’amministrazione era anteriore alla sentenza del Tar favorevole alla società, poiché la trasformazione irreversibile dell’immobile era avvenuta prima della decisione del giudice amministrativo.

²⁴¹ Corte dir. uomo 30 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia*, par. 57-58.

²⁴² Su quest’ultimo punto, v. R. DAMONTE, *La Corte di Strasburgo “condanna” l’accessione invertita*, in *Riv. giur. edil.*, 2000, 792 ss. Anche nella sentenza “gemella” *Carbonara e Ventura c. Italia* la Corte ha fatto ricorso al medesimo apparato argomentativo per denunciare le forti criticità, in riferimento al principio di legalità, dell’istituto in esame. Più precisamente, nel caso in questione l’amministrazione si era immessa nel possesso di alcuni fondi di proprietà privata senza procedere né all’emissione del formale atto ablatorio nei termini prescritti né al ristoro dei danni subiti dai proprietari dei suoli espropriati. Questi ultimi, dopo aver adito entrambe le corti di merito, si rivolgevano alla Corte di Cassazione affinché annullasse la sentenza del giudice di appello, con la quale era stato negato ai ricorrenti il risarcimento dei danni subiti per l’intervenuta prescrizione. Il giudice di legittimità rigettava il ricorso, sostenendo che il termine prescrizionale decorreva dal momento dell’acquisto della proprietà del fondo da parte dell’amministrazione, che coincideva con l’irreversibile trasformazione dell’immobile. A questo punto, i proprietari dei fondi espropriati sottoponevano la questione alla Corte europea dei diritti dell’uomo, lamentando la violazione dell’art. 1 del primo protocollo della Convenzione.

giurisprudenza che hanno prodotto risultati non prevedibili *ex ante* (e, dunque, arbitrari), privando, di conseguenza, gli interessati di una protezione giuridica efficace; a tacere, poi, del fatto che un siffatto istituto - come già accennato - consentiva di fatto all'amministrazione di trarre un beneficio da un proprio comportamento illecito²⁴³.

In seguito ai rilievi mossi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo²⁴⁴, il legislatore nazionale ha sì introdotto una base legale atta a giustificare l'esercizio del potere ablatorio in analisi, ma ha sostanzialmente disatteso le indicazioni della Corte concernenti il grado di sufficiente precisione, chiarezza e prevedibilità che avrebbe dovuto qualificare il parametro legislativo di riferimento. Invero, con l'art. 43 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327²⁴⁵, il legislatore ha, infatti, recepito, senza apportare modifiche significative, l'orientamento giurisprudenziale fino ad allora vigente in tema di occupazione

²⁴³ Corte dir. uomo 30 maggio 2000, *Belvedere Alberghiera S.r.l. c. Italia*, par. 59. La giurisprudenza successiva della Corte è consolidata nel ribadire la contrarietà dell'occupazione acquisitiva (o «espropriazione indiretta», per usare il linguaggio dei giudici di Strasburgo) all'art. 1 del primo protocollo CEDU: Corte dir. uomo 14 gennaio 2014, *Pascucci c. Italia*, ric. 1537/04; 28 giugno 2011, *De Caterina e altri c. Italia*, ric. 65278/01; 22 dicembre 2009, *Guiso-Gallisay c. Italia*, ric. 58858/00; 18 marzo 2008, *Velocci c. Italia*, ric. 1717/03; 19 ottobre 2006, *Gautieri e altri c. Italia*, ric. 68610/01; 15 novembre 2005, *Lanteri c. Italia*, ric. 56578/00; 13 ottobre 2005, *Serrao c. Italia*, ric. 67198/01; 11 ottobre 2005, *La Rosa e Alba c. Italia*, ric. 58119/00; 11 ottobre 2005, *Chirò c. Italia*, ric. 67196/01; 19 maggio 2005, *Acciardi e Campagna c. Italia*, ric. 41040/98; 17 maggio 2005, *Pasculli c. Italia*, ric. 36818/97; 17 maggio 2005, *Scordino c. Italia*, ric. 43662/98. I testi integrali (in lingua francese e inglese) delle decisioni citate sono reperibili su www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN.

²⁴⁴ È bene ricordare che con le due decisioni passate in rassegna si è assistito a un significativo mutamento, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, in ordine all'interpretazione del principio di legalità, il quale, da mera garanzia della congruità del risarcimento e del giusto bilanciamento tra interesse pubblico e privato ha acquistato una valenza più rigorosa e garantistica volta a proteggere il diritto di proprietà da ogni tipo di ingerenza illegittima ad opera dei pubblici poteri. Non a caso, i commenti alle sentenze richiamate sono stati numerosi: v., *ex multis*, F. G. SCOCA, S. TARULLO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'accessione invertita: verso nuovi scenari*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2000, I, 445 ss.; I. CACCIAVILLANI, *Illegalità europea dell'occupazione acquisitiva e suoi rimedi*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2000, III, 512 ss.; C. VARRONE, *Occupazione acquisitiva o accessione invertita: analisi critica e sviluppi normativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 59 ss.; R. ARCANGELI, *La occupazione acquisitiva nella prospettiva costituzionale e comunitaria*, in *Cons. St.*, 2001, II, 513; A. BENIGNI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo "boccia" l'occupazione appropriativa*, in *Urb e app.*, 2001, 283 ss.

²⁴⁵ L'art. 43 del T.U. sulle espropriazioni (dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte con la sentenza n. 293 dell'8 ottobre 2010, su cui v. *infra*) stabiliva, al comma 1, che: «(v)alutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni».

acquisitiva²⁴⁶, salvo stabilire che il trasferimento di proprietà in capo all'amministrazione del fondo illegittimamente occupato non sarebbe più avvenuto automaticamente con la sua trasformazione irreversibile, bensì con un provvedimento di acquisizione del bene al patrimonio indisponibile da parte dell'amministrazione espropriante, previo risarcimento del danno (cd. "acquisizione coattiva sanante")²⁴⁷.

Non è stato un caso che la Corte europea – pur non occupandosene direttamente - abbia sostanzialmente censurato anche la "nuova" occupazione acquisitiva "tipizzata"; infatti, ad avviso della Corte, la mera copertura legislativa non era sufficiente a soddisfare il principio di legalità sotto il profilo della "qualità" della legge, posto che tale principio non imponeva soltanto l'esistenza di una norma di legge che "autorizzasse" l'espropriazione indiretta, ma era, altresì, necessario che questa fosse sufficientemente accessibile, chiara e prevedibile²⁴⁸. La Corte ha, poi, in più occasioni, aggiunto che l'«*expropriation indirecte*», sebbene trovasse la propria fonte di legittimazione in un testo di legge o in un orientamento giurisprudenziale, non avrebbe potuto rappresentare in ogni caso una valida alternativa all'espropriazione adottata secondo «buona e debita forma»²⁴⁹.

Nel 2010²⁵⁰, il giudice delle leggi, investito della questione di legittimità costituzionale dell'art. 43 cit., ne ha dichiarato l'incostituzionalità per eccesso di delega, atteso che l'ambito di applicazione della suddetta disposizione

²⁴⁶ In questi termini, anche S. PIERONI, *Il principio di legalità riemerge dalle ceneri della acquisizione coattiva rectius espropriazione indiretta*, in <http://diritti-cedu.unipg.it>.

²⁴⁷ Come osservato in dottrina (E. CASSETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 338), «(s)i intendeva così agevolare la formazione di un titolo formale di acquisto della proprietà (un atto motivato di acquisizione impugnabile dinanzi al giudice amministrativo), evitando il tradizionale meccanismo caratterizzato dal trasferimento della proprietà radicato in un mero fatto (illecito), quale è la realizzazione dell'opera». In argomento, v. Cons. Stato, Ad. Plen., 29 aprile 2005, n. 2, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1285 ss., con nota di A. POLICE, G. DI LEO, *L'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*. Per una ricostruzione dell'istituto, anche in ottica comparata, cfr. C. BENETAZZO, *L'acquisizione "sanante" tra principio di legalità e nuove frontiere della responsabilità: gli spunti provenienti dall'U.E.*, in www.giustamm.it, 2014, 9, 1-43.

²⁴⁸ V., in particolare, Corte dir. uomo. 15 novembre 2005, *Acciardi e Campagna c. Italia*, cit.; 17 maggio 2005, *Scordino c. Italia*, cit.

²⁴⁹ In questo senso, v. Corte dir. uomo 20 aprile 2006, *De Sciscio c. Italia*, ric. 176/04; 12 gennaio 2006, *Sciarrotta e altri c. Italia*, ric. 14793/02; 13 ottobre 2005, *Binotti c. Italia*, ric. 71603/01. I testi integrali (in lingua francese) delle sentenze sono reperibili su www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN.

²⁵⁰ Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 293, in *Foro it.*, 2010, I, 3237.

“esorbitava”, secondo la Corte, i criteri fissati dalla legge-delega, i quali richiedevano al legislatore delegato soltanto un coordinamento formale delle disposizioni allora vigenti in tema di espropri per pubblica utilità. In assenza di una presa di posizione sul merito della questione, non è, tuttavia, passato inosservato il fatto che la Corte avesse censurato il «regime risultante dalla norma impugnata» nel quale si attribuiva all’amministrazione un «generalizzato potere di sanatoria» (fondato, peraltro, su di un fatto illecito), a dispetto, perfino, di un giudicato che avesse previsto il ristoro in forma specifica del diritto di proprietà violato. La Corte, richiamando espressamente anche la giurisprudenza CEDU²⁵¹, ha, altresì, sottolineato - con un indiretto avvertimento al legislatore - come non fosse affatto scontato che «la mera trasposizione in legge di un istituto, in astratto suscettibile di perpetuare le stesse negative conseguenze dell’espropriazione indiretta, (fosse) sufficiente di per sé a risolvere il grave vulnus al principio di legalità»²⁵².

Di fronte alla lacuna normativa venutasi nuovamente a creare a seguito della declaratoria di incostituzionalità dell’art. 43 cit., il legislatore ha provveduto a inserire nel t.u. in materia di espropri una nuova disposizione (l’art. 42-*bis*²⁵³), che di fatto ha riprodotto (salvo talune differenze riguardanti, ad esempio, il tenore della motivazione del provvedimento di acquisizione²⁵⁴, su

²⁵¹ È citata, in particolare, la sentenza 12 gennaio 2006, *Sciarrotta e altri c. Italia*, cit.

²⁵² Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 293, par. 8.5.

²⁵³ Introdotto dall’art. 34, d. l. 6 luglio 2011, n. 98 («Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria»), conv. in l. 15 luglio 2011, n. 111. L’art. 42 *bis* (rubricato «Utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico») stabilisce, al comma 1, che: «(v)alutati gli interessi in conflitto, l’autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso sia acquisito, non retroattivamente, al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario sia corrisposto un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest’ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene».

²⁵⁴ In proposito, l’art. 42-*bis*, c. 4 prevede che: «(i)l provvedimento di acquisizione (...) è specificamente motivato in riferimento alle attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l’emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l’assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione». Altri elementi di novità riguardano: l’obbligo in capo all’autorità precedente di comunicare alla Corte dei Conti l’avvenuta emanazione del provvedimento di acquisizione (c. 7); l’entità dell’indennizzo (non più denominato «risarcimento») dovuto al proprietario dell’immobile espropriato (cc. 1 e 3), che deve corrispondere al valore venale del bene maggiorato del pregiudizio patrimoniale e non subito dal privato. In ordine al problema della giurisdizione sulla questione della determinazione dell’indennizzo *ex art. 42-bis*, t.u. espropri v., da ultimo, Cass., Sez. Un., ord. 29 ottobre 2015,

cui v. più specificamente *infra*) la “sostanza” del vecchio art. 43: cioè, la possibilità per l’amministrazione, in caso di occupazione *sine titulo* dell’immobile, di disporre l’acquisizione, non retroattiva, al proprio patrimonio indisponibile, contro la corresponsione di un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non subito dal privato²⁵⁵.

Era, dunque, prevedibile che la fattispecie tornasse al vaglio della Corte costituzionale, la quale, con la sentenza n. 71 del 30 aprile 2015²⁵⁶, ha dichiarato – in via non del tutto condivisibile (v. *infra*) – non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 42-*bis* cit., sollevata dalle Sezioni Unite della Cassazione e dal Tar Lazio (con quattro ordinanze di analogo tenore²⁵⁷). Per giungere a tale conclusione, la Corte, anche allo scopo di superare le obiezioni da essa stessa espresse in riferimento alla vecchia formulazione della norma, ha valorizzato i “nuovi” elementi introdotti dall’art. 42-*bis* cit.²⁵⁸. Essi –

n. 22096, in corso di pubbl., e Tar Emilia-Romagna, Parma, 29 giugno 2015, n. 203, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁵⁵ Si consideri, però, quanto statuito da Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2015, n. 735, in *Foro it.* 2015, I, 436, che, in linea con quanto era stato già affermato dal Consiglio di Stato (v. *supra* Ad. Plen. 29 aprile 2005, n. 2), ha stabilito che, in assenza del provvedimento di acquisizione ex art. 42-*bis* t.u. espropri o di altra circostanza “sanante” (come, ad esempio, la conclusione di un accordo transattivo, o l’intervenuta usucapione da parte dell’occupante che ha trasformato il bene), «l’illecito spossessamento del privato da parte della p.a. e l’irreversibile trasformazione del suo terreno per la costruzione di un’opera pubblica non danno luogo, anche quando vi sia stata dichiarazione di pubblica utilità, all’acquisto dell’area da parte dell’Amministrazione ed il privato ha diritto a chiederne la restituzione salvo che non decida di abdicare al suo diritto e chiedere il risarcimento del danno. Il privato, inoltre, ha diritto al risarcimento dei danni per il periodo, non coperto dall’eventuale occupazione legittima, durante il quale ha subito la perdita delle utilità ricavabili dal terreno e ciò sino al momento della restituzione ovvero sino al momento in cui ha chiesto il risarcimento del danno per equivalente, abdicando alla proprietà del terreno».

²⁵⁶ Corte cost. 30 aprile 2015, n. 71, in *Giur. cost.*, 3, 2015, 998. In termini, Cons. Stato, Sez. IV, 19 ottobre 2015, n. 4777; Sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4403, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁵⁷ Cass., Sez. Un., ord. 13 gennaio 2014, nn. 441 e 442, in *Guida al diritto*, 2014, 9, 81. Tar Lazio, Sez. II, ord. 12 maggio 2014, n. 163; ord. 5 giugno 2014, n. 219, entrambe reperibili su www.giustizia-amministrativa.it.

²⁵⁸ Tra questi, la Corte richiama, in particolare, i seguenti: l’efficacia *ex nunc* dell’atto di acquisizione “sanante” (comunicato entro 30 giorni alla Corte dei conti), il che eviterebbe la compromissione dell’intangibilità del giudicato che abbia già disposto la restituzione del bene al privato; il corredo motivazionale «rafforzato» che deve accompagnare il provvedimento di acquisizione (come già anticipato *supra*, devono essere, in particolare, indicate, ai sensi dell’art. 42-*bis*, c. 4, le «attuali ed eccezionali» ragioni di interesse pubblico che giustificano l’emanazione dell’atto, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati, nonché evidenziata «l’assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione»); «il ristoro supplementare» rappresentato dall’indennizzo per il danno non patrimoniale, forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene; la sottoposizione del trasferimento del

unitariamente intesi – configurerebbero un «procedimento espropriativo semplificato» di carattere «eccezionale», a cui l'amministrazione avrebbe potuto ricorrere solamente quando avesse costituito l'*extrema ratio* per la soddisfazione di «attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico» (cioè, «solo quando (fossero) state escluse, all'esito di una effettiva comparazione con i contrapposti interessi privati, altre opzioni, compresa la cessione volontaria mediante atto di compravendita, e non (fosse) ragionevolmente possibile la restituzione totale o parziale, del bene, previa riduzione in pristino, al privato illecitamente inciso nel suo diritto di proprietà»)²⁵⁹.

Ciò, secondo la Corte, sarebbe sufficiente a valorizzare i «motivi di interesse generale» presupposti dall'art. 42, Cost., «sulla scia della giurisprudenza costituzionale che impone alla legge ordinaria di indicare elementi e criteri idonei a delimitare chiaramente la discrezionalità dell'Amministrazione». Né vi sarebbero problemi di compatibilità del nuovo istituto con l'art. 1 del primo protocollo CEDU, posto che l'obbligo motivazionale richiesto dall'art. 42-*bis* cit. risponderebbe all'esigenza di una maggiore prevedibilità dell'azione amministrativa.

A tacere dei problemi sollevati dall'art. 42-*bis* in relazione alla sua applicazione retroattiva, non si ritiene che la “torsione” - in senso apparentemente più favorevole al privato - dell'istituto in esame vada nella direzione auspicata dalla Corte di Strasburgo, nel senso di un'amministrazione informata al rispetto del principio di legalità sostanziale e, nella specifica prospettiva della CEDU, alla prevedibilità dell'azione amministrativa.

Anzi, le nuove indicazioni normative sembrerebbero riproporre ancora una volta il modello, già ripetutamente respinto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, dell'“espropriazione indiretta”, ossia di un meccanismo alternativo all'espropriazione effettuata secondo “buona e debita forma” e contrario alle prescrizioni di sufficiente chiarezza, precisione e prevedibilità cui il legislatore dovrebbe attenersi nel prevedere un potere amministrativo, specie se di carattere ablatorio come quello in esame; invero, sebbene l'espropriazione indiretta goda

diritto di proprietà in capo all'amministrazione alla condizione sospensiva del pagamento delle somme dovute (da effettuare entro 30 giorni dal provvedimento di acquisizione).

²⁵⁹ Corte cost. 30 aprile 2015, n. 71 (in part., v. par. 6.7).

di una espressa copertura legislativa²⁶⁰, si tratta, comunque, di un potere non conforme al principio di legalità sostanziale, atteso che non vengono risolti i problemi di imprevedibilità dell'azione amministrativa, più volte sollevati dalla Corte europea.

Da un lato, non si può negare, infatti, che il meccanismo restitutorio a favore del privato a seguito dell'illecita occupazione del bene compiuta dall'amministrazione rimanga pur sempre subordinato a un apprezzamento di amplissima discrezionalità dell'amministrazione espropriante, che si traduce in una sostanziale e perpetua sottoposizione del bene privato detenuto *sine titulo* al sacrificio dell'espropriazione; in proposito, si badi che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo esclude che la valenza garantistica consacrata nel principio di legalità sostanziale previsto dall'art. 1 del primo protocollo CEDU possa essere "recuperata" con l'attribuzione all'amministrazione di un siffatto potere di bilanciamento tra interessi pubblici e privati: tale meccanismo non è, infatti, idoneo a eliminare il rischio di comportamenti imprevedibili o arbitrari da parte dei pubblici poteri²⁶¹. Né il sufficiente grado di certezza postulato dalla Convenzione attraverso «l'esistenza di norme giuridiche interne sufficientemente accessibili, precise e dagli effetti prevedibili» appare raggiungibile *ex post* dalla giurisprudenza amministrativa, la quale è ancora alla ricerca di un indirizzo interpretativo consolidato²⁶².

²⁶⁰ Ciò esclude che possa propriamente parlarsi di potere implicito: sull'esatta definizione dei poteri impliciti, v. cap. III.

²⁶¹ Cfr., in particolare, Corte dir. uomo, 28 giugno 2011, *De Caterina e altri c. Italia*, ric. 65278/01; 20 aprile 2006, *De Sciscio c. Italia*, cit; 2 febbraio 2006, *Genovese c. Italia*, ric. 9119/03. I testi integrali (in lingua francese) delle sentenze sono reperibili su www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN.

²⁶² Cfr., sul punto, Cass., Sez. Un., ord. 13 gennaio 2014, nn. 441, cit., secondo cui l'imprevedibilità dell'azione amministrativa sarebbe confermata dalle variegate interpretazioni della norma offerte dalla recente giurisprudenza amministrativa, «che talvolta ha posto a carico del proprietario l'onere di esperire il procedimento di messa in mora, per poi impugnare l'eventuale silenzio-rifiuto dell'amministrazione a provvedere; talaltra gli ha concesso di intraprendere direttamente un'azione (soltanto) recuperatoria: a fronte della quale si è tuttavia ulteriormente suddivisa, in quanto alcune pronunce hanno attribuito al giudice amministrativo il normale potere di emettere le tradizionali statuizioni di annullamento e di condanna; altre (tra le quali la decisione del TSAP 107/10), invocando l'art. 34 cod. proc. amm. anche il potere di assegnare all'amministrazione un termine per scegliere tra l'adozione del provvedimento di cui all'art. 42 bis, e la restituzione dell'immobile. Mentre altre ancora hanno devoluto direttamente al giudice suddetto il compito di emettere il provvedimento, comportante (anche) la valutazione definitiva sulla presenza (o meno), dell'interesse pubblico specifico all'acquisizione del bene».

Dall'altro lato, è pur vero che, talvolta, una rigida predeterminazione dell'azione amministrativa (che, nell'ottica della Corte europea, è sinonimo di garanzia), potrebbe rivelarsi controproducente per la tutela del privato: non mancano, infatti, esempi virtuosi nella prassi in cui la flessibilità è stata utilizzata (soprattutto dalla giurisprudenza) per rispondere a istanze di giustizia sostanziale (almeno in alcune decisioni recenti sui limiti alla condanna a restituire il bene illecitamente occupato, che talora neppure la parte ha più interesse a ottenere)²⁶³.

7. La (presunta) “crisi” del principio di legalità.

Si è osservato che il principio di legalità abbia perso quella portata precettiva di cui era tradizionalmente provvisto, in quanto sarebbe mutato il rapporto tra legge e amministrazione. L'interesse pubblico, sempre più spesso, non viene chiaramente identificato e cristallizzato nella norma giuridica attributiva del potere²⁶⁴: esso «(...) è sempre meno un interesse “dato”, per diventare sempre più spesso uno scopo da perseguire»²⁶⁵. In questo contesto vengono riscoperte e rivalorizzate le categorie dell'indeterminatezza della norma giuridica, le quali meglio si adatterebbero ai nuovi e numerosi bisogni della vita quotidiana e alle loro complesse e articolate soluzioni. La maggiore elasticità della norma e il conseguente aumento della flessibilità dell'azione amministrativa potrebbe corrispondere, tuttavia, a una minore garanzia dei privati nei confronti del potere, comportando uno “spostamento” della tutela degli interessi individuali dalla norma attributiva del potere al procedimento amministrativo, diventato il centro di acquisizione, ponderazione e composizione dei fatti, interessi e circostanze, rilevanti nella fattispecie reale²⁶⁶.

²⁶³ Sul punto, anche per un approccio critico sulla giurisprudenza CEDU, v. M. MAZZAMUTO, *Il fantasma dell'occupazione appropriativa tormenta i giudici amministrativi*, nota a Cons. Stato, Sez. IV, 16 marzo 2012 n. 1514, in *Giur. it.*, 12, 2012, 2668-2673.

²⁶⁴ Cfr. F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa. Profili critici e principi ricostruttivi*, Napoli, 2000, 112-113.

²⁶⁵ P. SALVATORE, *La legalità nell'amministrazione*, cit., 99.

²⁶⁶ S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, cit., 93, secondo il quale l'indeterminatezza della norma «costituisce una elementare esigenza di buona amministrazione, poiché consente all'autorità

La “crisi” del principio di legalità sarebbe dovuta a una serie di ragioni.

In primo luogo, al decisivo e innegabile accrescimento, soprattutto negli ultimi decenni, del ruolo del Governo nella promozione e attuazione dell’indirizzo politico, grazie anche alla disponibilità di strumenti giuridico-politici in grado di condizionare fortemente l’organo legislativo²⁶⁷.

In secondo luogo, si evidenzia la (presunta) incompatibilità fra il principio di legalità e la struttura del cd. Stato sociale: si sostiene, più precisamente, che la regola istituzionale della legalità amministrativa si attenuerebbe con riferimento all’attività di carattere non autoritativo, in assenza di profili garantisti diversi da quelli del mero raggiungimento del risultato al servizio del cittadino titolare di una posizione pretensiva²⁶⁸.

In terzo luogo, mentre nell’impostazione tradizionale solo la legge ordinaria avrebbe potuto costituire un’idonea fonte di poteri amministrativi, oggi, in virtù del passaggio da un ordinamento rigidamente verticale e monista a uno pluralista, aperto e eterogeneo, la funzione normativa è affidata a molteplici soggetti e ruota non più sul criterio gerarchico (ormai recessivo), bensì su quello della competenza²⁶⁹. Invero, uno dei principali fattori di “crisi” del principio di

decidente una più ampia agilità di manovra nel plasmare di volta in volta le soluzioni più adeguate, e nel coordinare queste fra loro in modo da evitare scompensi e conflitti».

²⁶⁷ Come rileva N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 179, le decisioni essenziali sulla vita pubblica sono, in effetti, assunte dall’Esecutivo, in quanto soggetto reputato maggiormente idoneo a soddisfare le istanze dei cittadini per la tempestività di intervento e per le competenze di ordine tecnico che contraddistinguono la sua azione. La produzione normativa statale è, d’altra parte, perlopiù riconducibile all’attività normativa del Governo (se si pensa, da una parte, all’utilizzo, spesso incontrollato, degli strumenti della decretazione d’urgenza e della delega legislativa e, dall’altra, al progressivo aumento delle materie devolute alla competenza regolamentare, nonché all’introduzione del meccanismo della delegificazione di cui alle l. 400/1988). È pur vero che in tutti questi casi sia, comunque, riservata all’organo legislativo «la parola decisiva (in via preventiva o successiva)»²⁶⁷. Sui poteri normativi del Governo e sulla possibilità o meno di conferire poteri amministrativi, v. sempre N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 196-205.

²⁶⁸ M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 81-83. *Contra* M. MAZZAMUTO, *Amministrazione e privato*, cit., 54; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 171, il quale ritiene che, proprio i caratteri peculiari dello Stato sociale (ossia, il forte interventismo pubblico e le politiche di redistribuzione della ricchezza), se, da una parte, producono indubbiamente dei vantaggi per i destinatari dei provvedimenti ampliativi, dall’altra, comportano inevitabilmente la privazione più o meno ampia di spazi di libertà a danno di terzi.

²⁶⁹ Cfr P. SALVATORE, *La legalità nell’amministrazione*, cit., 98. Si è persino parlato di «atipicità» delle fonti del diritto (amministrativo) per sottolineare il superamento di una visione “statica” delle fonti e approdare a una visione “dinamica” e “plurale”, che consenta un’indagine più appropriata sul loro effettivo funzionamento, che differisce in misura rilevante «in ragione delle dinamiche proprie della branca del diritto interessata»: M. MAZZAMUTO, *L’atipicità delle*

legalità viene proprio rinvenuto nel fenomeno, ormai acclarato, del trasferimento dei poteri decisionali dall'organo legislativo nazionale a centri di competenza normativa collocati su diversi livelli istituzionali, anch'essi, però, dotati dei caratteri di rappresentatività e di democraticità (*in primis*, Regioni e istituzioni dell'Unione europea)²⁷⁰.

Problemi diversi e più rilevanti si pongono, invece, quando manchino i suddetti caratteri in capo ai soggetti in vario modo coinvolti nel processo di produzione normativa (come accade per le Autorità amministrative indipendenti)²⁷¹. Il requisito della legittimazione democratica (e, dunque, la valorizzazione di una delle due "anime" del principio di legalità) in connessione col più ampio principio della sovranità popolare, non sono, però, sempre condivisi in dottrina, essendo – piuttosto – indispensabile, in un'ottica più marcatamente garantistica, la previa determinazione normativa dell'attività dell'amministrazione, indipendentemente dalla natura o dal grado della fonte di produzione²⁷².

fonti del diritto amministrativo, Relazione al Convegno Aipda 2015 dal titolo *Le fonti nel diritto amministrativo*, Padova, 9-10 ottobre 2015, 4.

²⁷⁰ V., ad esempio, G. MANFREDI, *Poteri di ordinanza, legalità, "stato governativo"*, cit., 412, il quale sottolinea la dequotazione della legge del Parlamento a favore di una più accentuata rilevanza delle fonti normative delle autonomie territoriali. Sull'incidenza del diritto europeo sulla legalità amministrativa nazionale, v. F. MERUSI, *L'integrazione fra la legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. amm.*, 2009, 43 ss.; M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione di diritti non statali*, Milano, 2012, *passim*. Da un diverso punto di vista (N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 172 ss.), si è, però, sostenuto che l'influenza, sempre più importante, del diritto europeo sul diritto nazionale abbia rafforzato la portata precettiva del principio di legalità: in proposito, si è fatto riferimento all'idea cristallizzata nei trattati europei di concepire l'azione dei poteri pubblici non più tesa a orientare in senso finalistico le attività economiche per obiettivi di interesse pubblico, bensì limitata al ruolo di mera garanzia esterna del rispetto da parte degli operatori economici delle regole di condotta predeterminate in sede normativa. Il progressivo arretramento dei poteri pubblici dall'economia avrebbe, quindi, rinvigorito la portata precettiva del principio di legalità, posto che gli interventi pubblici (soprattutto quelli di tipo autoritativo) costituirebbero oggi un'eccezione rispetto alla regola della generale libertà nell'esercizio delle attività economiche; pertanto, essi sarebbero tassativamente predeterminati dalla legge.

²⁷¹ Sul punto, v. più diffusamente cap. III, par. 6 e cap. IV.

²⁷² Tra tutti, M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, cit., 17. Si accede così a un deciso ampliamento delle fonti del diritto (amministrativo) senza, però, perdere le specificità di ognuna: «ogni fonte del diritto, intesa nel senso di contenere "più o meno" norme generali e astratte, si colloca sempre, fermo restando il rispetto della gerarchia interna alle stesse fonti, in un gradino sovraordinato al provvedimento singolare e concreto, costituendone parametro di legittimità». Già F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI agg., 2002, 88 ss. osservava che il principio di legalità, più che un principio effettivamente vigente, costituisse «l'oggetto di aspirazioni ideologiche, di politica del diritto o semplicemente di illusioni».

L'accennato problema della carenza di legittimazione democratica consente di rammentare sin da ora che un altro (imponente) fattore di "crisi" del principio di legalità è rappresentato proprio dall'avvento delle Autorità amministrative indipendenti.

Tali soggetti, la cui attività è prevalentemente tesa alla realizzazione di un mercato concorrenziale improntato al corretto svolgimento delle libertà economiche, sono portatori, secondo una parte della dottrina²⁷³, di una "nuova legalità" chiamata "regolazione"²⁷⁴, la quale, oltre a promanare da soggetti appunto svincolati dal circuito democratico, si caratterizza per il fatto di affrancarsi dallo schema della tipizzazione dell'attività tipica della legalità amministrativa tradizionale, per abbracciare un tipo di normazione tesa alla realizzazione di valori e principi dai contorni vaghi e indefiniti, talora perfino "non formalmente" vincolante (è il caso, ad esempio, del sempre più frequente ricorso da parte di siffatte Autorità a linee-guida, raccomandazioni, orientamenti, etc...: in definitiva, alla cd. *soft law*). In questi casi, l'esigenza del rispetto puntuale del principio di legalità dell'azione amministrativa viene ridimensionata per soddisfare un'altra esigenza, contrastante con la prima: quella di conseguire un effettivo risultato, anche a prescindere dalla stretta conformità al dato normativo²⁷⁵.

Con riguardo alla natura delle norme attributive del potere non si può poi non rilevare come già da tempo si assista, sempre più spesso, all'integrazione nel «blocco di legalità» di norme e discipline di natura privatistica²⁷⁶. La giurisprudenza, alcune volte, richiama puntualmente le singole disposizioni del Codice Civile che si applicano all'azione amministrativa; altre volte, fa riferimento ai soli principi informatori delle disposizioni stesse; altre volte ancora, invece, ai principi generali del diritto privato. Non mancano, poi, limitazioni legislative all'esercizio dell'attività di diritto privato dell'amministrazione: si pensi, ad esempio, a quanto stabilito dall'art. 3, l. 244/2007, che vieta all'amministrazione l'utilizzo dello strumento societario in

²⁷³ In questo senso si esprime P. SALVATORE, *La legalità nell'amministrazione*, cit., 100. Tale aspetto sarà approfondito nel cap. III.

²⁷⁴ F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 15, 65-72.

²⁷⁵ Cfr M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, 273.

²⁷⁶ P. SALVATORE, *La legalità nell'amministrazione*, cit., 99.

particolari situazioni. La nuova disciplina dell'azione pubblica, non essendo più solamente caratterizzata dai tradizionali istituti sui quali essa è nata e si è sviluppata nel tempo, deve fare oggi i conti, in maniera sempre più diffusa, con i modelli del diritto privato e dell'azione amministrativa "consensuale", con tutte le implicazioni che ne derivano, soprattutto in ordine alle "attenuazioni" (o "metamorfosi") che in tali casi subisce il principio di legalità²⁷⁷.

La dequotazione della legalità (*rectius* del valore invalidante dei cd. vizi formali) pare, altresì, emergere dalla novella legislativa del 2005 (l. 15 del 2005), che ha introdotto l'art. 21-*octies* nella l. 241/1990, ove si prevede che «non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». A tacere della rilevanza sostanziale o processuale della norma, è indubbio che si tratti di una disposizione che privilegia, nell'ottica del buon andamento, le esigenze di funzionalità ed efficienza rispetto alla stretta conformità dell'attività amministrativa al dato formale²⁷⁸.

²⁷⁷ Non può non essere menzionata in proposito l'opera di C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., *passim*, il quale suggerisce il passaggio da una concezione del principio di legalità come «garanzia» a una concezione del medesimo principio come «indirizzo» (nel senso di predeterminazione - legislativa e a mezzo di atti di indirizzo - di un vincolo di scopo), al fine di estendere la sua portata precettiva anche all'attività di diritto privato dell'amministrazione. Avverte F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, cit., 11: «(...) con il diritto privato il legislatore ha addirittura pensato di fare a meno della legalità, cioè della predeterminazione di norme per l'esercizio del potere. Confondendo autonomia privata con sovranità si è arrivati ad affermare che, se la pubblica amministrazione usasse il diritto privato anziché il diritto amministrativo, cioè quel particolare diritto che è scaturito dall'applicazione del principio di legalità, il cittadino sarebbe non più subordinato alla pubblica amministrazione, ma addirittura partecipante dell'esercizio del potere. Naturalmente si tratta di un sofisma per esercitare il potere senza regole, per consentire l'appropriazione privata di beni collettivi da parte delle amministrazioni elettive e per eludere la legalità comunitaria. Un modo per svincolarsi dai lacci della legalità che da sempre stanno stretti a qualunque organo di governo, sia centrale che locale».

²⁷⁸ Tuttavia, parte della dottrina propende per una interpretazione restrittiva della norma in questione: F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-*octies*, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *www.giustamm.it*, 4, 2005, 17.

Infine, forti tensioni col principio di legalità (specie nella sua accezione sostanziale) e, di riflesso, con la tutela di taluni diritti costituzionalmente garantiti sono poste dal potere di ordinanza, in ragione della sua atipicità, nonché della capacità derogatoria di norme di rango primario che tale potere può talvolta detenere²⁷⁹.

La tendenza a svilire la portata precettiva del principio di legalità è una costante del nostro attuale sistema giuridico. Per evitare che il principio di legalità dell'azione amministrativa venga svuotato del suo pregnante valore garantistico, occorre che esso venga inteso nella sua accezione più rigorosa e adattato all'evoluzione del nostro ordinamento²⁸⁰.

Alla luce di quanto testé detto, pare, ormai, indubbia la progressiva "dilatazione" di concetti che, fino a qualche tempo fa, sembravano, invece, avere una consistenza monolitica e inscindibile.

D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 386.

²⁷⁹ La letteratura è sul punto molto ampia; tra i tanti contributi, v. G. MIELE, *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 434 ss.; S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1940, 307; M. S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, 391 ss.; A. M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, VII, 1961, 530; G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, XII, 1965, 90 ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1976, 29 ss.; P. G. GRASSO, voce «Necessità (diritto pubblico)», in *Enc. dir.*, Milano, XXVIII, 1977, 870 ss.; F. BARTOLOMEI, voce «Ordinanza», in *Enc. dir.*, Milano, XXX, 1980, 977; V. ANGIOLINI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986, 143 ss.; F. MIGLIARESE, voce «Ordinanze di necessità», in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XXII, 1988; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, cit., *passim*; M. GNES, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 641-704; R. CAVALLO PERIN, voce «Ordinanze (dir. amm.)», in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, IV, 2006, 3982; V. CERULLI IRELLI, *Il principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 345-383; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, 37 ss.; N. PAOLANTONIO, *Ordinanze contingibili e urgenti e nullità*, in www.giustamm.it, 2008; G. CERESSETTI, *Diritti di libertà ed ordinanze con tingibili ed urgenti: primi spunti di riflessione*, in *Foro amm. TAR.*, 2009, 3409-3414; G. VENTURA, *Ruolo e potere di ordinanza del Sindaco prima e dopo il decreto Maroni*, in A. LORENZETTI - S. ROSSI (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana. Origini, contenuti, limiti*, Napoli, 2009, 95 ss.; M. CARRER, *Il fondamento costituzionale del potere di ordinanza dei Sindaci*, in A. LORENZETTI - S. ROSSI (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana. Origini, contenuti, limiti*, Napoli, 2009, 49 ss.; S. FRANCHIONI, *Potere di ordinanza, sicurezza urbana e Costituzione*, in A. LORENZETTI - S. ROSSI (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana. Origini, contenuti, limiti*, Napoli, 2009, 3 ss.; F. CORVAJA, *Esiste una libertà "innominata" da tutelare? Ordinanze sindacali "creative" e libertà individuale*, in *Le Regioni*, 2010, 33 ss.

²⁸⁰ Così P. SALVATORE, *La legalità nell'amministrazione*, cit., 98.

Ciò riguarda, in primo luogo, la nozione del principio di legalità e la natura dei valori che esso tende oggi a proteggere. In secondo luogo, siffatto “allargamento” involge la nozione di fonte del diritto²⁸¹.

Se, da una parte, è incontestato che non si possa prescindere dalla presenza di disposizioni di rango primario per l’attribuzione di poteri che possono condizionare (e incidere unilateralmente su) i diritti dei privati, è pur vero che i parametri ai quali l’amministrazione deve fare riferimento nell’esercizio del potere sono più ampi della legge in senso formale. Non è un caso che la dottrina (ma anche la giurisprudenza) osservi di frequente come la legalità non sia più riducibile a un mero giudizio di conformità dell’azione amministrativa al dettato legislativo, ma esprima e sintetizzi una situazione di mera compatibilità dell’agire che ha come termini di comparazione valori, principi, regole (spesso legati alla scienza economica)²⁸², talora perfino di dubbio valore precettivo.

Ecco, quindi, che la concezione tradizionale della “legalità” come “conformità alla legge” (sia nel senso di “legalità-garanzia”, ove la legge rappresenta un limite all’azione dell’Esecutivo; sia nel senso di “legalità-indirizzo”, ove essa funge, invece, da “vincolo di scopo” per l’azione dei pubblici poteri) non appare più idonea, da sola, a descrivere un fenomeno che è divenuto più complesso e “multiforme” rispetto al passato.

Non si può, dunque, non tenere conto anche di ulteriori concezioni che, unitamente a quella tradizionale, contribuiscono a descrivere con maggiore accuratezza il suddetto fenomeno.

Già si è detto del progressivo abbandono – soprattutto alla luce dell’art. 113, Cost. – di una «visione legicentrica» del principio e del conseguente arricchimento della categoria dei parametri cui è possibile “raffrontare” l’attività amministrativa: regole scritte e non scritte, principi, «criteri e regole di ordine tecnico insiti nella materia»²⁸³ etc...: secondo una parte della dottrina, «ciò che

²⁸¹ Circa l’ampliamento delle fonti del diritto amministrativo, v. *supra* nota n. 138.

²⁸² M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all’ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, cit., 1.

²⁸³ G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 712.

veramente importa è che il compito (pubblicistico) trovi un fondamento nell'ordinamento giuridico»²⁸⁴.

Una “raffrontabilità” più rigorosa (nel senso della necessaria presenza di un parametro normativo sufficientemente preciso) sembra, invece, essere richiesta dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, laddove l'azione amministrativa dovesse interferire con l'esercizio di alcune libertà individuali, come la proprietà. È chiaro, però, che una simile concezione si porrebbe in tensione col sistema consolidato delle riserve di legge previsto dalla Costituzione.

La “qualità” del parametro di riferimento non è, invece, esaltata da coloro che ritengono che le esigenze di garanzia possano essere soddisfatte *ex post* dal giudice amministrativo in sede di sindacato di legittimità mediante il ricorso ai principi generali. È proprio attraverso l'uso di siffatti principi, siccome interpretati ed elaborati dalla giurisprudenza, che il giudice pone rimedio all'inevitabile imperfezione e lacunosità della legalità amministrativa, in vista della soddisfazione di esigenze di “giustiziabilità” del potere. In altri termini, i principi sono utilizzati dal giudice per “conformare” l'eterogeneità e la cedevolezza delle norme scritte (talora formulate in modo generico), sì da sindacare in modo penetrante e in chiave garantistica la discrezionalità amministrativa attraverso il vizio di eccesso di potere²⁸⁵.

A tacere della significativa attenuazione che, così, subirebbe l'“anima” democratica del principio di legalità, non ci si può, però, esimere dal

²⁸⁴ M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, 493.

²⁸⁵ ID, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in cit., 510. V. dello stesso A., *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 144. Da un diverso punto di vista, i principi (*rectius* i «principi generali dell'ordinamento») integrano – ove lacunose – le norme di relazione allo scopo di soddisfare esigenze di unità dell'ordinamento e, di riflesso, contenere le spinte *extra ordinem* del potere di ordinanza: così R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, cit., 424 ss. secondo cui: «(l)a conformità alle esigenze di unità dell'ordinamento è imposta dal limite del ricorso ai principi dell'ordinamento giuridico, cioè dalle interpretazioni che delle singole disposizioni devono essere offerte per la convivenza di interessi giuridicamente considerati di pari grado nelle disposizioni di legge, perché degli stessi l'ordinamento non ha voluto offrire una relazione generale e astratta, ma unicamente relativa al caso concreto». L'enfasi sui principi è, altresì, posta da G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 755-756, ove si afferma che essi «sono ritenuti idonei ad assicurare il rispetto della riserva di legge».

sottolineare che la flessibilità concessa al giudice potrebbe, nell'ipotesi patologica, tramutarsi in arbitrio, laddove si consentisse la creazione giurisprudenziale di regole giuridiche, le quali violerebbero il principio della separazione dei poteri e scardinerebbero l'ordine formale delle fonti del diritto²⁸⁶. In proposito, se, da un lato, non si è negata l'importanza delle statuizioni giurisprudenziali nell'individuazione di molte regole giuridiche, dall'altro lato, si è, però, rimarcata la necessaria distinzione tra l'abilitazione a immettere nell'ordinamento nuovi materiali normativi (che è compito del legislatore) e l'abilitazione a elaborare i materiali esistenti (compito che è, invece, assegnato al giudice): «(i)n generale, il giudice non è abilitato a immettere nel sistema nuovi materiali giuridici, bensì a “scoprire” i significati propri dei materiali esistenti», per cui la giurisprudenza può “creare” norme giuridiche nella misura in cui fa emergere un significato che, pur astrattamente previsto, non è stato esplicitato dal legislatore²⁸⁷.

8. Osservazioni di sintesi.

Uno dei principi fondamentali del diritto amministrativo è il principio di legalità. Non bisogna, infatti, dimenticarsi che tale principio «(...) condiziona ontologicamente l'esistenza stessa del diritto amministrativo (...)»: esso «è nato quando ci si è accorti che la norma applicata al potere rendeva il suo esercizio tipico e perciò prevedibile (...). È la necessaria tipicità dell'esercizio del potere il fondamento del diritto amministrativo»²⁸⁸.

²⁸⁶ D'altra parte, neanche possono sottovalutarsi le “conquiste” della legalità “scritta” in termini di principi. Si pensi, in proposito, alla “tipizzazione” e alla sottoposizione a limiti espliciti di taluni rilevanti poteri amministrativi (specie quelli di “autotutela amministrativa”).

²⁸⁷ G. FALCON, Relazione conclusiva al Convegno Aipda 2015 dal titolo *Le fonti nel diritto amministrativo*, Padova, 9-10 ottobre 2015.

²⁸⁸ F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quad. cost.*, Bologna, 2006, 274-275. Secondo V. GASPARINI CASARI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia (note a margine del 53° convegno di studi amministrativi, Varenna, 20-22 settembre 2007)*, cit., 617, «il principio di legalità, in effetti, è non solo il principio fondamentale, ma anche il principio fondante dello stato di diritto e, quindi, anche del moderno diritto amministrativo, inteso appunto come quella parte dell'ordinamento destinata a regolare sul piano giuridico la pubblica amministrazione, non solo e non tanto come soggetto [...] di un tale ordinamento, ma anche e soprattutto come pubblico potere, distinto ed autonomo dagli altri poteri pubblici».

Tuttavia, si è già dato evidenza di come non sia sempre agevole ricondurre a unità un fenomeno – quello della legalità amministrativa – che presenta aspetti e contenuti differenti, a seconda della situazione in concreto considerata.

A tal proposito, parrebbe forse opportuno, per dare contezza dell'intrinseca complessità di siffatto fenomeno, utilizzare un approccio a cerchi concentrici, ove il primo cerchio (quello più grande e che, dunque, rappresenta la misura minima del principio di legalità) sembrerebbe essere costituito dalla predeterminazione legislativa delle finalità dell'azione amministrativa²⁸⁹: l'attività complessiva dell'amministrazione (compresa quella estrinsecantesi in moduli di diritto privato) non è, infatti, libera nel fine, ma è preordinata al perseguimento dell'interesse pubblico curato in concreto, che trova la sua origine nella fonte di rango primario (cd. "legalità-indirizzo", ove la legge, espressione della sovranità popolare, funge da guida dell'azione amministrativa nel suo complesso, indicando i fini che essa deve perseguire)²⁹⁰.

D'altra parte, l'adozione di una concezione della legalità – come è quella appena descritta - "agganciata" al solo vincolo di scopo dell'azione amministrativa non porrebbe particolari problemi - secondo una parte della dottrina - in ordine alla protezione delle situazioni giuridiche soggettive incise dal potere. Invero, in assenza di norme di legge scritte che predeterminino le modalità di azione amministrativa (e che non sarebbero, quindi, censurabili mediante il vizio della violazione di legge), la sfera delle scelte discrezionali dell'amministrazione sarebbe, nondimeno, arginata dal vizio di eccesso di potere, che consentirebbe il sindacato *ex post* sul legittimo esercizio del

²⁸⁹ L'"eteronomia" dei fini nel diritto pubblico è contrapposta all'"autonomia" dei fini nel diritto privato: sul punto, v. M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, cit., 463 ss.

²⁹⁰ C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit.; Cfr., altresì, M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, 61 ss. V., poi, l'art. 1, c. 1 della l. 241/1990 ove si stabilisce che «(l)'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge (...)». Con riferimento all'attività di diritto privato della pubblica amministrazione, la legislazione vigente conferma l'assenza di una piena libertà di azione dell'amministrazione in tale campo: si pensi - come già accennato sopra - ai limiti posti alla possibilità di costituire società da parte degli enti (art. 3, c. 27, l. 244/2007), nonché alla riduzione dell'ambito di azione delle società comunque costituite (art. 13, d.l. 223/2006 conv. nella l. 248/2006). Sul punto, E. CASSETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 119 ss.

medesimo, in virtù dell'immediata operatività dell'art. 113, Cost.²⁹¹. Dunque, se la predeterminazione *ex ante* dell'esercizio del potere attraverso norme scritte è una scelta rimessa alla valutazione politica del legislatore, non altrettanto lo sarebbe – per l'esistenza dell'art. 113 Cost. - quella di elidere la garanzia “minima” della sua sindacabilità *ex post*, costituita dal vizio di eccesso di potere.

La predeterminazione legislativa del fine rimarrebbe, invece, assorbita in quella del “mezzo” in un'ipotesi più circoscritta di quella dianzi esaminata, ossia quella corrispondente all'attività amministrativa di carattere autoritativo, intendendo con essa l'attività che incide unilateralmente sui diritti dei terzi. Qui il principio di legalità deve essere inteso nella sua accezione più rigorosa, ossia quella sostanziale²⁹². Essa trova il proprio fondamento nella Costituzione e nel sistema delle riserve di legge ivi previsto, come ricordato anche di recente dallo stesso giudice delle leggi²⁹³. Siffatta accezione comporta non solo la previa attribuzione con legge del potere (legalità come “conformità formale”), ma prescrive, altresì, al legislatore di definirne, per quanto possibile, il contenuto.

Viene, altresì, in evidenza nella dottrina un altro significato della legalità che, a differenza delle concezioni esaminate, fa leva sull'esigenza della “raffrontabilità” dell'azione amministrativa, a prescindere dalla natura della fonte: qui più che di legalità si parla propriamente di “legittimità”, al fine di ampliare il novero dei parametri attraverso cui si misura l'attività dell'amministrazione²⁹⁴: tra essi, oltre alla legge, vi sono le «regole non scritte» (nel cui ambito potrebbe forse rientrare anche la *soft law*), le quali, definibili volta per volta a seconda delle specificità del caso concreto, consentono che il potere sia esercitato in conformità allo scopo fissato dalla legge stessa. L'esigenza di predeterminabilità dell'azione amministrativa parrebbe, dunque, rispondere a una finalità di buon andamento dell'amministrazione.

²⁹¹ R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 540 ss.

²⁹² In ragione del fatto che i poteri si concretizzano in provvedimenti, si comprende perché, con riferimento a questi ultimi, il principio di legalità si “tramuti” nel principio di tipicità, che impone che siano ammessi nell'ordinamento solo i provvedimenti tassativamente previsti dalla legge.

²⁹³ V. Corte cost. n. 115 del 2011.

²⁹⁴ F. LEVI, voce «Legittimità (dir. amm.)», cit., 124 ss.

Una “qualificata” raffrontabilità, nel senso di una più pervasiva regolamentazione del potere, emerge dall’esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, anche se con una finalità differente: quella, cioè, di proteggere talune libertà fondamentali che potrebbero essere messe a rischio da poteri pubblici non sufficientemente prevedibili per l’incertezza generata dal parametro cui essi fanno riferimento.

Infine, nella dottrina è emersa un’ulteriore concezione della legalità come soggezione del potere ai principi generali del diritto amministrativo così come elaborati dalla giurisprudenza; ciò al precipuo scopo di rendere il potere giustiziabile attraverso un penetrante sindacato di legittimità *ex post* che “compensasse” il *deficit* della predeterminazione normativa *ex ante*²⁹⁵.

Alla luce di quanto sopra, sono, dunque, ravvisabili diverse “matrici” del principio di legalità, che sembrano distinguersi, o in ragione della specifica finalità cui sono preordinate, o per il particolare contesto istituzionale in cui sono state elaborate, oppure, ancora, per la diversa natura della fonte rispetto alla quale l’azione amministrativa deve “misurarsi”. Anche se in questi casi ogni forma di generalizzazione potrebbe essere foriera di fraintendimenti, non appare discutibile, invece, che il nucleo minimo e imprescindibile della legalità sia (almeno) costituito dalla predeterminazione legislativa dei fini dell’attività amministrativa.

²⁹⁵ M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, cit., 144 ss.

CAPITOLO III

Il principio di legalità e il difficile “innesto” della teoria dei poteri impliciti nell’esercizio dei poteri amministrativi

SOMMARIO 1. *Legalità amministrativa e poteri impliciti: delimitazione dell’oggetto di indagine* – 2. *Il processo di progressiva tipizzazione dei poteri amministrativi impliciti* – 2.1 *Il potere regolamentare* – 2.2. *Il potere sanzionatorio: cenni* – 2.3 *I poteri di autotutela amministrativa* - 3. *Un (primo) tentativo di definizione dei poteri (autoritativi) impliciti nel diritto amministrativo.* 4. *Un secondo tentativo definitorio: la distinzione tra poteri impliciti regolamentari e poteri impliciti provvedimentali* 5. *La «nuova legalità» delle Autorità amministrative indipendenti.* 6. *Poteri normativi delle Authorities, mercato e principio di legalità.*

1. Legalità amministrativa e poteri impliciti: delimitazione dell’oggetto di indagine.

Nel capitolo precedente si è tentato di fornire un quadro ricostruttivo del principio di legalità amministrativa al fine di dimostrare come i compiti assegnati all’amministrazione pubblica debbano, come minimo, essere legislativamente predeterminati nel fine (anche – ma non solo – per consentire il sindacato *ex post* del giudice sul legittimo esercizio del potere).

Nelle materie che sono soggette alla riserva di legge si è, poi, visto che la cd. “legalità-indirizzo” non è sufficiente, essendo necessario che i “mezzi” di cui può avvalersi l’amministrazione siano espressamente “autorizzati” dalla fonte di rango primario (legalità come “conformità formale”), nonché sufficientemente definiti nel loro contenuto (legalità come “conformità sostanziale”). Benché – per le ragioni che si sono brevemente illustrate – sia ormai comunemente riconosciuta l’attenuazione della portata precettiva della legge in senso formale, sia sotto il profilo più marcatamente garantistico, sia sotto il profilo funzionale di indirizzo democratico dell’azione dei pubblici

poteri, non possono, nondimeno, essere trascurate le indicazioni che provengono dalla giurisprudenza costituzionale, tese a valorizzare l'accezione sostanziale del principio di legalità²⁹⁶.

A tacere, poi, della particolare natura della fonte, sono state esaminate le ulteriori concezioni della legalità - ciascuna delle quali avente una propria e specifica finalità - come "raffrontabilità", come prevedibilità - in taluni casi - dell'azione amministrativa e come soggezione ai principi generali.

Lo scopo della presente indagine diventa, a questo punto, comprendere se i poteri impliciti dell'amministrazione si pongano o meno in contrasto con la legalità amministrativa e, in caso positivo, con quale delle "matrici" del principio sopra descritte.

Sebbene, a una prima e sommaria lettura, sembrerebbe scontata la risposta positiva al quesito dianzi prospettato, la soluzione del problema dell'ammissibilità nel nostro ordinamento di poteri amministrativi impliciti è tutt'altro che certa e lineare.

Giova, infatti, sin da ora puntualizzare che, da una parte, i poteri impliciti non sono totalmente privi di un fondamento normativo, in quanto essi sono pur sempre inscindibilmente collegati ad un potere "tipizzato": risulta, quindi, necessario chiarire se all'interno dell'ambito logico e giuridico individuato dalla norma attributiva del potere esplicito possano essere compresi, per esigenze di funzionalità ed efficienza, anche quei poteri diversi e ulteriori, che al contrario del primo, non sono espressamente contemplati²⁹⁷. Dall'altra parte, occorre tener presente dell'oggetto privilegiato dalla presente ricerca, che non sarà costituito dall'intero insieme dei poteri impliciti variamente conosciuti dalla prassi e dalla giurisprudenza amministrativa, ma solamente da quel particolare

²⁹⁶ Ci si riferisce, in particolare, a Corte cost. 4 aprile 2011, n. 115, su cui v. cap. II, par. 5, la quale ha collocato il principio di legalità sostanziale alla base dello Stato di diritto e ha espresso «l'imprescindibile necessità» che l'esercizio del potere conferito «(...) (fosse) determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa». Parimenti, con riferimento all'art. 23, Cost., la Corte ha affermato che «(i)l carattere relativo della riserva de qua non relega (...) la legge sullo sfondo, né può costituire giustificazione sufficiente per un rapporto con gli atti amministrativi concreti ridotto al mero richiamo formale ad un prescrizione normativa "in bianco", genericamente orientata ad un principio-valore, senza una precisazione, anche non dettagliata, dei contenuti e modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini».

²⁹⁷ Cfr N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 260-261.

sottoinsieme rappresentato dai cd. “poteri di regolazione economica”, che - come si avrà modo di verificare più diffusamente oltre – costituiscono, già da tempi non sospetti, l’*humus* ideale di sviluppo – spesso incontrollabile – di potestà amministrative innominate.

Prima di ritornare sul tema della legalità e sulle inevitabili “torsioni” che esso subisce nel peculiare contesto in cui si trovano ad operare i “nuovi” regolatori economici²⁹⁸, occorre ora analizzare più nello specifico i principali tratti caratterizzanti dell’altro termine del rapporto oggetto di indagine, vale a dire i poteri impliciti.

Già si è indugiato in ordine alle origini e all’evoluzione, specie in altri ordinamenti, della teoria degli *implied powers* (cap. I). È giunto ora il momento di comprendere come essa è stata “recepita” e “interpretata” a livello interno dalla dottrina e dalla giurisprudenza, per poi tentare di individuare, alla luce di ciò, i suoi caratteri peculiari.

2. Il processo di progressiva tipizzazione dei poteri amministrativi impliciti.

Il tema dei poteri impliciti non è nuovo nel panorama del diritto amministrativo italiano. Come si vedrà nel prosieguo della trattazione, tali poteri sono stati sottoposti, negli ultimi due secoli, a un graduale e progressivo processo di tipizzazione²⁹⁹: da una fase storica, antecedente alla rivoluzione francese, in cui il potere autoritativo dell’amministrazione era necessariamente implicito e trovava il proprio fondamento nella sovranità originaria e assoluta del sovrano, si è passati in maniera lenta e graduale ad una fase di progressiva tipizzazione dello stesso potere accompagnata dall’indebolimento delle prerogative del monarca, in vista dell’affermazione sempre più importante dell’organo rappresentativo titolare della funzione legislativa³⁰⁰.

²⁹⁸ Già si è fatto un rapido cenno in proposito quando si è parlato dei vari fattori di crisi che hanno interessato il principio di legalità: v. cap. II, par. 7.

²⁹⁹ Cfr N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 262-271.

³⁰⁰ Il potere politico viene, infatti, suddiviso tra il Sovrano - a cui compete la funzione di governo della comunità - e il Parlamento - a cui è devoluta la funzione legislativa, la quale si pone come principale obiettivo la tutela dei diritti fondamentali dei sudditi, da perseguire mediante la previsione di limiti esterni all’azione amministrativa (legalità come “non contraddittorietà”). In un tale contesto istituzionale, caratterizzato da una forma di governo

Tra la seconda metà dell'800 e i primi anni del '900, con la definitiva affermazione della classe borghese, si passa da una forma di governo dualista a una monista, che vede nel Parlamento il principale detentore del potere politico³⁰¹. La sovranità, fino a quel momento appartenuta al monarca, si identifica ora nella legge, espressione della volontà generale. Tale circostanza comporta il mutamento del fondamento giuridico della potestà amministrativa, che dalla volontà del Re passa a quella del Parlamento attuata per mezzo della legge, che non assume più a limite esterno dell'azione amministrativa, ma costituisce il fondamento stesso della funzione (almeno di quella autoritativa)³⁰².

Invero, fino all'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, non si ponevano particolari problemi in ordine alla legittimità di poteri non esplicitamente previsti da una disposizione legislativa, ma ritenuti, comunque, logicamente strumentali (o immanenti) alla generale potestà provvedimentale assegnata – viceversa – espressamente dalla legge alla pubblica amministrazione³⁰³. Ciò si spiegava dal fatto che, da un lato, siffatti poteri non erano espressamente vietati (seppure essi potessero talvolta apparire incoerenti

dualistica, nella quale, però, l'organo legislativo stenta ancora ad imporsi pienamente (avendo come unico compito quello di circoscrivere dall'esterno l'azione amministrativa), si afferma il principio secondo il quale il "silenzio" della legge formale su un determinato settore della vita associata implica una "riserva di competenza" a favore dell'amministrazione: da ciò discende il riconoscimento in capo all'apparato amministrativo di un potere generalizzato e una conseguente possibilità per lo stesso di esercitare, nei campi non ancora coperti dalla legge, la propria potestà d'imperio senza alcun tipo di condizionamento. Sul punto, v. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 264-266.

³⁰¹ V., *ex multis*, L. CARLASSARE, voce «Legalità (principio di)», cit., 3.

³⁰² Dopo la parentesi dei regimi autoritari e totalitari, i principi di libertà, legalità, sovranità popolare e democraticità, vengono direttamente o indirettamente consacrati nelle costituzioni rigide del secondo dopoguerra (tra cui quella italiana), determinando un capovolgimento dell'ordine delle "riserve di competenza" fino a quel momento vigente, espresso nel principio, oggi pacificamente condiviso, in base al quale «il silenzio della legge deve essere inteso come garanzia di autonomia per il governato e assenza di potestà autoritative dell'apparato di governo (...). E ciò ovviamente equivale ad affermare l'esistenza di una presunzione di competenza a favore del legislatore e quindi una posizione generalizzata di libertà dei soggetti che l'organo legislativo è chiamato a rappresentare e al quale solo questi hanno riconosciuto la facoltà di disciplinarne e circoscriverne l'attività». Per una ricostruzione storica di questo processo evolutivo, v. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 267-270.

³⁰³ È stata soprattutto la giurisprudenza amministrativa a riconoscere una siffatta facoltà "implicita" all'amministrazione: così V. GASPARINI CASARI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia (note a margine del 53° convegno di studi amministrativi, Varenna, 20-22 settembre 2007)*, cit., 621 ss.

col diritto positivo o con talune elaborazioni dottrinali³⁰⁴); dall'altro lato, il loro utilizzo si rivelava necessario per il corretto perseguimento dell'interesse pubblico cui era preordinata la potestà provvedimentale "primaria".

Con l'entrata in vigore della Costituzione, il problema della legittimità dei poteri amministrativi impliciti è emerso in tutta la sua evidenza: sebbene, infatti, non potesse individuarsi un divieto espresso al loro utilizzo, esso appariva, tuttavia, incoerente con il principio costituzionale della legalità amministrativa e, in particolare, con l'assunto secondo il quale nel silenzio della legge non sarebbe stato ammesso l'esercizio di potestà amministrative di carattere autoritativo. È in questo contesto storico-istituzionale che inizia, dunque, a delinearsi la progressiva tendenza del legislatore a tipizzare poteri ritenuti tradizionalmente impliciti nella sfera di potestà provvedimentale "primaria" dell'amministrazione³⁰⁵: tendenza che ha avuto la sua maggiore espressione nella l. 15/2005³⁰⁶.

Per rendere conto di siffatta evoluzione, nonché al fine di fornire un tentativo di ricostruzione dottrinale della tematica in esame, si ripercorrerà, per sommi capi, il processo di "tipizzazione" che ha interessato taluni rilevanti poteri amministrativi, quali il potere regolamentare, i poteri sanzionatori, nonché, più di recente, i poteri di "autotutela" (sia decisoria che esecutiva³⁰⁷).

2.1 Il potere regolamentare.

In relazione al potere regolamentare, il problema del suo fondamento si è storicamente posto specialmente con riferimento agli atti normativi posti da organi diversi dal Governo (come i ministri o altre autorità centrali dello Stato) e (fino al 1926³⁰⁸) anche per i regolamenti governativi diversi da quelli

³⁰⁴ Tra tutti, G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., 203-218.

³⁰⁵ Cfr. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 271 ss.

³⁰⁶ Così G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 736, il quale sottolinea, peraltro, la fase recessiva che attraversa «l'«antico» implicito» (p. 776): «o perché positivizzato, o perché espressamente ripudiato, o per l'affermarsi di interpretazioni estensive (...)».

³⁰⁷ Così definiti da Feliciano Benvenuti in F. BENVENUTI, voce «Autotutela (diritto amministrativo)», in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 537.

³⁰⁸ La legge n. 100 del 1926 ha riconosciuto espressamente al Governo la potestà di emanare le norme necessarie per disciplinare «l'uso delle facoltà spettanti al potere esecutivo» (e cioè i cd.

meramente esecutivi. Fino agli anni '20 del secolo scorso, si riteneva - nonostante alcune opinioni in senso contrario³⁰⁹ - che i poteri normativi dell'amministrazione, anche se privi di una base legale, fossero comunque legittimi, in quanto impliciti nel carattere discrezionale dei "paralleli" poteri provvedimentali³¹⁰. In altre parole, l'attribuzione legislativa del potere di incidere singolarmente e puntualmente su un determinato settore materiale mediante l'adozione di provvedimenti implicava il conferimento implicito all'amministrazione del potere accessorio e strumentale di emanare atti di carattere normativo incidenti nel medesimo settore³¹¹.

A siffatta tesi si opponevano coloro che ritenevano, invece, nel silenzio del diritto positivo, che regolamenti e provvedimenti amministrativi fossero due categorie da tenere distinte, per il fatto che i primi appartenevano al *genus* delle «leggi» e i secondi a quello degli «atti giuridici», per cui sarebbe stato comunque necessario rinvenire un pur generico fondamento legislativo o costituzionale per qualsiasi potere di natura regolamentare³¹².

Il problema dell'esistenza di un siffatto fondamento dei poteri regolamentari spettanti a organi dell'amministrazione statale diversi dal

regolamenti "indipendenti") e quelle necessarie per disciplinare «l'organizzazione e il funzionamento delle Amministrazioni dello Stato, l'ordinamento del personale ad esse addetto, l'ordinamento degli enti ed istituti pubblici». Tale legge può ritenersi abrogata in virtù dell'entrata in vigore della l. 400/1988, che ha ridisciplinato la materia (v. *infra*): in questo senso, v., *ex multis*, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, 2010, 298.

³⁰⁹ Ad esempio, v. O. RANELLETTI, *La potestà legislativa del Governo*, in *Riv. dir. pubbl.*, XVIII, 1926, I, ora in *Scritti giuridici scelti. I. Lo Stato*, Camerino, 1992, 411 ss.

³¹⁰ A. CODACCI-PISANELLI, *Legge e regolamento*, Napoli, 1888, ora in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 77 ss.; F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato di Diritto Amministrativo Italiano*, III, Milano, 1901, 126 ss.

³¹¹ N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 284-285.

³¹² G. ZANOBINI, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 145-163. Impostazione teorica che è stata, poi, sostanzialmente seguita dalla dottrina maggioritaria del secondo dopoguerra: v., *ex multis*, M. S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, 9-24; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, cit., 268-325; A. M. SANDULLI, *La potestà normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970, 29 ss.; A. CERRI, voce «Regolamenti», in *Enc. giur. Treccani*, 1991, XXVI, 4. Parte della dottrina riteneva che il fondamento della potestà regolamentare dell'amministrazione fosse da individuare direttamente nella Costituzione: così C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964; E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967.

Governo³¹³ è stato risolto dalla l. 400/1988, che, all'art. 17, c. 3, ha stabilito che «con decreto ministeriale possono essere adottati regolamenti nelle materie di competenza del ministro o di autorità sottordinate al ministro, quando la legge espressamente conferisca tale potere. Tali regolamenti, per materie di competenza di più ministri, possono essere adottati con decreti interministeriali, ferma restando la necessità di apposita autorizzazione da parte della legge». In seguito alla riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione (l. cost. 3/2001) la questione del fondamento è stata ulteriormente chiarita dall'art. 117, c. 6, che ha stabilito che «(l)a potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni. La potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia. I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite»³¹⁴.

La dottrina si è, però, divisa sull'interpretazione di tale disposizione tra coloro che hanno sostenuto che la portata dell'art. 117, c. 6, Cost. fosse limitata al mero riconoscimento delle potestà regolamentari dei soggetti ivi menzionati e chi, invece, ha ritenuto che la disposizione in esame autorizzasse direttamente gli stessi soggetti a esercitare le competenze regolamentari costituzionalmente riconosciute, in assenza dell'intermediazione statutaria e legislativa³¹⁵.

In ogni caso, appare oggi indubbio che il potere regolamentare esiga uno specifico fondamento legislativo (o costituzionale) per essere legittimamente esercitato, non potendo ricavarsi implicitamente dal “parallelo” potere

³¹³ Quanto, invece, al problema circa l'esistenza di un fondamento legislativo dei regolamenti del Governo, si è già anticipato che esso era stato risolto dalla l. 100/1926. Successivamente, il potere regolamentare governativo è stato richiamato espressamente anche dall'art. 87, Cost., che attribuisce al Presidente della Repubblica il potere di promulgare le leggi ed emanare i decreti aventi valore di legge e i regolamenti.

³¹⁴ Con riferimento alle Regioni, il previgente art. 121, c. 2, Cost. già riconosceva espressamente ad esse la potestà regolamentare regionale. V., altresì, l'art. 7 del d.lgs. 267/2000 (cd. “Tuel”), secondo cui: «(n)el rispetto dei principi fissati dalla legge e dello statuto, il comune e la provincia adottano regolamenti nelle materie di propria competenza ed in particolare per l'organizzazione e il funzionamento delle istituzioni e degli organismi di partecipazione, per il funzionamento degli organi e degli uffici e per l'esercizio delle funzioni. Sul fondamento del potere regolamentare degli enti locali, cfr. v. Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6317, in *Giur. it.*, 2005, 863.

³¹⁵ Per una ricostruzione riassuntiva delle varie tesi relative alla portata dell'art. 117, c. 6, Cost., v. G. CREPALDI, *La potestà regolamentare nell'esperienza regionale*, Milano, 2009, 79 ss.

provvedimentale³¹⁶; anche se, nella gran parte dei casi, tale fondamento sembrerebbe risolversi esclusivamente in una previa “investitura” formale di carattere generale, non essendo necessario che la previsione del potere sia caratterizzata da un sufficiente tasso di precisione ed accuratezza³¹⁷. In proposito si è anche parlato di «atipicità» dei regolamenti, per evidenziare l’apertura della categoria a un’ampia serie di specie e modelli comunque stabiliti dalla legge³¹⁸. Il tema è estremamente vasto e non consente in questa sede una sua trattazione esaustiva³¹⁹, se non nell’ottica che più interessa ai fini della ricerca e, cioè, quella relativa al potere regolamentare (implicito) delle Autorità indipendenti (su cui, v. par. 6).

2.2 Il potere sanzionatorio: cenni.

A tacere della pluralità delle questioni che il potere sanzionatorio solleva (e che in questa sede non è possibile trattare)³²⁰, basti qui rilevare che anche il suddetto potere - come quello regolamentare - era tradizionalmente considerato implicito nella potestà provvedimentale, in quanto naturalmente inerente e strumentalmente necessario alla realizzazione e al mantenimento della posizione

³¹⁶ Negli stessi termini, v. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 299 ss.

³¹⁷ Sembrerebbe, perciò, accolta, in tali casi, l’accezione della legalità come “conformità formale”, anche se la giurisprudenza sembra talvolta propendere per l’accezione più rigorosa della legalità come “conformità sostanziale”: v., ad esempio, Tar Toscana, sez. I, 24 novembre 2011, n. 1808, in *Foro amm. TAR*, 11, 2011, 3474: «(è) noto che nello Stato di diritto, che pone alla sua base il principio di legalità, il fondamento del potere regolamentare deve necessariamente rinvenirsi nella legge, occorrendo quindi che la legge fondi la potestà normativa secondaria, indicando l’organo cui la stessa è attribuita, l’oggetto rimesso alla disciplina secondaria, nonché gli ulteriori limitatori della discrezionalità che il legislatore riterrà di fissare nel singolo caso. Quel che è certo è che la potestà regolamentare presuppone la *interpositio legis*».

³¹⁸ M. MAZZAMUTO, *L’atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, cit., 7, il quale richiama, sul punto, le riflessioni di V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D’ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l’economia*, Bologna, 2010, 94.

³¹⁹ Per un esame dei rapporti tra legalità e potere regolamentare delle autonomie locali, v., di recente, M. C. ROMANO, *Autonomia comunale e situazioni giuridiche soggettive. I regolamenti conformativi*, Napoli, 2012, 356 ss. In generale, sul complesso equilibrio tra principio di legalità e principio autonomistico, v. G. PASTORI, *Principio di legalità e autonomie locali*, in *Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell’amministrazione. Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano 2008, 267 ss.

³²⁰ Per un approfondimento sulla potestà sanzionatoria delle Autorità indipendenti, v., di recente, v. M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. econ., Approfondimenti*, 3, 2013.

di supremazia dell'amministrazione³²¹. Con l'entrata in vigore della Costituzione, l'esigenza di un fondamento legislativo della potestà amministrativa di carattere punitivo era divenuta imprescindibile, soprattutto alla luce degli artt. 23, 28 e 97, Cost.; tale esigenza si è alla fine concretizzata con la l. 24 novembre 1981, n. 689, che, all'art. 1, c. 1 (rubricato «Principio di legalità») ha statuito che: «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione»³²². Problemi diversi e ulteriori, non risolti dalla disposizione citata, concernono la natura assoluta o relativa della riserva di legge: sul punto, la giurisprudenza sembra concedere spazi di flessibilità interpretativa, laddove consente che i precetti di legge, pur sufficientemente individuati, possano essere integrati da fonti di rango secondario, in ragione della loro particolare tecnicità³²³.

2.3 I poteri di autotutela amministrativa.

I poteri di autotutela trovano attualmente, diversamente dal passato, il proprio fondamento in una norma di rango primario.

Con riferimento, ad esempio, alla “esecutorietà”, ossia alla possibilità per l'amministrazione di dare esecuzione coattiva ai propri provvedimenti rimasti ineseguiti³²⁴, si riteneva – almeno prima dell'entrata in vigore della Costituzione

³²¹ Per una ricostruzione delle varie posizioni emerse in dottrina, v. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 339 ss. Nella prima metà del secolo scorso, uno studio approfondito della materia in questione è stato condotto da Zanobini (G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, *passim*), le cui tesi sono state accolte anche dalla dottrina successiva: v. A. TRAVI, C. E. PALIERO, voce «Sanzioni amministrative», in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1989, 345 ss.

³²² N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 353, ha affermato, in proposito, che la “consacrazione” del principio di legalità rispetto al potere sanzionatorio (da sempre considerato come “il potere strumentale per eccellenza”) rappresenti «un momento di innegabile affermazione delle esigenze di garanzia su quelle, contrapposte, dell'efficienza dell'agire pubblico».

³²³ V., *ex multis*, Tar Lazio, Roma, Sez. II, 19 dicembre 2012, n. 10620, in *Foro amm. TAR*, 12, 2012, 3886. Quanto alla valorizzazione del corollario della determinatezza della fattispecie sanzionatoria, cfr. Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, 13 febbraio 2008, n. 321, in *Foro amm. TAR*, 2, 2008, 396.

³²⁴ Sul tema, v., da ultimo, G. GRUNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012, *passim*. L'esecutorietà si caratterizza, secondo l'A., per la presenza di tre caratteri (sul punto, v., in part., pp. 81 ss.): il potere dell'amministrazione di conformare la realtà materiale agli effetti prodotti dal provvedimento amministrativo; il concreto

- che essa, in quanto potestà strumentale al soddisfacimento dell'interesse pubblico cristallizzato nella norma attributiva del potere provvedimentale, fosse in quest'ultimo implicitamente inclusa, senza la necessità di uno specifico fondamento legislativo, né di un'"autorizzazione" giurisdizionale³²⁵.

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, «(l)'esecuzione forzata, da regola, divenne eccezione»³²⁶, posto che il potere implicito di «autotutela esecutiva» dell'amministrazione era considerato uno strumento di carattere eccezionale in un sistema come quello delineato dallo Stato di diritto, «(...) in cui l'uso della forza per la soddisfazione delle proprie pretese è penalmente sanzionato ed è preordinato un processo, con tutte le relative garanzie, per i casi in cui un'esecuzione forzata debba avvenire in via giudiziaria»³²⁷. La necessità di una previa attribuzione legislativa di siffatto potere (il quale, non poteva dunque, più atteggiarsi ad attributo normale del provvedimento amministrativo), trovava largo consenso in dottrina³²⁸, anche se non altrettanto poteva dirsi per la giurisprudenza³²⁹.

Con l'entrata in vigore della l. 15/2005 è stato definitivamente "tipizzato" il potere dell'amministrazione di fare uso in via diretta della forza, al fine di far valere le sue legittime pretese. L'art. 21-ter, c. 1, l. 241/1990 stabilisce, infatti, che «nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche

impedimento dell'esecuzione materiale del provvedimento ad opera del suo destinatario; l'assenza di una previa mediazione del giudice.

³²⁵ U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, in *Scritti di diritto pubblico*, Padova, I, 1976, 50, il quale ha affermato che: «l'atto (amministrativo), in quanto rivela l'esercizio della sovranità, non abbisogna per essere esecutorio di una espressa disposizione di legge che lo dichiari tale»; F. CAMMEO, *La esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, in *Giur. it.*, III, 1929, 18 ss. Sul dibattito dottrinale sviluppato in ordine al fondamento di tale potere si v. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 305-338; G. GRUNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, cit., 214 ss.

³²⁶ B. G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2008, 313.

³²⁷ F. BENVENUTI, voce «Autotutela (diritto amministrativo)», cit., 553 ss. V, altresì, A. M. SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 317 ss.

³²⁸ Cfr. S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969, 319 ss. e 449, che ha distinto tra attività primaria costitutiva di obblighi in capo all'interessato (consacrata nel provvedimento) e attività secondaria di assicurazione dell'osservanza dei precetti (esecutorietà). Le eccezioni alla regola della necessaria previa base legale del potere di esecutorietà erano, tuttavia, svariate, come messo in luce da G. GRUNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, cit., 259 ss.

³²⁹ V. G. GRUNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, cit., 263 ss. e, in particolare, i riferimenti giurisprudenziali ivi riportati.

amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti. (...) Qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni, previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge». Il riferimento espresso al principio di legalità (peraltro nella sua accezione sostanziale) esclude, in definitiva, che l'esecutorietà costituisca una facoltà generale (e implicita nella relativa potestà provvedimentale) dell'amministrazione o un riflesso dell'autorità dell'atto, atteso che il suo uso è limitato ai casi e alle modalità stabilite dalla legge³³⁰; tuttavia è opportuno notare che molte leggi di settore non contemplano espressamente il potere di esecutorietà (né, quando lo prevedono, vengono di regola esplicitate le concrete modalità del suo esercizio), per cui potrebbe essere compromesso il corretto perseguimento dell'interesse pubblico in caso di mancata ottemperanza al provvedimento³³¹.

Giova qui sottolineare come l'art. 21-ter cit. abbia incluso (e includa tuttora) nel proprio ambito di applicazione soprattutto i poteri di tutela amministrativa dei beni pubblici³³². Invero, siccome la norma si riferisce indistintamente a tutte le ipotesi in cui «le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti», essa non discriminerebbe in ordine alle fonti di tali obblighi, i quali possono, pertanto, discendere, oltre che da provvedimenti amministrativi, anche direttamente dalla legge o da fattispecie negoziali³³³.

Sulla scorta dell'evoluzione dottrinale sopra richiamata in ordine alla natura del più ampio *genus* dell'esecutorietà, non deve stupire il fatto che anche

³³⁰ Anche se le opinioni in dottrina non paiono unanimi: v. G. GRUNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, cit., 365 ss., che riconosce all'esecutorietà, alla luce dei principi costituzionali desumibili dagli artt. 97, 103, c. 1 e 113, c. 1, il crisma di principio generale del diritto amministrativo (*rectius* di «attributo costituzionalmente necessario del potere amministrativo in quanto tale»).

³³¹ Così E. CASSETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, 562. In questi casi, l'amministrazione dovrebbe iniziare un processo civile di esecuzione, sebbene tali ipotesi risultano essere piuttosto limitate: G. GRUNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, cit., 318 ss., il quale sostiene, per tali motivi, che «(...) il risultato "pratico" prodotto dall'art. 21-ter, almeno laddove lo si voglia prendere "sul serio", è quello di rendere giuridicamente impossibile – oggi – l'esecuzione coattiva della stragrande maggioranza dei provvedimenti amministrativi».

³³² Come, ad esempio, gli ordini di sgombero di un'area demaniale abusivamente occupata o quelli di rilascio di un immobile in seguito alla revoca della concessione di un bene demaniale.

³³³ M. RENNA, *La tutela dei beni pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 404.

con riferimento ai poteri di tutela amministrativa dei beni pubblici si è posto il problema della loro ammissibilità, anche se il fondamento legislativo poteva essere indirettamente desunto dall'art. 823, c. 2 del Codice Civile³³⁴. È proprio sull'interpretazione di tale norma che, negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della Costituzione, la dottrina e la giurisprudenza si sono divise.

Alla luce di un'interpretazione rigorosa del principio di legalità, l'orientamento dottrinale prevalente riteneva che l'art. 823, c. 2 del Codice Civile non potesse considerarsi come direttamente attributivo di poteri esecutivi alla pubblica amministrazione, in quanto non indicava espressamente né le misure di esecuzione adottabili, né le amministrazioni competenti ad emanarle. La sua portata precettiva si risolveva esclusivamente nella possibilità per l'amministrazione di avvalersi degli ordinari strumenti civilistici per la tutela dei beni del demanio pubblico. Il fondamento (e il relativo contenuto) dei singoli poteri di tutela amministrativa non doveva, quindi, essere implicitamente individuato nell'art. 823, c. 2, c.c., bensì doveva essere rinvenuto nelle diverse discipline di settore concernenti le singole specie o classi di beni³³⁵.

L'opinione della giurisprudenza era di tutt'altro avviso: l'art. 823, c. 2 cit. doveva, infatti, essere considerato alla stregua di una norma direttamente attributiva dei singoli poteri di tutela esecutiva del demanio pubblico e dei beni del patrimonio indisponibile, a prescindere da una loro espressa individuazione nelle discipline settoriali. La giurisprudenza riteneva, dunque, che il fondamento dei poteri di tutela amministrativa (tanto del demanio quanto del patrimonio indisponibile) sarebbe stato implicito nelle facoltà proprietarie e nei poteri di gestione di cui l'amministrazione era titolare³³⁶.

³³⁴ Art. 823, c. 2, c.c.: «Spetta all'autorità amministrativa la tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico. Essa ha facoltà sia di procedere in via amministrativa, sia di valersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà [c.c. 948, 949, 950, 951] e del possesso [c.c. 1168, 1169, 1170, 1171, 1172] regolati dal presente codice».

³³⁵ Cfr., *ex multis*, S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 392 ss.

³³⁶ M. RENNA, *La tutela dei beni pubblici*, cit., 398-399. Sulla distinzione tra beni demaniali e beni del patrimonio indisponibile nell'ottica della tutela amministrativa dei beni pubblici, si v. M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, 89 ss.

Come si è anticipato, con l'introduzione dell'art. 21-*ter*, i poteri di tutela amministrativa dei beni pubblici (e tutti gli altri poteri rientranti nel *genus* dei poteri cd. di "autotutela esecutiva") sono stati ricondotti nell'alveo del principio di legalità. Ci si è chiesti, a questo punto, se l'art. 823, c. 2, c.c., nella parte in cui non individua le singole misure adottabili dall'amministrazione, sia compatibile con la portata precettiva dell'art. 21-*ter*, laddove tale disposizione impone, invece, la predeterminazione legislativa non solo dei «casi», ma anche delle «modalità» di estrinsecazione dell'esecuzione in via amministrativa.

Ad avviso di una parte della dottrina (le cui conclusioni, sebbene riferite specificamente all'art. 823, c. 2, c.c., possono ritenersi di portata generale), «a questa domanda ben si potrebbe rispondere affermativamente (...)» poiché «dinnanzi al silenzio serbato dall'art. 21-*ter* della legge n. 241 sulla necessità di tipizzare le misure esecutive, appare (...) una soluzione equilibrata quella di non rinunciare a una loro tipizzazione (la quale naturalmente è sempre auspicabile nella misura più ampia), ma, al contempo, di accontentarsi di una loro tipicità attenuata, diffusa nell'ordinamento giuridico»³³⁷. Si osserva, pertanto, che il legislatore, con l'introduzione dell'art. 21-*ter*, si sia limitato a "formalizzare", per quanto specificamente riguarda la tutela dei beni pubblici, un orientamento consolidato della giurisprudenza. D'altra parte, non si nega, però, che detta disposizione si collochi pur sempre in un'ottica volta alla (ri)valorizzazione del principio di legalità dell'azione amministrativa³³⁸.

Il problema del fondamento legislativo si è posto, altresì, in relazione ai poteri di "autotutela decisoria" (*in primis*, annullamento d'ufficio e revoca), anche se in misura «meno forte» rispetto alle ipotesi di autotutela esecutiva³³⁹. Prima della novella del 2005, tale problema era, infatti, risolto, dal convincimento, comune alla giurisprudenza e alla dottrina maggioritaria³⁴⁰, secondo il quale i poteri di annullamento d'ufficio e di revoca sarebbero stati riconducibili a un generale «principio di autotutela» che avrebbe contraddistinto

³³⁷ M. RENNA, *La tutela dei beni pubblici*, cit., 406-407. *Contra* G. GRUNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, cit., 284 ss.

³³⁸ Cfr M. RENNA, *La tutela dei beni pubblici*, cit., 409.

³³⁹ B. G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, cit., 315 ss.

³⁴⁰ *Contra* v., ad esempio, G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, II, Milano, 1971, 316

l'attività amministrativa rispetto a quella giurisdizionale e che avrebbe giustificato, per tale motivo, l'esercizio di poteri innominati volti a modificare precedenti decisioni amministrative (per motivi di legittimità o di merito), in vista della necessaria corrispondenza dell'attività amministrativa al perseguimento del pubblico interesse³⁴¹.

Ebbene, con l'introduzione nella l. 241/1990 degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* si è recepito a livello legislativo l'orientamento, fino a quel momento largamente condiviso, della giurisprudenza, sgombrando così ogni dubbio sulla legittimità di tali poteri, che trovano ora un espresso e specifico fondamento nella legge ordinaria³⁴².

3. Un (primo) tentativo di definizione dei poteri (autoritativi) impliciti nel diritto amministrativo.

Con specifico riferimento al significato e ai limiti della teoria dei poteri impliciti nell'ambito peculiare delle funzioni amministrative, non si registrano unanimità di vedute né in dottrina né in giurisprudenza (tant'è che è stato affermato che «la individuazione e la delimitazione dei c.d. poteri impliciti costituisce da sempre uno dei punti critici del diritto pubblico»³⁴³). Ciò nondimeno, appare possibile, grazie anche alla breve analisi del processo di progressiva tipizzazione che ha interessato alcuni fra i principali poteri amministrativi³⁴⁴, ritrovare alcune delle “linee direttrici” - cui si alludeva all'inizio del cap. I, par. 1 - già emerse con riguardo all'esperienza di altri ordinamenti ove la teoria dei poteri impliciti ha trovato dimora.

³⁴¹ Sul dibattito dottrinale circa il fondamento del potere di revoca prima della riforma del 2005, v. G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, 61 ss. In riferimento al potere di annullamento d'ufficio, cfr. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 379-382.

³⁴² Con riferimento al potere di revoca, ci si è interrogati se l'art. 21-*quinquies*, cit., costituisca o meno una vera e propria norma attributiva del potere di revoca, o se il fondamento di tale potere fosse comunque da ricercare altrove: sul punto, v. G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, cit., 88 ss.

³⁴³ G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 704.

³⁴⁴ Ulteriori ipotesi di poteri impliciti sono elencate da ³⁴⁴ G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 739 ss.

A tacere della già rilevata distinzione tra competenze legislative e poteri amministrativi (su cui v. cap. II, par. 1), in quell'occasione si sono individuati, in riferimento all'esperienza nordamericana, alcuni requisiti in presenza dei quali si potesse considerare legittimo l'utilizzo degli *implied powers*: l'assenza di un divieto espresso nella Costituzione al loro utilizzo; la sussistenza di un nesso di strumentalità tra il "mezzo" implicito e il potere espresso, nel senso che l'utilizzo del primo si rivela necessario (nel senso di ragionevolmente adeguato)³⁴⁵ per rendere effettivo l'esercizio del secondo (il cui fine, predeterminato dalla norma costituzionale attributiva del potere, costituisce, dunque, il limite di ogni potestà innominata ad esso logicamente strumentale); infine, la "coerenza" dell'*implied power* con i principi costituzionali. Non dissimili appaiono, poi, i caratteri dei poteri impliciti nell'esperienza dell'Unione europea, anche se, in quel contesto, il conseguimento degli obiettivi dei trattati (e, quindi, l'esigenza di un'interpretazione teleologicamente orientata delle disposizioni europee) è apparso prioritario rispetto all'esigenze garantistiche della legalità e di un controllo rigoroso sulla ragionevolezza del nesso di strumentalità dei poteri impliciti rispetto a quelli espressamente attribuiti dagli Stati membri all'Unione.

Fatti salvi i necessari "adattamenti" e le cautele imposti dal particolare ambito (legislativo, e non anche amministrativo) in cui la teoria dei poteri impliciti è stata applicata, i caratteri sopra ricordati sono stati, invero, largamente utilizzati dalla dottrina per addivenire a una sua prima definizione nell'ambito del diritto amministrativo.

A tal proposito, è stato, in particolare, affermato che «implicito può essere definito quel potere autoritativo amministrativo che, pur non previsto dalla legge, corre però "parallelamente" ad un potere autoritativo tipico viceversa espressamente conferito da una norma ad un organo amministrativo, e che è legato da un nesso di "strumentalità" con l'oggetto materiale e con l'interesse pubblico cui si riferisce il potere esplicito. (...) In altri termini, condizione

³⁴⁵ Si ricordi che con il concetto di "*necessity*" non si intende alludere, almeno secondo la giurisprudenza maggioritaria della Corte suprema nordamericana, ad assoluta indispensabilità del potere implicito rispetto a quello esplicito, ma viene preferita una lettura meno restrittiva del termine, tale da consentire al Congresso la scelta del "mezzo" più adeguato alla realizzazione dello scopo individuato espressamente (v. cap. I, par. 1).

essenziale perché possa parlarsi di un potere implicito è, da un lato, che esso sia logicamente e teleologicamente necessario per consentire di portare a compimento la funzione affidata all'organo amministrativo dalla norma attributiva del potere tipico e, dall'altro, che sia da escludersi con sicurezza che esso sia previsto dalla norma stessa, anche se ricavabile in via deduttiva dalle espressioni vaghe da questa impiegate o comunque con interpretazione di tipo estensivo»³⁴⁶.

Siccome - secondo la definizione sopra ricordata - il potere è implicito solo se non è (neanche indirettamente) ricavabile dall'«ambito di abilitazione» della norma attributiva del potere tipico, occorre individuare gli elementi che concorrono a delineare i confini dell'ambito suddetto per verificare quando si è davvero in presenza di un potere implicito e quando, invece, di un potere che - seppure inespresso - sia comunque riconducibile nell'alveo della norma attributiva del potere tipico.

Alla luce della precedente disamina sulla graduale “tipizzazione” di poteri considerati tradizionalmente impliciti nella potestà provvedimentale primaria, gli elementi che, in tal senso, operano da discriminare vengono identificati, in primo luogo, nel «possibile grado di incisione del provvedimento, quale previsto in astratto dalla norma attributiva, sulla sfera giuridica soggettiva del suo destinatario» (potendosi distinguere, in questo modo, il potere provvedimentale dai diversi poteri di esecutorietà e sanzionatori); in secondo luogo, nella «efficacia del provvedimento rispetto alla sua portata precettiva» (profilo che consentirebbe di separare la potestà regolamentare da quella provvedimentale, quand'anche incidenti sulla stessa materia); in terzo luogo, nell'interesse pubblico specifico, in vista del quale l'attribuzione del potere amministrativo è stata effettuata (con la conseguenza, ad esempio, che i poteri

³⁴⁶ N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 102-103. Si badi, però, che l'A., quando parla di poteri impliciti, fa riferimento ai soli poteri che si caratterizzano per la loro autoritatività, intendendo con essa la posizione di supremazia imputabile alla p.a. e idonea a condizionare in via preventiva o successiva, e senza il consenso dell'interessato, l'altrui condotta per mezzo di atti; invero, «rilievo centrale ai nostri fini è destinato ad assumere (...) il dato della norma che assegna una posizione di supremazia all'amministrazione (...)» (pp. 20-21). Sono, pertanto, esclusi dall'analisi tutti quei poteri impliciti non provvisti del carattere descritto, tra cui l'attività di diritto privato dell'amministrazione.

di autotutela sarebbero compresi nella norma attributiva della potestà primaria solo se corrispondenti al medesimo interesse pubblico specifico)³⁴⁷.

Questi elementi, congiuntamente intesi, consentirebbero di tratteggiare i limiti esterni dell'insieme delle manifestazioni autoritative dell'amministrazione reputate ammissibili; al di fuori, «rimane invece operante la norma generale di chiusura del sistema che, riconoscendo la generale autonomia dei consociati, per definizione esclude la presenza dell'autorità»³⁴⁸. Dunque, il potere autoritativo innominato che si pone all'esterno dell'ambito "abilitativo" coperto dalla norma attributiva del potere tipico (cd. «potere implicito in senso proprio»), seppure sia legato a quest'ultimo da un nesso di strumentalità, sarebbe sprovvisto di una base legislativa, per cui violerebbe il principio di legalità in senso formale. Di qui la sua inidoneità a produrre effetti giuridici nell'ordinamento.

Già si è detto, però, che esiste un'altra categoria di poteri amministrativi innominati (i cd. «poteri impliciti in senso improprio»), i quali si collocano, invece, all'interno dei confini individuati dalla norma attributiva del potere tipico cui essi accedono. Affinché tali poteri possano considerarsi compresi all'interno di tali confini e possano, quindi, considerarsi giuridicamente esistenti, è, tuttavia, necessario che abbiano le medesime caratteristiche del potere esplicito cui accedono e, cioè, la stessa posizione giuridica soggettiva incisa, la stessa efficacia formale e lo stesso interesse pubblico perseguito³⁴⁹.

In altri termini, «i poteri impliciti, come categoria a sé identificata dal semplice nesso di strumentalità che in teoria li legghi a specifiche disposizioni di supremazia esplicitate dalla legge, non sono ammissibili; sono, invece,

³⁴⁷ In questo senso N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 388 ss.

³⁴⁸ Secondo N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 405, «il potere, infatti, nel momento stesso in cui giunge a giuridica esistenza, per una sua ineliminabile vocazione logica perviene ad occupare uno spazio ordinamentale (reso accessibile proprio dalla norma attributiva) dai confini circoscritti e delineati».

³⁴⁹ N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 409, secondo cui, «(...) una volta che questi presupposti siano rispettati, (...) sarebbe veramente irragionevole, oltre che positivamente non necessario, pretendere che ogni singola manifestazione di supremazia rinvenga il proprio insostituibile fondamento in una previa ed analitica disposizione di legge formale. Al contrario, lo spazio aperto dalla norma attributiva può a pieno diritto essere considerato il regno della «ragione efficiente» applicata all'agire amministrativo, a null'altro condizionato se non all'ovvio rispetto delle c.d. norme di azione (...): uno spazio all'interno del quale all'Amministrazione è consentito di graduare l'intensità della propria condotta imperativa nel modo soggettivamente ritenuto più opportuno per il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico che è chiamata a curare».

ammissibili «altri tipi di poteri, che hanno in comune con i precedenti solo il dato empirico di non essere espressamente contemplati da una norma di legge e che potrebbero definirsi come poteri impliciti in senso improprio», che si muovono all'interno dei confini dell'ambito logico e giuridico coperto dalla norma attributiva del potere tipico, «come altrettante misure concrete di realizzazione dell'interesse pubblico che vengono innominativamente messe a disposizione dell'Amministrazione e della sua possibilità di graduazione degli interventi in positivo consentiti dalla legge»³⁵⁰.

Al di là della concreta difficoltà per l'interprete di stabilire quando si è in presenza di poteri impliciti in senso proprio (e, quindi, vietati) e quando, invece, di poteri impliciti in senso improprio (e, quindi, permessi),³⁵¹ non può non rilevarsi come l'ammissibilità di quest'ultima categoria di poteri non possa ritenersi incondizionata, e di questo l'A. sembra consapevole³⁵². Spesso accade, infatti, che la fonte legislativa del potere tipico sia connotata da una formulazione estremamente generica (spesso definita "per obiettivi") tale da ammettere astrattamente una vasta gamma di poteri impliciti autoritativi (in senso improprio) in capo all'amministrazione titolare del potere espresso³⁵³. Ma ciò, a parere di chi scrive, non pare ammissibile alla luce del principio di legalità sostanziale e del sistema delle riserve di legge³⁵⁴. Diverso il discorso per

³⁵⁰ N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 409, secondo cui, «(...) una volta che questi presupposti siano rispettati, (...) sarebbe veramente irragionevole, oltre che positivamente non necessario, pretendere che ogni singola manifestazione di supremazia rinvenga il proprio insostituibile fondamento in una previa ed analitica disposizione di legge formale. Al contrario, lo spazio aperto dalla norma attributiva può a pieno diritto essere considerato il regno della «ragione efficiente» applicata all'agire amministrativo, a null'altro condizionato se non all'ovvio rispetto delle c.d. norme di azione (...): uno spazio all'interno del quale all'Amministrazione è consentito di graduare l'intensità della propria condotta imperativa nel modo soggettivamente ritenuto più opportuno per il miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico che è chiamata a curare».

³⁵¹ Difficoltà che, portata agli estremi, potrebbe addirittura legittimare un uso strumentale della definizione per qualificare arbitrariamente un potere autoritativo come implicito in senso proprio (e, quindi, vietato) o in senso improprio (e, quindi, permesso).

³⁵² N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 405 ss.

³⁵³ Ciò è particolarmente evidente, come si vedrà nel prosieguo, nei settori in cui operano le Autorità amministrative indipendenti.

³⁵⁴ Anche N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 408 sembra aderire a questa posizione, ove ha affermato che: «sembra sostenibile (...) che la funzione delle disposizioni costituzionali che sanciscono riserve di legge sia *anche* quella di escludere, nel caso di dubbio interpretativo, l'esistenza di una facoltà di limitazione autoritativa non automaticamente deducibile dal testo legislativo, che pur prevede in astratto una competenza amministrativa teoricamente suscettibile di coinvolgere pure l'interesse sostanziale in

quanto concerne l'attività amministrativa non autoritativa (ossia quella che principalmente si svolge con gli strumenti del diritto privato), ove il principio di legalità muta il suo significato (ecco emergere un'altra delle "matrici" della legalità a suo tempo esaminate: v. cap II, parr. 7 e 8), vincolando l'azione amministrativa al solo perseguimento dell'interesse pubblico curato in concreto ("legalità-indirizzo"). In questo senso, le previsioni legislative, pur estremamente generiche o definite "per obiettivi", sono «idonee in questa veste a consentire ai loro destinatari di porre in essere tutti quegli atti che appaiano utili o convenienti per l'ottimale perseguimento degli interessi pubblici avuti di mira dalla norma e che siano compatibili con l'assenza nel caso concreto di poteri realmente autoritativi»³⁵⁵.

4. Un secondo tentativo definitorio: la distinzione tra poteri impliciti normativi e poteri impliciti provvedimentali.

Altri Autori hanno esaminato i poteri impliciti (e la relativa questione circa la loro compatibilità col principio di legalità amministrativa) non in termini assoluti, bensì in relazione alla natura – normativa o provvedimentale – della potestà amministrativa innominata concretamente considerata ³⁵⁶, dimostrando come il «criterio interpretativo» degli *implied powers* si atteggi in termini diversi nell'uno e nell'altro caso. In particolare, «con riguardo ai poteri regolamentari, il ricorso (a tale criterio) serve ad individuare i confini esterni della «competenza» o in altre parole l'estensione di un potere (appunto

discussione, e di imporre che l'*impasse* ricostruttiva, dovuta al modo in cui è letteralmente strutturata la norma di conferimento, sia superata assegnando preferenza alla posizione giuridica individuale protetta anziché all'interesse collettivo al cui soddisfacimento il provvedimento sarebbe preordinato». Già da tempo si era, peraltro, distinto – sebbene non espressamente – tra potestà implicite in senso stretto e potestà che, invece, pur non esplicitamente individuate, avrebbero potuto trarre il loro fondamento da una generica previsione legislativa: F. Levi, voce «Legittimità (dir. amm.)», cit., 134, il quale ha osservato che «l'ammissibilità di un'attribuzione implicita di un potere può costituire un problema in ogni ordinamento ispirato al principio di legalità; l'ammissibilità di una previsione legislativa generica rappresenta un problema solo in quegli ordinamenti che hanno una costituzione rigida e conoscono quindi dei limiti al legislatore».

³⁵⁵ N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 461 ss. Secondo l'A., in questi casi, più che di poteri impliciti, trattasi di «effetti di legittimazione implicita» prodotti dalla norma-obiettivo.

³⁵⁶ G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 708 ss.

regolamentare) sicuramente attribuito dalla legge», mentre «con riguardo (...) ai poteri provvedimentali si tratta non di esaminare i limiti esterni della competenza, ma la stessa esistenza della competenza ad esercitare quello specifico potere»³⁵⁷. Per riprendere la terminologia utilizzata da Bassi, potrebbe, dunque, parlarsi di “poteri impliciti in senso improprio” con riferimento ai poteri regolamentari, mentre di “poteri impliciti in senso proprio” riguardo ai poteri provvedimentali.

Alla luce dell'eccessiva vaghezza che spesso caratterizza le norme attributive dei poteri normativi, il problema, dunque, con specifico riferimento ad essi, «non sta tanto nel verificare la connessione e la “implicanza” dell'esercizio in concreto del potere (implicito) in astratto attribuito, quanto la coerenza dell'attribuzione stessa di tale potere con il principio di legalità»³⁵⁸.

Il discorso viene incentrato soprattutto riguardo ai settori di intervento delle Autorità amministrative indipendenti, ove le norme attributive dei poteri sono talmente indeterminate nella loro formulazione da legittimare astrattamente le *Authorities* a un ampio ventaglio di poteri normativi (ma anche provvedimentali). Sul punto si tornerà oltre: basti qui rilevare che, in questi casi, una parte della dottrina sembrerebbe propendere per una “matrice” meno rigorosa della legalità amministrativa: ossia, per una concezione della legalità come “raffrontabilità” del potere implicito, che sarebbe assicurata «attraverso una rete di “limitatori” della discrezionalità ricavabili dal sistema», tra cui i principi generali (in particolare, l'obbligo di motivazione e la partecipazione procedimentale), e, soprattutto, le regole di ordine tecnico insite nella materia oggetto dell'intervento normativo implicito³⁵⁹.

In relazione ai poteri impliciti provvedimentali, il principio di legalità non può, invece, subire attenuazioni. Invero, e qui la dottrina pare per lo più concorde, ove non si tratti dell'emanazione di norme generali e astratte, bensì di determinazioni puntuali e concrete atte ad incidere unilateralmente nella sfera giuridica dei soggetti cui esse sono indirizzate, riemerge la portata precettiva del principio di legalità sostanziale, che impone una previa e puntuale base legale

³⁵⁷ ID, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 710.

³⁵⁸ Sempre G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 719.

³⁵⁹ ID, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 712.

(oltre a una sufficiente tipizzazione) del potere: infatti, «mentre l'implicito "normativo" ha o può avere una sua giustificazione nella logica dell'ermeneutica, l'implicito provvedimentale ha necessità di una copertura ben più pregnante», che si traduce nelle «determinazione in sede legislativa dell'oggetto del provvedimento e dei suoi specifici effetti, che non possono certo essere desunti da valori o altro, ma richiedono una tipizzazione»³⁶⁰.

5. La «nuova legalità» delle Autorità amministrative indipendenti.

L'applicazione della teoria dei poteri impliciti alle funzioni amministrative conferma come non sia possibile addivenire a una soluzione unitaria al problema relativo alla compatibilità di potestà amministrative innominate col principio di legalità. E ciò probabilmente in ragione della constatata mutevolezza delle accezioni che giocoforza contraddistingue i due termini del rapporto in questione, la quale costringe l'interprete a distinguere caso per caso, rifuggendo dunque da inadeguate generalizzazioni.

Alla luce di tale constatazione, nonché del fatto che i poteri impliciti – come già più volte anticipato e come si dimostrerà in seguito³⁶¹ - trovano il loro precipuo terreno di elezione nei settori in cui operano le Autorità amministrative indipendenti, la presente ricerca non può che circoscrivere l'orizzonte di indagine in tali settori, verificando, attraverso l'esame della prassi e della giurisprudenza amministrativa, quali risultati sono stati raggiunti, al fine di tentare di fornire una sistematizzazione teorica di un tema – quello, appunto, del rapporto tra poteri impliciti e legalità amministrativa - piuttosto sfuggente e dagli esiti non scontati.

Prima di procedere in tal senso, occorrono, tuttavia, delle ulteriori precisazioni in ordine al particolare contesto istituzionale in cui si collocano le *Authorities*, nonché al ruolo da esse ricoperto nei mercati in cui operano. Ma soprattutto è necessario indugiare ancora sulle "torsioni" cui, sotto diversi profili, è soggetta in tale ambito la legalità amministrativa.

³⁶⁰ G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 735, 777.

³⁶¹ V. cap. IV.

Nel contesto storico-istituzionale (e scientifico) prodromico all'emersione del fenomeno delle Autorità indipendenti sembrano prevalere le esigenze della funzionalità e dell'efficienza dell'amministrazione rispetto alle esigenze espresse dalla legalità-garanzia, tanto che vengono elaborate dalla dottrina nuove categorie concettuali (si pensi, per fare qualche esempio, alla già evocata «legalità-indirizzo»³⁶², o alla cd. «amministrazione di risultato»³⁶³), nonché riscoperti e (ri)valorizzati i «concetti giuridici indeterminati», i quali meglio si adatterebbero ai crescenti bisogni della vita quotidiana e alle loro complesse ed articolate soluzioni³⁶⁴.

In ragione di siffatta tendenza, il raggiungimento del risultato individuato dalla norma attributiva del potere diviene il “metro” principale per saggiare la

³⁶² C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit.; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., 61 ss.; M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., 256.

³⁶³ Intendendosi con tale termine una «(...) amministrazione caratterizzata dall'ansia del provvedere e qualificata dal solo fatto di provvedere, quasi a prescindere dalla bontà, dalla qualità e, soprattutto, dalla legittimità dei suoi atti e comportamenti»: R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Roma-Bari, 2002, 148. Sulla nozione di amministrazione di risultato si v., *ex multis*, M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003, *passim*; M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., *passim*; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula “amministrazione per risultati”*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, Napoli, 2001, 813 ss.; L. IANNOTTA, *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza del diritto amministrativo tra essere e divenire*, in *Dir. amm.*, 1996, 579 ss. Secondo A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione “di risultato” e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003, 11-12, la “fortuna” dell’“Amministrazione di risultato” deriverebbe dalla crisi che ha investito il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico e il corollario della semplice deducibilità logica della norma particolare e concreta da quella generale e astratta. Si afferma, in linea generale, che il passaggio dalla norma astratta alla norma concreta non avviene più attraverso un procedimento logico-deduttivo, ma esige una valutazione ulteriore che tenga conto delle specificità del caso concreto. Pertanto, appare ragionevole concludere che l'interpretazione delle norme debba essere effettuata mediante il ricorso ad una prospettiva di “risultato”. Mentre in passato il “risultato” al quale l'amministrazione doveva tendere era necessariamente la conformità del provvedimento alla legge, più di recente, al valore della legalità è stato tendenzialmente sostituito il valore dell'efficienza.

³⁶⁴ S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, cit., 93, secondo il quale l'indeterminatezza della norma costituisce una “elementare” esigenza di buona amministrazione, poiché consente all'autorità decidente una più ampia agilità di manovra nel plasmare di volta in volta le soluzioni più adeguate e nel coordinarle fra loro in modo da evitare scompensi e conflitti. L'indeterminatezza della norma attributiva del potere determina, pertanto, lo spostamento della tutela degli interessi individuati dalla norma stessa al procedimento amministrativo, diventato ormai il centro di acquisizione, ponderazione e composizione dei fatti, interessi e circostanze, rilevanti nella fattispecie reale.

legittimità dell'azione amministrativa³⁶⁵, a prescindere dalla sua stretta conformità al dato legale e senza considerare gli elevati margini di incertezza e aleatorietà che un criterio di valutazione di tal fatta comporta³⁶⁶. Una concezione che mette al centro il “risultato” dedica inevitabilmente scarsa attenzione alla natura e alla tipologia dei “mezzi” giuridici messi a disposizione dell'organo investito del potere per l'espletamento del compito istituzionale affidatogli. Di conseguenza, si attenua la protezione delle situazioni giuridiche soggettive incise dalla funzione³⁶⁷, almeno sotto il profilo della prevedibilità dell'azione amministrativa e di una rigorosa sindacabilità - se non attraverso il vizio di eccesso potere - degli atti amministrativi in concreto adottati.

Si è osservato che tra principio di legalità e “risultato amministrativo” può esservi, a seconda delle diverse opzioni teoriche adottate, una relazione di contraddizione e di arretramento (del principio di legalità) o una relazione di contenenza e di inclusione (del “risultato amministrativo” nel principio di legalità)³⁶⁸. In ogni caso, una lettura teleologicamente orientata delle norme

³⁶⁵ M. R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, cit., 273. Il diritto positivo conferma in numerosi casi questo trend: si pensi, ad esempio, in materia di pubblico impiego, alla valutazione della performance e ai controlli sulla gestione.

³⁶⁶ M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, cit., 19: in questo specifico contesto, l'amministrazione individua spesso come parametro di riferimento della propria azione non più il dato legale, ma specifiche forme di razionalità (economicità, efficienza, efficacia etc...) legate alla scienza economica.

³⁶⁷ N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 421: il quale rileva che, in questo modo, è la sola “funzione” a rappresentare «il vero parametro alla stregua del quale valutare la condotta concreta dell'organo e che, proprio per questo, possiede una quasi innata forza distruttiva rispetto alle posizioni giuridiche che ad essa si contrappongono e destinate, perciò, nel contrasto a soccombere».

³⁶⁸ Così S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003, 41-50. Chi sostiene che tra principio di legalità e risultato vi sia una relazione di contraddizione concepisce le norme legislative come un ostacolo alla celerità e alla efficienza dell'azione amministrativa. In altri termini, il raggiungimento “ad ogni costo” del risultato può legittimamente sacrificare il rispetto del principio di legalità. A un tale assunto possono essere opposte due diverse considerazioni: la prima è che il raggiungimento del risultato da parte dell'amministrazione non può esimersi dal rispetto della legge, anche nel caso in cui quest'ultima risulti eccessivamente caotica o farraginoso. L'esistenza di una disposizione legislativa mal formulata non giustifica la sua disapplicazione o elusione. In secondo luogo, nella legge vi è la garanzia dell'uguaglianza e della sovranità popolare e la certezza che ogni pubblico potere tragga il proprio fondamento dalla stessa volontà del popolo e non sia, quindi, frutto di una propria autoinvestitura. In conclusione, il conflitto tra principio di legalità e “risultato amministrativo” si verifica solo occasionalmente e non è assolutamente dovuto ad un rapporto di contraddizione ontologico tra i due termini. Anche le considerazioni di coloro che ritengono che il “risultato amministrativo” debba essere compreso nell'ambito della previsione normativa di riferimento (con conseguente possibilità di un sindacato giurisdizionale sul suo raggiungimento) sono prive di fondamento.

attributive del potere non potrebbe essere preclusa, in ragione della diretta applicazione all'attività amministrativa dei criteri di efficacia, economicità e efficienza, che sono espressione del principio costituzionale del buon andamento (art. 97, Cost. e art. 1, c. 1, l. 241/1990).

Il rischio, già peraltro emerso nel corso della trattazione, pare, semmai, essere un altro: quello, cioè, di utilizzare la “matrice” della “legalità-indirizzo” (ossia la misura minima della legalità, valevole di regola per la sola attività amministrativa non autoritativa) per avallare certe potestà autoritative - anche se non espressamente previste - solo perché strumentali al raggiungimento dell'obiettivo assegnato dalla norma. Invero, bisogna tenere conto, ancora una volta, dell'esigenza di tutela delle posizioni giuridiche soggettive, la quale non può essere ingiustificatamente obliterata in nome dell'«ansia dal provvedere».

D'altra parte, vi sono numerosi casi in cui il conflitto tra esigenze di funzionalità ed esigenze di garanzia viene risolto a favore delle seconde. Si pensi, ad esempio, alla portata del principio dello sviluppo sostenibile (art. 3-*quater* del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) sull'attività amministrativa e, di riflesso, sulle libertà dei privati. Secondo una parte della dottrina, il principio dello sviluppo sostenibile non potrebbe, in assenza di una specifica previsione di legge, elevarsi a fonte attributiva di doveri in capo ai soggetti privati, ma dovrebbe valere a “integrare” la disciplina normativa esistente con riferimento a fattispecie specifiche³⁶⁹.

Ad ogni modo, le esigenze di funzionalità ed efficienza dell'azione amministrativa sono particolarmente avvertite nei settori in cui operano le Autorità amministrative indipendenti, soggetti ai quali il legislatore ordinario ha affidato il compito di “presidiare”, dopo l'ondata di privatizzazioni e di liberalizzazioni avvenuta a partire dai primi anni '90 del secolo scorso, taluni

Questa impostazione snaturerebbe l'originalità del “risultato amministrativo”, che, per definizione, richiede che l'azione amministrativa sia efficace, efficiente e celere: «assoggettare il “risultato amministrativo” al principio di legalità, imponendo con leggi – che non potranno che essere precise e puntuali e, quindi, prive della generalità e dell'astrattezza loro tipiche – che si consegua un determinato “risultato amministrativo”, scardina la distinzione fra legittimità e merito. Né questo assicura il conseguimento di un “buon risultato amministrativo».

³⁶⁹ Così F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010, 285-286: «(...) lo sviluppo sostenibile per i privati può unicamente condensarsi in regole specifiche e concrete fissate in base alla legge, laddove per l'amministrazione esso si confina come un vero principio».

mercati “sensibili”, affinché valori, quali la libertà di iniziativa economica privata, la concorrenza, la stabilità e il corretto funzionamento del sistema finanziario, la tutela del risparmio, il pluralismo dell’informazione, la *privacy* etc...), fossero pienamente ed effettivamente tutelati³⁷⁰.

La difficoltà di creare un sistema completo di regole certe e durature per il presidio di tali mercati era, però, evidente, in ragione della natura squisitamente tecnica delle norme e dell’elevato tasso di obsolescenza cui esse erano soggette per la rapidità dei cambiamenti dei mercati considerati³⁷¹. Pertanto, la necessità di una competenza altamente specialistica da un lato, e di una flessibile capacità di adattamento (normativo e amministrativo) alle frequenti evoluzioni della realtà economico-sociale dall’altro, ha indotto giocoforza il legislatore ad attribuire alle *Authorities*, nonostante la rilevanza e la delicatezza dei mercati coinvolti (come quelli dell’energia elettrica, del gas, del sistema idrico, delle telecomunicazioni, dei trasporti, dei servizi pubblici essenziali, del sistema finanziario, etc...), compiti estremamente generici, spesso individuati solo per il tramite di alcuni obiettivi da perseguire (anch’essi, peraltro, caratterizzati da un’innegabile vaghezza), sottraendoli di fatto alla sfera di influenza politica.

Oltre che per ragioni tecnico-specialistiche e di necessaria elasticità degli interventi da parte dell’ordinamento, la «regolazione» (la quale, si badi, non corrisponde esclusivamente alla potestà regolamentare intesa come potestà

³⁷⁰ La letteratura sul punto è naturalmente vastissima, il che rende estremamente arduo il tentativo di un’opera di selezione. Tuttavia non possono non essere menzionati i contributi di: S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996, *passim*; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645 ss.; A. PREDIERI, *L’erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, *passim*; V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.* 1997, 341 ss.; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell’economia*, Torino, 2001, 176 ss.; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000, *passim*; ID, *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002, *passim*; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, *passim*; P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, 2004, *passim*; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema*, Torino, 2005, *passim*; ID (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009, *passim*.

³⁷¹ R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 202. Cfr. M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, 267, ove si è affermato che: «la regolazione si configura come disciplina non solo in divenire, ma addirittura da costruire, che procede più per assestamenti successivi che non secondo un disegno compiutamente prestabilito».

normativa³⁷²) dei mercati suddetti è stata, altresì, giustificata dal fatto che essi, sebbene in gran parte liberalizzati, non fossero di per sé in grado di tutelare la concorrenza al loro interno, né di salvaguardare esigenze in senso lato collettive a fronte della pluralità dei gestori. Si assiste così alla creazione artificiale di regole di comportamento che mirano, da un lato, a garantire che la competizione avvenga ad armi pari (funzione “pro-concorrenziale” della regolazione) e, dall’altro, a evitare il pericolo che la ricerca del profitto frustri finalità sociali e collettive³⁷³.

Al fine di adempiere alla loro *mission* istituzionale, le Autorità indipendenti – che non sono riconducibili a un “modello” unitario, anche se hanno in comune il fatto di essere soggetti tendenzialmente svincolati dai condizionamenti politici, estranei all’organizzazione amministrativa tradizionale e agenti in posizione di terzietà e neutralità – sono state dotate di un’ampia gamma di poteri sostanzialmente atipici, che comprende, oltre a quelli di amministrazione attiva, anche potestà normative, ispettive, sanzionatorie, giustiziali e di *moral suasion*. L’atipicità (sostanziale e procedurale) caratterizza, in particolare, gli ampi “spazi” normativi concessi a talune Autorità, tanto che si è parlato in dottrina della creazione di un sistema di «vere e proprie deleghe in bianco»³⁷⁴, le quali, oltre a comportare una deviazione rispetto al tradizionale sistema delle fonti, rimettono di fatto al libero

³⁷² Come evidenziato in dottrina (F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Torino, 2007, 110-111), tra “regolazione” e potestà regolamentare vi sarebbe, piuttosto, un rapporto di *genus e species*: «(l’)elemento distintivo di tale ampia funzione di regolazione non sta, dunque, nel profilo strutturale (...). Sta invece nel profilo (*stricto sensu*) funzionale: essa si spiega in un settore aperto al mercato; è esercitata da una *agency* pubblica indipendente e neutrale rispetto agli interessi in gioco; non persegue un interesse pubblico proprio e dato, bensì regola in modo neutrale gli interessi in conflitto; è condizionale e non finalistica; mira al riequilibrio delle posizioni asimmetriche nel mercato; riduce posizioni di eccessiva forza di mercato; cura la protezione di determinati interessi, valori e diritti di fondamento costituzionale che possano subire un *vulnus*; svolge un compito che presuppone una elevata competenza tecnica, perché incide su oggetti e discipline altamente specialistiche; è sempre complementare ed assiologicamente subordinata alla libertà di concorrenza che incarna la scelta di fondo dell’ordinamento. È, la regolazione, in estrema sintesi, l’insieme di quelle correzioni, connotate da elasticità, alta competenza tecnica e specialistica, che sono necessarie al libero mercato».

³⁷³ E. CASSETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 253. Sul tema, v., *ex multis*, L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002, *passim*.

³⁷⁴ P. CARETTI, *Introduzione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, 2004, 15 ss.

convincimento di tali soggetti ogni tipo di decisione inerente agli ambiti di loro competenza³⁷⁵.

Già si era detto (cap. II, par. 6), a proposito dei molteplici fattori di “crisi” del principio di legalità, che uno di questi fosse proprio determinato dal passaggio dallo “Stato imprenditore” allo “Stato regolatore” e dalla emersione di una «nuova legalità» (la regolazione, appunto), in cui muta il rapporto tra legge e azione amministrativa³⁷⁶. Tale rapporto, infatti, non risponde più ai canoni lineari dello schema tradizionale, in base al quale l’amministrazione assurgeva esclusivamente a mera esecutrice di comandi legislativi positivizzati; diversamente, la funzione di direzione dell’azione dei pubblici poteri svolta originariamente dalla legge è sostituita da forme blande di indirizzamento alla realizzazione di valori e principi dai contorni indefiniti.

La sostanziale illimitata funzione normativa di cui le Autorità sono titolari in tali settori³⁷⁷ pone rilevanti problemi in ordine, anzitutto, al fondamento costituzionale di tali poteri e, in secondo luogo, al rispetto del principio di legalità e del sistema delle riserve di legge, problema – quest’ultimo - che maggiormente interessa ai fini della presente indagine. Non ci si occuperà, pertanto, della prima questione (cioè dell’interrogativo circa l’esistenza o meno di un fondamento costituzionale dei poteri normativi delle *Authorities*³⁷⁸), ma

³⁷⁵ M. CLARICH, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 3865-3866. Si pensi, per fare un esempio, al potere di Banca d’Italia di «emanare disposizioni di carattere generale aventi a oggetto: 1) il contenimento dei rischi che possono inficiare il regolare funzionamento, l’affidabilità e l’efficienza del sistema dei pagamenti; 2) l’accesso dei prestatori di servizi di pagamento ai sistemi di scambio, di compensazione e di regolamento nonché alle infrastrutture strumentali tecnologiche o di rete; 3) il funzionamento, le caratteristiche e le modalità di prestazione dei servizi offerti; 4) gli assetti organizzativi e di controllo relativi alle attività svolte nel sistema dei pagamenti» (art. 146, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385).

³⁷⁶ In questo senso si esprime P. SALVATORE, *La legalità nell’amministrazione*, cit., 2007, 100.

³⁷⁷ Da un’analisi approfondita delle singole potestà normative spettanti alle *Authorities* risulta come esse siano contraddistinte da un’elevata eterogeneità degli atti di loro diretta espressione, dalla straordinaria ampiezza delle attribuzioni e degli ambiti di loro competenza, dalla profonda incidenza che tali atti hanno nel godimento di diritti soggettivi, nel conferimento di obblighi e nell’imposizione di sanzioni. Sul punto, v., *ex multis*, F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009, 312.

³⁷⁸ La dottrina pare ormai concorde nel ritenere sussistente tale fondamento, anche e soprattutto in base al fatto che, nella maggioranza dei casi, i poteri normativi delle *Authorities* sono legittimati dal diritto dell’Unione europea: sul punto, v. F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, cit., 97. Oppure, cfr. F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, cit., 305-309, il quale ha osservato che la tradizionale subordinazione,

della seconda (ossia, quella concernente il rapporto tra potestà normative e legalità amministrativa), senza però dimenticare che un elemento non secondario che, peraltro, enfatizza la rilevanza di quest'ultima questione – e che sarà richiamato nel prosieguo della trattazione – è proprio rappresentato dall'estraneità delle Autorità indipendenti al circuito della rappresentanza politica e, più in generale, dalla carenza di una loro legittimazione democratica³⁷⁹.

6. Poteri normativi delle *Authorities*, mercato e principio di legalità.

Già si è appurato, in via generale, della necessità di un fondamento legislativo delle fonti di rango secondario, pur nella varietà delle manifestazioni concrete che esse possono assumere (v. par. 2.1)³⁸⁰, tra le quali spicca – ai nostri fini – quella estrinsecantesi nell'emanazione di regolamenti da parte delle Autorità indipendenti. Si tenga, poi, conto che, qualora il legislatore ordinario non abbia provveduto all'individuazione di uno specifico fondamento del potere normativo delle *Authorities*, viene in tal senso messo in rilievo il ruolo “suppletivo” che talora svolgono le fonti del diritto dell'Unione europea (in particolare, i regolamenti e le direttive)³⁸¹.

nella gerarchia delle fonti del diritto, dei regolamenti governativi rispetto alla legge ordinaria non può automaticamente essere riprodotta nei confronti di altri soggetti, come le *Authorities*. Nell'attuale sistema delle fonti, la legge dello Stato non assume più il ruolo di fonte “massima”, ma si colloca all'interno di un quadro complesso e articolato, unicamente ricostruibile mediante una logica di tipo pluralistico, in cui la ripartizione normativa dei diversi settori della vita associata è regolata dal principio della competenza. Nel sistema composito appena descritto viene, quindi, riconosciuto in capo alle Autorità indipendenti una sfera di “autonomia normativa” nei settori di propria competenza, la quale, sebbene formalmente sottoposta alla fonte di rango primario, sostanzialmente l'affianca e molto spesso la sostituisce. Peraltro, c'è chi ha rilevato (F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, cit., 112) che l'eventuale negazione di un fondamento costituzionale dei poteri normativi delle *Authorities* «finirebbe per contraddire il dato palese del consolidamento delle stesse autorità come figure soggettive del nostro panorama istituzionale».

³⁷⁹ Cfr G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 711.

³⁸⁰ E ciò anche in considerazione del fatto che solo le fonti legislative e costituzionali formano un sistema chiuso, a differenza delle fonti secondarie, le quali, invece, costituiscono un sistema aperto e pluralistico: v. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1993, 120.

³⁸¹ F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, cit., 113-114. V., altresì, G. PUCCINI, *La potestà regolamentare della Consob in materia di intermediazione finanziaria alla luce della normativa del testo unico e della sua esperienza attuativa*, in P. CARETTI (a cura di),

Una volta accertata l'esistenza del predetto fondamento (in una disposizione legislativa o in una fonte vincolante del diritto dell'Unione europea) il principio di legalità, nella sua accezione formale, potrebbe ritenersi rispettato, anche se i dubbi sul punto non paiono essere del tutto sopiti. È innegabile, infatti, come in questi casi le categorie tradizionali non sembrano fornire una risposta soddisfacente alla complessità del fenomeno, se si considera che i settori di intervento delle *Authorities* configurano pressoché dei sistemi normativi autonomi, in cui domina - spesso in spregio all'individuazione costituzionale di specifiche riserve di legge - la fonte regolamentare, considerata quasi alla stregua di una vera e propria fonte primaria³⁸²: una "abdicazione", dunque, della fonte legislativa a favore di una sorta di riserva di attività normativa di rango secondario in capo a soggetti peraltro privi della responsabilità politica³⁸³.

In ogni caso, il principio di legalità formale non può ritenersi osservato qualora il fondamento venga esclusivamente rintracciato in via ermeneutica dalle finalità istituzionali dell'Autorità. Una siffatta operazione interpretativa non appare, infatti, possibile in mancanza di un'espressa fonte di rango primario (seppure generica e indeterminata) da cui possa direttamente desumersi il fondamento del potere regolamentare³⁸⁴.

Sgombrato il dubbio – nonostante le criticità evidenziate - circa la titolarità, previa espressa "autorizzazione" legislativa, della potestà regolamentare in capo alle Autorità, occorre ora volgere lo sguardo al problema più delicato – già accennato sopra – relativo alla compatibilità di un potere normativo "in bianco" con il principio di legalità inteso nella sua accezione

Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti, Torino, 2004, 14.

³⁸² Senza parlare dello sviluppo crescente della *soft law* in seno a siffatti sistemi, talora ricondotta dalla dottrina alla categoria delle fonti terziarie: M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, cit., 29-30.

³⁸³ Il punto sarà ripreso *infra*.

³⁸⁴ Non tutta la dottrina pare essere concorde sul punto: cfr. v. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., il quale ha ravvisato in capo alle Autorità indipendenti una «generale potestà regolamentare innominata finalizzata al perseguimento della parità delle armi». In argomento, v. cap. IV, par. 3, in merito alla dubbia competenza regolamentare di AGCOM in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica.

sostanziale e, di riflesso, col principio della sindacabilità degli atti amministrativi (artt. 24 e 113, Cost.).

Circostanziando ulteriormente il problema, è necessario, ai fini della ricerca, saggiare la legittimità di una tecnica interpretativa (quale è, appunto, la teoria dei poteri impliciti), che - ammessa la generale e preventiva competenza “regolatoria” in un dato settore e individuato il valore da tutelare - consenta il ricorso ad ogni “mezzo” (normativo) reputato soggettivamente idoneo alla realizzazione della finalità istituzionale legislativamente assegnata.

In linea generale, esistono in merito due tesi contrapposte, nel cui ambito sono ravvisabili, a loro volta, ulteriori e diversi orientamenti declinati a seconda dell’interpretazione circa il “ruolo” istituzionale svolto dalle Autorità indipendenti in rapporto ai mercati da esse presidiati³⁸⁵.

Una prima tesi attribuisce al principio di legalità una lettura «pragmatica e smitizzante», tesa a giustificare la legittimità dei poteri impliciti purché siano strumentali alla realizzazione del fine esplicito al quale sono collegati³⁸⁶. Si attribuisce, dunque, la prevalenza alle esigenze di funzionalità rispetto a quelle di garanzia, negando un’interpretazione rigida del principio di legalità sul presupposto che la stessa produrrebbe un eccessivo ingessamento dell’azione amministrativa e presupporrebbe la capacità del legislatore di prevedere e regolare tutto in via preventiva³⁸⁷.

³⁸⁵ L’importanza del “ruolo” delle *Authorities* in riferimento al tema dei poteri impliciti è messo in luce da A. TRAVI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit., 2.

³⁸⁶ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell’energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006, 132.

³⁸⁷ Cfr. V. GASPARINI CASARI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia (note a margine del 53° convegno di studi amministrativi, Varenna, 20-22 settembre 2007)*, cit., 621 ss. Secondo E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell’energia elettrica e del gas naturale*, cit., 132-135, una lettura rigorosa del principio di legalità sembrerebbe contrastare con la *ratio* stessa della istituzione di organismi specializzati alla regolazione e al controllo in maniera dinamica e flessibile (e, quindi, difficilmente prevedibile *ex ante*) un determinato settore del mercato. In particolare, secondo l’A., il buon andamento dell’amministrazione non potrebbe ragionevolmente essere sacrificato attraverso l’esclusione di potestà normative e amministrative non espressamente e specificamente previste, «se dal complesso delle norme rilevanti (e anzitutto da quelle che definiscono i fini dell’intervento regolatorio, le situazioni soggettive dei privati, la struttura più o meno compiutamente concorrenziale del mercato interessato) risulta in modo sufficientemente univoco la volontà del legislatore di consentire (o anche di esigere) prescrizioni di quel tipo (...)».

Nel solco di questa tesi si collocano tutti quegli orientamenti che assegnano alle Autorità indipendenti un ruolo di preminente rilievo nel panorama costituzionale. Basti accennare a chi ravvisa nell'istituzione stessa di tali soggetti una speciale «tecnica di garanzia» delle libertà, alternativa alla riserva di legge³⁸⁸ e coerente con l'impianto costituzionale³⁸⁹; oppure a chi ritiene – come già accennato – che nei settori in cui operano le Autorità la legge abbia direttamente assegnato loro una riserva di competenza (anche normativa)³⁹⁰. Ancora, si è osservato che la “regolazione” - a differenza dell'intervento pubblico nell'economia - si traduce in un'attività amministrativa «sostitutiva» di negozi giuridici privati tesa alla realizzazione dei presupposti del mercato concorrenziale e della *par condicio* tra i soggetti che vi operano. Pertanto, «(...) il principio di legalità che attiene alla regolazione può limitarsi alla mera attribuzione di funzioni ad un'autorità regolatrice: il precetto che attiene alla funzione (...) è infatti già desumibile dalla Costituzione (diritto di libertà combinato con il principio di eguaglianza) come integrata dalla normativa comunitaria»³⁹¹.

Una seconda e differente tesi individua, invece, nella legge il fondamento necessario e imprescindibile di ogni potere amministrativo di tipo autoritativo e, conseguentemente, esclude l'esistenza di poteri impliciti. L'inammissibilità di poteri non espressamente previsti è, secondo questo orientamento, una conseguenza inevitabile di una lettura rigorosa del principio di legalità dell'azione amministrativa³⁹². La formulazione vaga ed elastica della disposizione legislativa non potrebbe, pertanto, riconoscere implicitamente al soggetto pubblico spazi di manovra potenzialmente incidenti sulle sfere giuridiche dei privati senza che essi trovino nella legge una sufficiente e adeguata copertura: le esigenze di garanzia e democraticità dell'azione amministrativa prevalgono sulle opposte esigenze di funzionalità ed efficienza.

³⁸⁸ Cfr. S. FOÀ, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002, 109 ss.

³⁸⁹ In tal senso, v. S. A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999, 171.

³⁹⁰ Sul punto, v., ad esempio, N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 41.

³⁹¹ F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, cit., 71.

³⁹² Cfr. Tar Lombardia, Sez. II, 4 aprile 2002, n. 1331 in *Foro amm. TAR*, 2002, 1898: v. cap. IV, par. 1.

Il principio di legalità costituisce, in questi casi, un argine al potenziale arbitrio normativo e provvedimentale delle *Authorities*, soggetti peraltro “deboli” sul piano della legittimazione democratica e che, dunque, a rigor di logica, dovrebbero rispettare in modo ancor più scrupoloso il principio di legalità³⁹³.

Una volta individuate, da parte della dottrina, le coordinate teoriche generali della questione oggetto di indagine³⁹⁴, si impongono - prima di procedere ancora oltre - due notazioni di carattere preliminare.

In primo luogo, non si può negare che, a fronte di disposizioni legislative dai contorni estremamente vaghi e generici, le *Authorities* siano costrette, per adempiere ai propri fini istituzionali, ad esercitare poteri privi di un'espressa e circostanziata base legale. Non è un caso che la dottrina abbia osservato che «nell'andare a determinare in concreto il contenuto della *potestas* regolamentare il ricorso alla tesi dei poteri impliciti (fosse) quasi fisiologico», e che – addirittura - la presenza di potestà innominate fosse direttamente proporzionale alla genericità e indeterminatezza delle norme attributive del potere e alla loro caratterizzazione in senso spiccatamente finalistico³⁹⁵. Tale circostanza è peraltro testimoniata dalla casistica (v. cap. IV), dalla quale emerge la diffusa tendenza da parte delle Autorità indipendenti a dotarsi di poteri non espressamente attribuitigli dalla fonte di rango primario³⁹⁶.

In secondo luogo, bisogna rilevare che, con riferimento a poteri impliciti di contenuto ablatorio o sanzionatorio delle situazioni giuridiche soggettive (quand'anche formalmente qualificati alla stregua di atti regolamentari), il suddetto problema è in buona parte risolto, in quanto l'opinione prevalente e assolutamente condivisibile è nel senso di escludere l'esistenza di tali poteri, sul presupposto che le esigenze di garanzia espresse dal principio di legalità non possano subire limitazione alcuna laddove le Autorità in via unilaterale incidano sfavorevolmente sulla sfera giuridica dei cittadini³⁹⁷.

³⁹³ L'accento sulla sostanziale mancanza di legittimazione democratica è posto da F. FRACCHIA, *Il diritto dell'economia alla ricerca di un suo spazio nell'era della globalizzazione*, in *Dir. econ.*, 1, 2012, 23.

³⁹⁴ Per quanto riguarda la posizione della giurisprudenza, v. cap. IV.

³⁹⁵ G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 709.

³⁹⁶ V. più diffusamente cap. IV.

³⁹⁷ Sul tema si tornerà oltre (cap. IV, par. 1.1). In termini, v. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 729 ss.

Alla luce di tali notazioni, si può sin da ora anticipare che non appare una soluzione ragionevole quella di aderire in via generalizzata e aprioristica all'una, piuttosto che all'altra tesi sopra prospettata. Invero, sia l'impostazione più rigorista (volta al riconoscimento in capo alle Autorità dei soli poteri espressamente attribuiti e definiti dalla legge), sia quella "funzionalistica" (che riconosce ai suddetti organismi anche tutti i poteri non contemplati dalla norma attributiva purché essi siano strumentali al raggiungimento dei fini istituzionali assegnati) offrono delle soluzioni non del tutto soddisfacenti³⁹⁸.

Da una parte, la necessaria predeterminazione legislativa di ogni singola potestà amministrativa astrattamente utilizzabile dalle Autorità indipendenti si porrebbe in contraddizione con la *ratio* della loro stessa istituzione, che è quella di affidare a un organismo specializzato la disciplina e l'adeguamento tempestivo alle evoluzioni del mercato di un particolare settore economico "sensibile". Non è un caso che la duttilità dei mezzi giuridici messi a disposizione dall'ordinamento è una caratteristica intrinseca (e ineliminabile) del modello della "regolazione".

Dall'altra parte, l'adesione alla tesi in base alla quale sarebbe consentito alle *Authorities* l'adozione di tutte le misure necessarie al raggiungimento delle finalità cui è preordinata la loro azione sarebbe altrettanto inaccettabile poiché prefigurerebbe una situazione di sostanziale libertà di azione in un terreno - quale è quello dominato dalle Autorità indipendenti - che non può prescindere del tutto dai principi della legalità sostanziale e della riserva di legge³⁹⁹.

Ammessa l'esistenza delle Autorità quali istituzioni dotate di specifici poteri (che si sono imposte - e s'impongono tuttora - sul piano della Costituzione materiale), non pare, dunque, accettabile, per le ragioni illustrate, la completa assenza di vincoli all'attività che tali soggetti esercitano negli ambiti di rispettiva competenza: proprio in ragione dell'inesistenza di una delimitazione precisa "a monte" delle potestà amministrative legislativamente attribuite, che un controllo maggiormente rigoroso deve essere espletato "a

³⁹⁸ Così anche D. SIMEOLI, voce «Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)», in *Dig. disc. priv., sez. civ., agg.*, Torino, 2014, 136, il quale aderisce alle tesi di Bassi circa le condizioni di ammissibilità di poteri amministrativi impliciti.

³⁹⁹ Sul punto, v. M. MANETTI, *I regolamenti delle Autorità Indipendenti*, in *www.astrid-online.it*, 4 ss.

valle” sull’attività posta in essere dalle *Authorities* (compresa quella normativa), tenuto conto, peraltro, della estraneità di tali soggetti al circuito politico-rappresentativo e della loro conseguente “debolezza” sul piano della legittimazione democratica⁴⁰⁰.

In definitiva, più che una questione sulla titolarità di poteri normativi impliciti (interrogativo a cui deve risponderci positivamente se si aderisce – pur con le dovute cautele – alla tesi del riconoscimento di un fondamento costituzionale della potestà regolamentare delle Autorità indipendenti), si tratta, di individuare – ove esistenti - i limiti (e/o gli opportuni criteri orientativi) all’esercizio di tali potestà, alla luce del principio di legalità sostanziale⁴⁰¹.

In proposito, già si è anticipato (v. par. 4) che parte della dottrina ha evidenziato che il mancato rispetto del principio di legalità sostanziale potrebbe essere adeguatamente compensato da regole e principi ricavabili dall’ordinamento, i quali avrebbero una duplice funzione: quella di costituire, da un lato, un “canone” nella fase di esercizio del potere normativo e, dall’altro, un “parametro” per la sindacabilità *ex post* dell’atto emanato. Viene, così, valorizzata la “matrice” della legalità come “raffrontabilità” dell’azione amministrativa a parametri non necessariamente riconducibili alla legge in senso formale⁴⁰², tra cui, *in primis*, i principi generali del diritto amministrativo (ragionevolezza, proporzionalità, tutela dell’affidamento, giusto procedimento etc...) ⁴⁰³. Un ruolo fondamentale in tal senso sarebbe, altresì, svolto dalle regole

⁴⁰⁰ Sul punto, v., *ex multis*, S. SANTOLI, *Principio di legalità e potestà regolamentare delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2003, 1788.

⁴⁰¹ Il medesimo problema è stato affrontato in termini non dissimili da G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 710 ss. e F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, cit., 124. Sul ruolo determinante del giudice amministrativo nella costruzione dei confini del potere regolatorio, v. M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, cit., 272 ss. Sul punto si tornerà *infra*.

⁴⁰² Con riferimento ai poteri della Consob, v. G. PUCCINI, *La potestà regolamentare della Consob in materia di intermediazione finanziaria alla luce della normativa del testo unico e della sua esperienza attuativa*, cit., 7 ss. *Contra* M. MANETTI, *I regolamenti delle Autorità Indipendenti*, in www.astrid-online.it, 13 ss.

⁴⁰³ Cfr. F. CINTIOLI, *I regolamenti delle autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2003, il quale ha osservato come «(...) sia da incentivare la propensione (...) a vagliare la regola posta dall’Autorità nella sua intrinseca ragionevolezza anziché limitarsi a guardarla attraverso la lente d’ingrandimento - davvero troppo riduttiva - della conformità alla fonte superiore secondo il principio di legalità. Un sindacato di proporzionalità e ragionevolezza può dare frutti migliori di

della tecnica, che originano dalla dottrina, dai principi deontologici e, più in generale, dalla prassi specifica del settore coinvolto dall'intervento regolatorio⁴⁰⁴.

Un'altra parte della dottrina, con l'avallo della giurisprudenza, ha posto l'enfasi sull'elemento partecipativo, sul contraddittorio, sulla presenza di un'adeguata motivazione e su un'ampia pubblicità delle determinazioni assunte: elementi che, compendati nel concetto evocativo della «legalità procedurale», varrebbero a recuperare il *deficit* della «legalità sostanziale», sia sotto il profilo della legittimazione democratica delle Autorità indipendenti sia sotto quello della loro attività⁴⁰⁵. Sul punto, la giurisprudenza è costante nel ritenere che «nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio»⁴⁰⁶. Si è aggiunto, in proposito, che tra le due forme di “legalità”

quello imperniato sul principio di legalità, nonostante quest'ultimo possa sembrare in sé più rigoroso».

⁴⁰⁴ Ciò varrebbe soprattutto nei settori in cui operano la Banca d'Italia, la Consob e l'Isvap: G. MORBIDELLI, *Il potere regolamentare di ISVAP dopo il Codice delle Assicurazioni*, in *Scritti in onore di Giovanni Grotanelli de Santi*, Milano, 2007, 599 ss. ID, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 712 ss. Si evidenzia, d'altra parte, che una simile tesi sminuirebbe del tutto la valenza democratica insita nel principio di legalità, con la conseguenza che i destinatari dell'attività delle Autorità sarebbero soggetti a scelte di carattere esclusivamente tecnocratico: sul punto, cfr. V. CAIANELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Il Foro amm.*, 1997, 374. Secondo N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 460, «il nostro ordinamento è fondato sul valore della democrazia, non su quello della tecnocrazia».

⁴⁰⁵ Nel senso anzidetto, v., *ex multis*, M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, cit., 155 ss., che richiama in proposito le tesi di Jürgen Habermas; F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, cit., 297, secondo cui la partecipazione dei soggetti interessati al procedimento amministrativo costituisce uno strumento che sostituisce la dialettica propria delle strutture rappresentative, rappresentando un importante “correttivo” della perdita di legalità sostanziale e del *deficit* di legittimazione democratica delle Autorità indipendenti. In riferimento al tema del procedimento e del contraddittorio per gli atti delle *Authorities*, v. M. RAMAJOLI, *Il contraddittorio nel procedimento antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 665 ss.; M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59 ss.

⁴⁰⁶ Cfr. tra le tante decisioni, Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5105, in *Foro amm. CDS*, 2002, 2498; sez. VI, 16 marzo 2006, n. 1400, in www.giustizia-amministrativa.it; sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007, in *Foro amm. CDS*, 11, 2006, 3142; sez. V, 27 dicembre 2006, n. 7972, in *Foro amm. CDS*, 12, 2006, 3398; sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215, in *Foro amm. CDS*, 1, 2011, 281; Tar Lombardia, Sez. III, 3 gennaio 2011, n. 1, in *Foro amm. TAR*, 1, 2011, 27; Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521, in *Foro amm. CDS*, 5, 2012, 1284. Più di recente, v. Tar

menzionate (“sostanziale” e “procedurale”) si instaurerebbe una correlazione inversa, secondo la quale quanto meno è garantita la legalità “sostanziale”, tanto maggiore risulta l’esigenza di rafforzare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento che li vede coinvolti, al fine di assicurare che la decisione adottata, avendo spesse volte un impatto rilevante sull’assetto del mercato e sugli operatori, sia il quanto più trasparente e ponderata possibile⁴⁰⁷.

Altro elemento determinante per il “recupero” della legalità sostanziale sarebbe costituito dal sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità, tra i quali – naturalmente – assumono una particolare valenza quelli a contenuto normativo. In questi casi, un ruolo determinante sarebbe svolto dalla motivazione, strumento necessario per dimostrare «la stretta consequenzialità» della specifica regolamentazione adottata con i fini assegnati dalla legge: «infatti il sindacato giurisdizionale di ragionevolezza è ben più intenso in presenza di motivazione dato che questa consente una verifica concreta e puntuale del percorso logico seguito»⁴⁰⁸.

Invero, oltre che alle diverse elaborazioni dottrinali (su cui si tornerà a conclusione dell’indagine), ciò che ha contribuito in misura rilevante – sebbene non sempre lineare - a tracciare i confini dei poteri di regolazione è stata la giurisprudenza, dalla cui analisi non può, pertanto, prescindere in questa sede⁴⁰⁹; e ciò, a maggior ragione, se lo scopo della ricerca è quello di fornire un

Lombardia, sez. I, 24 giugno 2014, n. 1648, in www.giustizia-amministrativa.it e Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, in *Foro amm.*, 3, 2015, 760.

⁴⁰⁷ R. CHIEPPA, V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, cit., 204. Il modello che pare essersi più di frequente affermato è quella della cd. “consultazione pubblica” che prevede il coinvolgimento dei soggetti interessati nella “costruzione” del provvedimento normativo finale (cd. procedura di *notice and comment*). Sul punto, v. F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, cit., 129 ss.

⁴⁰⁸ G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 726-727: «(i)n altre parole, la motivazione, in una con il contraddittorio (...) contribuisce a recuperare la legalità e dunque a giustificare l’*implied power*, in quanto la legalità si persegue anche attraverso la presenza di un sindacato giurisdizionale “forte” del provvedimento».

⁴⁰⁹ Per lo stesso ordine di considerazioni, v. M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, cit., 267: «il giudice amministrativo è (...) intervenuto massicciamente a tracciare lo statuto dei poteri regolatori; è ad esso che si deve la sistematica (per quanto empirica) di tali poteri: la loro classificazione, la precisazione del loro ambito, dei loro limiti e il loro inserimento nel contesto giuridico ed economico della liberalizzazione».

tentativo di “sistematizzazione” teorica della complessa e multiforme tematica dei poteri impliciti e del suo rapporto col principio di legalità.

L’ultimo capitolo sarà, dunque, dedicato all’esame di alcuni tra i casi più significativi in cui le *Authorities* hanno fatto (o si presume abbiano fatto) concreto uso di poteri amministrativi di natura normativa o strettamente provvedimentale non espressamente e puntualmente attribuiti da una disposizione normativa di rango primario.

L’indagine sarà, pertanto, circoscritta ai casi che sono apparsi maggiormente rilevanti sia in termini di contenzioso, sia di attenzione da parte della dottrina amministrativistica. Naturalmente la casistica che sarà illustrata non esaurisce il novero delle fattispecie nell’ambito delle quali il problema dei poteri impliciti si è presentato.

CAPITOLO IV

Poteri impliciti delle *Authorities* e mercato: alcuni esempi paradigmatici

SOMMARIO 1. *I poteri impliciti dell’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico nella giurisprudenza amministrativa* - 1.1 *Un (primo) limite invalicabile: le misure a effetto ablatorio o sanzionatorio* - 1.2 *Un secondo limite: la “regolazione” quale fonte eteronoma del contratto* - 2. *L’inammissibilità in capo all’AGCM di un potere implicito regolamentare per la tutela della concorrenza: il caso degli impegni antitrust* - 2.1 *Il rischio di un potere implicito di regolazione estraneo alla funzione classica dell’AGCM* - 2.2 *La proporzionalità degli impegni* - 2.3 *Impegni e funzione amministrativa dell’AGCM: i possibili rimedi al rischio (concreto) di una deriva “regolatoria”* - 3. *Il potere implicito regolamentare di AGCOM in materia di tutela del diritto d’autore su internet* - 3.1 *Il Regolamento AGCOM al vaglio del giudice amministrativo: cenni e prospettive* - 4. *Il caso emblematico del potere implicito di annullamento delle c.d. “attestazioni SOA”* - 5. *Una postilla: i poteri impliciti normativi dell’ANAC nel d.d.l. delega di recepimento delle direttive europee in tema di contratti pubblici.*

1. I poteri impliciti dell’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico nella giurisprudenza amministrativa.

L’imponenza del contenzioso formatosi nel settore dell’energia elettrica e del gas in un arco di tempo relativamente ristretto⁴¹⁰ potrebbe essere riconducibile a una serie di ragioni. In primo luogo, all’intensità e alla frequenza con le quali l’Autorità ha interpretato il proprio ruolo istituzionale nel settore; in secondo luogo, alla “resistenza” da parte degli operatori alla regolazione di mercati, come quelli in esame, contraddistinti da interessi economici rilevanti⁴¹¹; in terzo luogo, all’esercizio di poteri (specie quelli a contenuto

⁴¹⁰ L’AEEGSI è operativa dal 23 aprile 1997, data della pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale del regolamento di organizzazione e funzionamento.

⁴¹¹ V. M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, cit., 265-266.

normativo)⁴¹² che sono stati molto spesso considerati esorbitanti rispetto ai compiti istituzionali affidati dalla legge all’Autorità: quest’ultimo è forse l’aspetto che più interessa in questa sede, atteso che l’Autorità può legittimamente condurre la propria azione regolatoria entro una “cornice” legislativa dai confini sostanzialmente indefiniti, ove è «fisiologico»⁴¹³ che si siano annidati (e tuttora si annidino) numerosi poteri normativi e provvedimentali innominati.

La legge istitutiva dell’Autorità per l’energia elettrica, il gas e il sistema idrico (l. 14 novembre 1995, n. 481) costituisce uno degli esempi paradigmatici dell’assoluta indeterminatezza delle norme attributive dei poteri in capo alle *Authorities*: esse sono caratterizzate da una forte ambivalenza e compromissorietà; le finalità istituzionali cui è preordinata l’azione dell’Autorità (molteplici e spesso potenzialmente configgenti) non sono individuate in modo preciso⁴¹⁴; gli strumenti di intervento non sono disciplinati in maniera organica; non sono, inoltre, indicati i criteri tecnici da applicare⁴¹⁵. Tutti questi fattori hanno contribuito a rendere assai difficile per l’Autorità la

⁴¹² I poteri normativi affidati all’AEEGSI possono riassumersi in tre macrocategorie (D. DE GRAZIA, *La regolazione dei servizi di pubblica utilità e l’attività “normativa”*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, 2004, 94 ss.): poteri di proposta ed impulso indirizzati ad altri organi di produzione normativa (Parlamento e Governo) aventi ad oggetto la definizione dell’assetto delle attività economiche relative all’energia (art. 2, c. 12, lett. a), b), i), l. 481/1995), poteri di organizzazione interna (art. 2, c. 28, l. 481/1995) e poteri di *rule making* a rilevanza esterna dei mercati energetici. Sono questi ultimi a suscitare i maggiori problemi, dal momento che consentono all’Autorità di adottare atti normativi o atti amministrativi generali capaci di incidere in maniera rilevante sul comportamento degli operatori dei mercati regolati (sia di quelli già presenti nei vari segmenti della filiera, sia dei potenziali entranti o concorrenti), disciplinandone le relazioni reciproche e i rapporti con gli utenti.

⁴¹³ L’espressione è di G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 709.

⁴¹⁴ L’art. 1, l. 481/1995 (rubricato «Finalità»), al c. 1, prevede che: «(l)e disposizioni della presente legge hanno la finalità di garantire la promozione della concorrenza e dell’efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, di seguito denominati “servizi” nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e di redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull’intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori, tenuto conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo. Il sistema tariffario deve altresì armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse».

⁴¹⁵ G. P. CIRILLO, R. CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, XLI, 1988, 407.

definizione precisa dei propri compiti e l'individuazione dei limiti frapposti alla missione istituzionale affidatale dalla legge⁴¹⁶.

Non è un caso che proprio sullo «statuto del potere regolatorio» e, dunque, sul suo fondamento, sulla sua natura e sui suoi limiti che si è concentrata l'attenzione della giurisprudenza amministrativa⁴¹⁷. Come la dottrina, anche i giudici hanno inizialmente adottato due approcci totalmente differenti in ordine alla portata precettiva del principio di legalità con specifico riferimento all'applicazione della teoria dei poteri impliciti nei settori di competenza dell'AEEGSI. Basti, in proposito, consultare il contenzioso formatosi sugli atti dell'Autorità negli anni successivi alla sua istituzione⁴¹⁸ per accorgersi della radicale contrapposizione tra la tesi accolta dal Tribunale Amministrativo della Lombardia e quella, invece, fatta propria dal Consiglio di Stato⁴¹⁹.

Le prime sentenze che affrontano la questione della configurabilità in capo all'AEEGSI di poteri impliciti propendono per un'interpretazione rigorosa del principio di legalità⁴²⁰.

⁴¹⁶ Non si può sottovalutare, peraltro, che gli atti di regolazione condizionino molteplici scelte imprenditoriali degli operatori del settore: ad esempio, l'ingresso o meno in uno o più segmenti del mercato; l'investimento nella manutenzione o nella realizzazione delle infrastrutture di trasporto dell'energia; la predisposizione di un particolare assetto societario; la fissazione di certi livelli di prezzo; l'erogazione del servizio nel rispetto di certe condizioni contrattuali o di specifici "standard" di qualità: sul punto, cfr. G. P. CIRILLO, R. CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*, cit., 374.

⁴¹⁷ M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, cit., 266.

⁴¹⁸ Per un più ampio approfondimento della giurisprudenza relativa agli atti dell'AEEGSI, v. F. FRACCHIA, *Giudice amministrativo ed energia: il sindacato del Tar Lombardia sugli atti dell'Autorità per l'energia e il gas*, in *Dir. econ.*, 2007, 631-656; A. TRAVI, *Autorità per l'energia elettrica e giudice amministrativo*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, 73-86; M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, cit., 265 ss.; V. PARISIO, *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti, con particolare riguardo all'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *AIDA, Opera prima de Derecho Administrativo*, 2010, 7, Enero-Junio 2010, 283 ss.

⁴¹⁹ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Gli interventi diretti a limitare il potere di mercato degli operatori e il problema dei poteri impliciti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, cit., 165-166.

⁴²⁰ Cfr. Tar Lombardia, sez. II, 4 aprile 2002, n. 1331, cit.: la vicenda è sorta dopo l'emanazione di due decreti ministeriali con i quali era stata disposta la cessione al mercato libero di 500 MW di energia prodotta con centrali alimentate da fonti rinnovabili o ad alto rendimento. Il compito di collocare sul mercato un tale quantitativo di energia era stato affidato al GRTN, sulla base di una serie di regole predisposte dall'Autorità; tra queste, vi era una previsione che introduceva alcuni limiti massimi di assegnazione delle quote di energia per ogni singolo operatore, nel caso in cui le richieste pervenute al GRTN fossero risultate superiori alle disponibilità. Si trattava di una sorta di tetto *antitrust* finalizzato ad evitare, per espressa ammissione dell'Autorità, la formazione di posizioni dominanti all'interno del mercato energetico. Il Tar Lombardia, investito della questione circa la titolarità di un siffatto potere limitativo in capo all'AEEGSI, ha

Il giudice amministrativo fa leva sulla collocazione istituzionale del principio e, in particolare, sull'art. 97 Cost., che impedirebbe di riconoscere alle *Authorities* poteri privi di un fondamento legislativo che siano desunti solo per il tramite di obiettivi genericamente individuati dalla normativa primaria.

La peculiare natura delle norme attributive dei poteri di regolazione non può, infatti, giustificare un'interpretazione che, pur essendo giocoforza teleologicamente orientata, non tenga conto - specie in materie coperte dalla riserva di legge - della portata garantistica del principio di legalità⁴²¹. Gli obiettivi indicati genericamente dalla norma primaria non possono, dunque, rappresentare, da soli, la base giuridica per l'esercizio legittimo di un potere limitativo della sfera giuridica dei soggetti regolati. Diversamente, la conseguenza logica dell'adesione a una tesi siffatta sarebbe quella di rendere implicitamente legittimo qualsiasi intervento ritenuto soggettivamente opportuno per la migliore gestione del compito istituzionale assegnato: in pratica, una riserva incontrollata di "competenza" (normativa e amministrativa)

annullato gli atti impugnati, atteso che prevedevano, in assenza di un'esplicita e puntuale disposizione legislativa, alcuni vincoli operativi contrari alla libertà di iniziativa economica privata. Cfr. Tar Lombardia, sez. II, 29 giugno 2001, n. 4658, in *Trib. amm. reg.*, I, 2790, che ha annullato la del. dell'AEEGSI n. 236 del 28 dicembre 2000, nella parte in cui obbligava il distributore ad inviare personale da esso incaricato in seguito a chiamata per pronto intervento relativa a segnalazione di dispersione di gas sugli impianti di proprietà o gestiti dal cliente finale a valle del punto di consegna. Secondo il giudice amministrativo, siccome l'art. 16, c. 5 del d.lgs. 164/2000 poneva a carico del distributore solamente specifici e determinati obblighi, l'Autorità - in assenza di una apposita previsione legislativa - non avrebbe potuto legittimamente introdurre diversi ed ulteriori. Cfr. Tar Lombardia, sez. IV, 16 novembre 2004, n. 6392 in *Foro amm. TAR*, 2004, 12, 3633, che ha annullato la delibera n. 152 del 12 dicembre 2003, con la quale l'AEEGSI aveva imposto una garanzia assicurativa per gli infortuni derivanti dall'uso del gas fornito da un impianto di distribuzione a tutti gli utenti finali civili, affidando la stipula e la gestione del relativo contratto al Comitato Italiano Gas e stabilendo che i costi derivanti dalla copertura assicurativa fossero coperti dalla componente addizionale della tariffa di distribuzione. Secondo il Tar, la scelta effettuata dall'Autorità non aveva copertura legislativa, in quanto l'art. 16, c. 5 del d.lgs. 164/2000 prevedeva l'interruzione o la sospensione della fornitura di gas nel caso di accertamenti non positivi sul piano della sicurezza, senza imporre, però, quale condizione per la fornitura stessa, la stipula di un contratto assicurativo per i rischi connessi all'uso del gas.

⁴²¹ Cfr. Tar Lombardia, sez. II, 4 aprile 2002, n. 1331, cit., ove si è affermato che il principio di legalità «impedisce (...) di accedere all'idea di una sorta di "poteri impliciti" afferenti alle istituzioni nazionali e derivante direttamente dagli obiettivi, fissati dalla direttiva comunitaria, di apertura del mercato dell'energia elettrica che la direttiva stessa si propone di raggiungere, considerato ulteriormente che di un potere siffatto, per quanto a conoscenza del Collegio, non vi è sino ad ora, ancora, traccia nel nostro ordinamento ed a parte ogni considerazione relativa al fatto che tale costruzione dogmatica si attaglia alla sfera di azione di organismi che per loro natura o per la indeterminatezza ontologica delle loro competenze, non può essere agevolmente e aprioristicamente individuata da un atto di rango superiore. Così non è per l'Autorità».

affidata a un “legislatore” parallelo, ma senza le garanzie costituzionali che presiedono l’esercizio della funzione amministrativa.

Ciò, evidentemente, contrasterebbe - come ha precisato la dottrina - sia con le esigenze di democraticità insite nel principio di legalità, sia con quelle di un’adeguata protezione dell’autonomia privata, specie quando sono in gioco libertà costituzionalmente tutelate⁴²².

La stretta interpretazione del principio di legalità implica, quindi, che ogni potere amministrativo – anche se a contenuto normativo – che sia tale da incidere – direttamente o indirettamente - sulla libertà d’impresa debba trovare il proprio fondamento in una previa, espressa e specifica norma di rango primario, l’unica, tra le fonti del diritto, a poter legittimamente attribuire un potere limitativo delle facoltà riconosciute ai privati⁴²³. Ecco, dunque, riaffacciarsi in tutta la sua evidenza la matrice della “legalità-garanzia”, la quale esclude deroghe in presenza di un’attività amministrativa di carattere sostanzialmente autoritativo⁴²⁴. Il «ruolo centrale di garanzia» del principio di legalità viene, in definitiva, riconosciuto anche in un contesto - quale è quello delle Autorità indipendenti – in cui viene generalmente “relegato” «(...) ad una funzione ancillare di mero spettatore inerte di dinamiche istituzionali ispirate ad altri valori»⁴²⁵. Secondo l’orientamento che si è sin qui brevemente illustrato, le ragioni di garanzia dei privati nei confronti di poteri autoritativi privi di base legale prevarrebbero sulle ragioni di funzionalità ed efficienza dell’azione amministrativa.

L’interpretazione rigorosa della portata precettiva del principio di legalità è stata contrastata dal Consiglio di Stato, che in numerose sentenze ha riformato le decisioni del giudice di primo grado attribuendo la prevalenza delle ragioni di

⁴²² N. BASSI, *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell’azione amministrativa fra regole costituzionali e normativa comunitaria*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 1906 ss.; F. FRACCHIA, *Il diritto dell’economia alla ricerca di un suo spazio nell’era della globalizzazione*, cit., 23.

⁴²³ Tar Lombardia, sez. II, 4 aprile 2002, n. 1331, cit.

⁴²⁴ Ciò è stato ribadito anche da V. MILANI, *Principio di legalità e poteri dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 35 ss.

⁴²⁵ N. BASSI, *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell’azione amministrativa fra regole costituzionali e normativa comunitaria*, cit., 1902.

funzionalità dell'azione amministrativa rispetto a quelle di garanzia sulla base di un'interpretazione flessibile del principio di legalità⁴²⁶.

La legge istitutiva dell'AEEGSI, come molte leggi istitutive di Autorità indipendenti, è considerata dal Consiglio di Stato «una legge d'indirizzo che poggia su prognosi incerte, rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti indeterminati che spetta all'Autorità concretizzare». L'indeterminatezza della “copertura” legislativa sarebbe adeguata alla peculiarità dei poteri dell'Autorità indipendente quale amministrazione che si “autoprogramma” secondo le finalità stabilite dal legislatore: «non può allora lamentarsi alcuna carenza di prescrittività del dettato normativo, che, stabiliti i poteri e le finalità dell'Autorità, secondo la tecnica del “programma legislativo aperto”, rinvia, al procedimento ed alle garanzie di partecipazione per far emergere la regola, che dopo l'intervento degli interessati, appaia, tecnicamente, la più idonea a regolare la fattispecie. La l. n. 481 del 1995 pur avendo natura programmatica e costruendo funzionalmente le attribuzioni dei poteri dell'autorità, non abbisogna di successive leggi attuative che specificano i limiti d'azione dell'amministrazione indipendente»⁴²⁷.

Il supremo organo di giurisdizione amministrativa non si limita ad escludere che la fonte di rango primario possa disciplinare specificamente ogni singolo potere di competenza dell'Autorità. Anzi, sembra che la stessa legge

⁴²⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2002, n. 2987, in *Cons. Stato*, 2002, I, 1229, in riforma di Tar Lombardia, sez. II, 29 giugno 2001, n. 4658, cit., sulla possibilità di impartire direttive vincolanti da parte dell'Autorità in materia di sicurezza degli impianti. Secondo il Consiglio di Stato, tutta la disciplina degli interventi di emergenza (tra cui vi rientra anche il servizio di pronto intervento oggetto del provvedimento impugnato) costituisce un *unicum* che trova la sua fonte diretta nel generale potere dell'Autorità di dettare prescrizioni atte a garantire la sicurezza degli impianti, garanzia che non può soffrire limitazioni in ragione del discrimine rappresentato dal punto di consegna, attese le interrelazioni che qualunque dispersione di gas, ovunque si verifichi, può avere con tutto il sistema di distribuzione, a monte o a valle del misuratore; Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827, in *Cons. Stato*, 2005, I, 1821, in riforma di Tar Lombardia, sez. IV, 16 novembre 2004, n. 6392, cit., sulla legittimità della delibera 152/03 che ha imposto a tutti gli utenti finali civili l'obbligo di copertura assicurativa per gli infortuni derivanti dall'uso del gas. Il Consiglio di Stato ha valutato legittima la delibera annullata dal giudice di primo grado, sul presupposto che rientrasse nei compiti istituzionali dell'AEEGSI la garanzia delle finalità di sicurezza a tutela degli utenti e dei consumatori.

⁴²⁷ Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827, cit.

rappresenti (quasi) un ostacolo per la piena realizzazione dei compiti assegnati all'AEEGSI e, più in generale, alle Autorità indipendenti⁴²⁸.

Ammessa la sussistenza del fondamento costituzionale delle Autorità, il Consiglio di Stato non si preoccupa, dunque, di circoscriverne l'attività a fini di garanzia, salvo che per il mero richiamo al procedimento amministrativo quale luogo di "costruzione" delle regole del gioco attraverso il "dialogo" con i soggetti interessati: per rievocare un'espressione utilizzata dalla dottrina e già in precedenza ricordata (cap. III, par. 5), in questi casi parrebbe dunque configurarsi una vera e propria «delega in bianco»⁴²⁹ del potere, in cui la "neutralità" che dovrebbe contraddistinguere le misure dell'Autorità sembra far spazio a un'insindacabile auto-programmazione delle funzioni, che, sotto le vesti di un apparente tecnicismo, tanto assomiglia alla definizione di un indirizzo politico - quello sì non neutrale - nei settori di propria competenza.

Alla luce di ciò, le esigenze di funzionalità ed efficienza sottese all'azione di tali organismi non possono che presupporre una concezione "debole" del principio di legalità, secondo la quale sarebbe sufficiente, per l'esercizio legittimo del potere, la formale base legale, senza alcuna precisazione del tipo di potere che può essere esercitato nel caso concreto, della sua "latitudine" e, quindi, del contenuto che può singolarmente assumere il provvedimento adottato. Basterebbe, infatti, una disposizione a carattere generale, anche se formulata in senso finalistico, per fondare il potere concretamente esercitato dalla singola Autorità.

Al contrario del giudice amministrativo di primo grado (che, fin dalle sue prime pronunce sull'estensione dei poteri dell'AEEGSI, ha sempre enfatizzato la portata precettiva del principio di legalità), il Consiglio di Stato sembra, quindi, reputare sufficiente, per la tenuta del sistema, la "misura minima" del principio, ossia lo schema della "legalità-indirizzo", valevole per l'attività

⁴²⁸ Cfr. S. SANTOLI, *Principio di legalità e potestà regolamentare delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2003, 1786 ss. Ed invero, per soddisfare compiutamente le esigenze di funzionalità ed efficienza dell'azione amministrativa sarebbe necessario – secondo siffatta impostazione - che l'Autorità, nella realizzazione dei compiti che le sono stati affidati, si muova liberamente nello spazio indeterminato individuato dalla norma attributiva, in modo da poter adattare al meglio la propria azione alle peculiarità del caso concreto.

⁴²⁹ P. CARETTI, *Introduzione*, cit., 15.

amministrativa di diritto privato: impressa dalla legge la finalità, tutti i “mezzi” funzionali alla sua realizzazione (e non vietati dall’ordinamento) sono permessi.

A tacere delle considerazioni che verranno espresse in ordine ai poteri impliciti provvedimentali dell’Autorità che incidono direttamente e singolarmente sulle libertà costituzionalmente protette (v. parr. 1.1 e 1.2), l’accezione “debole” del principio di legalità sopra descritta non pare sufficiente a decretare la compatibilità costituzionale dei poteri impliciti normativi, in assenza di un controllo “a valle” sul loro esercizio. L’auto-attribuzione da parte delle Autorità indipendenti (e segnatamente dell’AEEGSI) di poteri normativi reputati soggettivamente idonei e funzionali al raggiungimento delle finalità indicate dal legislatore corre il serio rischio di comportare minori garanzie a carico dei soggetti destinatari dell’azione dell’Autorità, specialmente nel caso in cui detta azione sia volta alla fissazione di pur generici vincoli comportamentali in capo agli operatori del settore. La “programmazione” dei mezzi attraverso cui realizzare le finalità indicate dal legislatore non dovrebbe essere rimessa al libero arbitrio dell’organo amministrativo (ancorché si tratti di un’Autorità indipendente), bensì dovrebbe trovare la propria naturale origine nell’organo rappresentativo della sovranità popolare, l’unico deputato alla composizione dei vari interessi in gioco e, quindi, l’unico legittimato ad introdurre misure limitative delle sfere giuridiche dei privati.

D’altro canto, il Consiglio di Stato sembra talvolta avvertire tale esigenza, laddove ha, non timidamente, affermato che i principi della riserva di legge e di legalità «non ricevono deroga» con riguardo alle Autorità indipendenti e che non è possibile ammettere in relazione all’operato di tali soggetti «una sorta di ‘declinazione debole’ del principio di legalità (...), atteso che il principio in questione opera nel settore che qui rileva in modo non dissimile rispetto a numerosi altri settori dell’ordinamento»⁴³⁰. Ancorché «la tipologia ed il contenuto dell’atto di regolazione può non richiedere un immediato e diretto

⁴³⁰ Così, in particolare, Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4874, in *Foro amm.*, 10, 2014, 2565.

referente normativo», lo stesso atto deve però essere espressione «di un potere effettivamente assegnato all’Autorità»⁴³¹.

Ciò significa che, in difetto della norma attributiva del potere regolatorio concretamente esercitato (specie se di carattere normativo), la stessa deve poter essere chiaramente desunta dal contesto normativo considerato, circostanza che si verifica soltanto quando l’attribuzione della competenza materiale di garantire il miglior funzionamento del settore implichi necessariamente l’attribuzione di un potere normativo⁴³².

A prescindere dalla difficoltà di individuare le condizioni in presenza delle quali un atto normativo dell’Autorità possa considerarsi necessario alla realizzazione delle finalità legislativamente assegnate (valutazione che giocoforza è rimessa alla discrezionalità dell’Autorità stessa, sindacabile eventualmente solo dal giudice amministrativo mediante un controllo sulla ragionevolezza e proporzionalità della scelta effettuata), le esigenze di funzionalità, almeno nei settori di competenza dell’AEEGSI, difficilmente vengono sacrificate sull’altare delle garanzie: ed invero, le continue “torsioni” alle quali la legalità è soggetta sono giustificate in ragione della tecnicità del settore, che impone «di assegnare alle Autorità il compito di prevedere e adeguare costantemente il contenuto delle regole tecniche all’evoluzione del sistema» e di rifuggire, dunque, da una rigida predeterminazione legislativa, la quale sarebbe di ostacolo al perseguimento degli scopi assegnati: «da qui la conformità a Costituzione, in relazione agli atti regolatori (...), della sola predeterminazione legale (purché caratterizzata da adeguati livelli di certezza) degli obiettivi propri dell’attività di regolazione e dei limiti dell’esercizio in concreto di tale attività»⁴³³. In altre parole, i poteri impliciti sono ammissibili purché rientranti nell’ambito “abilitativo” coperto dalle finalità legislativamente

⁴³¹ Cons. Stato, sez. VI, 17 gennaio 2006, n. 3501, in *Foro amm. CDS*, 2006, 1884; Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2007, n. 2244, in *Foro amm. Cons. Stato*, 2007, 1558.

⁴³² Così D. SIMEOLI, voce «Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)», cit., 143. V., ad esempio, Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4874, cit. (in part., il punto 5.2 della motivazione in diritto), ove si è ritenuto, attraverso una lettura sistematica delle norme rilevanti in materia, che l’Autorità avesse legittimamente esercitato la propria attività di regolazione in tema di erogazione del pubblico servizio di dispacciamento dell’energia elettrica nell’ambito delle reti non interconnesse con la rete di trasmissione nazionale.

⁴³³ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, cit.; sez. VI, 1 ottobre 2014, n. 4874, cit. V., altresì, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521, cit.

attribuite (fatti salvi quelli a effetto ablatorio o quelli che intervengono sull'autonomia contrattuale, su cui v. parr. 1.1 e 1.2)⁴³⁴.

Il rimedio principale alla carenza di prescrittività *ex ante* del dettato legislativo (che possa, quindi, porsi come “limite” all'esercizio dell'attività regolatoria) sul quale la giurisprudenza pare, fin dalle sue prime pronunce, confidare con profonda convinzione consiste nell'implementazione della «legalità procedurale»⁴³⁵: «la dequotazione del principio di legalità sostanziale – giustificata (...) dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori – impone (...) il rafforzamento del principio di legalità procedimentale che si sostanzia, tra l'altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari»⁴³⁶.

La consultazione pubblica degli operatori interessati nell'ambito del procedimento di formazione degli atti normativi dell'Autorità è considerata essenziale dalla giurisprudenza, tanto che la disposizione che prevede le ipotesi derogatorie a tale procedura⁴³⁷ «(deve) essere interpretata in modo del tutto restrittivo (ed intesa quale previsione eccezionale prima ancora che *lato sensu* derogatoria). Ciò, al fine di evitare che la mera affermazione relativa all'esistenza di generiche ragioni di “*straordinaria urgenza*” possa legittimare l'Autorità di settore a svincolare sé medesima dal necessario (e tendenzialmente indefettibile) presidio di legalità in senso procedimentale rappresentato dal previo esperimento della consultazione pubblica. Ed infatti, laddove si ammettesse che la sussistenza delle richiamate ragioni possa essere invocata in modo - per così dire - ampio ed elastico, ne conseguirebbe un'ulteriore e indebita (in quanto tendenzialmente autoprodotta) estensione della deroga al generale principio secondo cui l'esercizio dell'attività di regolazione deve essere ricondotto in modo diretto o indiretto a un circuito di legittimazione

⁴³⁴ Ciò è detto in chiare lettere da Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, cit.

⁴³⁵ V. cap. III, par. 6.

⁴³⁶ Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521, cit.

⁴³⁷ Art. 4.4 della del. AEEGSI n. 46 del 2009: «Non si procede alla consultazione quando essa è incompatibile con esigenze di straordinaria urgenza, emergenza o segretezza».

democratica (ovvero, in carenza - e in via eccezionale -, accompagnato da pregnanti e indefettibili garanzie di carattere partecipativo)»⁴³⁸.

La «legalità procedimentale» mostra, dunque, il suo vero “volto”, che non è tanto teso a far fronte a istanze di tipo garantistico (compito, invece, assolto nell’attività normativa del legislatore ordinario dalla riserva di legge), quanto, piuttosto, quello di “ripristinare” dal basso la democraticità dei processi decisionali pubblici dell’Autorità attraverso un “dialogo” procedimentale con i soggetti interessati, al fine di rendere conformi con l’ordinamento le proprie scelte normative. L’obiettivo è, ancora una volta, quello di giustificare sul piano ordinamentale la legittimazione costituzionale dei poteri dell’Autorità indipendente.

In definitiva, pare potersi ricavare dall’esame della giurisprudenza formatasi sugli atti regolatori dell’AEEGSI una concezione della legalità amministrativa tutta incentrata sul recupero della valenza democratica del principio, nel senso più tradizionale del termine. Parimenti, non può, però, negarsi, sotto il diverso profilo delle garanzie, la meritoria opera di definizione del potere regolatorio dell’Autorità che il giudice amministrativo ha contribuito a forgiare mediante il sindacato di ragionevolezza e proporzionalità e, talvolta, attraverso il richiamo al principio di legalità; ciò appare particolarmente evidente nei casi in cui l’azione dell’AEEGSI si è tradotta in determinazioni, pur riconducibili talora allo schema formale dell’atto normativo, direttamente limitative dei diritti dei terzi, a cui saranno dedicati i prossimi due paragrafi.

1.1. Un (primo) limite invalicabile: le misure a effetto ablatorio o sanzionatorio.

In precedenza (cap. III, par. 6) si era accennato al fatto che le misure a effetto sostanzialmente ablatorio o sanzionatorio delle situazioni giuridiche soggettive (quand’anche formalmente introdotte con atti regolamentari), non fossero ammissibili nell’ordinamento, se non espressamente “autorizzate” dalla fonte di rango primario.

⁴³⁸ Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532, cit.

Sul punto, la giurisprudenza (e non solo quella di prime cure) pare condivisibilmente allineata alla dottrina⁴³⁹.

È doveroso, tuttavia, precisare come il Consiglio di Stato non abbia smentito il proprio consolidato orientamento circa la portata “flessibile” del principio di legalità nei settori di competenza dell’AEEGSI⁴⁴⁰; anzi, in talune decisioni concernenti, ad esempio, il mercato dell’energia elettrica, non si è mancato di ribadire la titolarità in capo all’Autorità di generici (e non meglio identificati) poteri di regolazione pro-competitiva in tutte le fasi della produzione e della distribuzione dell’energia elettrica, in forza delle clausole generali contenute nella legge n. 481/1995,⁴⁴¹.

In ogni caso, è stato, però, sottolineato che l’eventuale potere sanzionatorio a cui l’Autorità avesse dovuto ricorrere in caso di violazione delle

⁴³⁹ Cfr. Tar Lombardia, sez. IV, 20 giugno 2005, n. 1846, in *Foro amm. TAR*, 2005, 6, 1843, che ha annullato una delibera con la quale l’AEEGSI, dopo aver predisposto un meccanismo di controllo e monitoraggio del mercato (potere legittimo alla luce della normativa esistente), aveva esercitato un potere sanzionatorio che non era previsto da alcuna norma di legge, né poteva essere desunto dal generale potere di direttiva di cui era investita l’Autorità. Dello stesso avviso è stato il Consiglio di Stato adito in sede di appello: Cons. Stato, sez. VI, 17 gennaio 2006, n. 3501, cit. Cfr. Tar Lombardia, sez. IV, 6 febbraio 2006, n. 246, in *Foro amm TAR*, 2006, 466 (con note di A. CACCIARI, *In tema di limiti al potere attribuito all’Autorità per l’energia elettrica e gas e in particolare in tema di esclusione di un potere di imposta agli operatori di mercato di obblighi derogatori rispetto al principio di autonomia negoziale*, in *Foro amm TAR*, 2006, 473 ss. e K. MARCANTONIO, *Principio di legalità e concorrenza nel settore energetico: verso la convergenza regolatoria?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1117 ss.) che ha annullato una delibera con la quale l’AEEGSI aveva dettato alcune misure per la promozione della concorrenza nel mercato all’ingrosso dell’energia elettrica. Tali disposizioni erano state ritenute lesive poiché emanate in assenza di uno specifico potere di limitare - attraverso l’imposizione di obblighi di *facere* - l’autonomia negoziale degli operatori in relazione alla gestione della propria capacità produttiva, ovvero ai processi di formazione del prezzo sul mercato all’ingrosso dell’energia elettrica. Il Consiglio di Stato, con sentenza della Sez. VI, 10 maggio 2007, n. 2244, cit., ha confermato l’impostazione seguita dal giudice di primo grado. Più di recente, si veda la questione relativa all’estensione del potere di vigilanza dell’AEEGSI sull’osservanza, da parte delle maggiori imprese operanti nel settore dell’energia elettrica, del gas e petrolifero, del divieto di traslazione sui prezzi al consumo della maggiorazione dell’imposta sul reddito delle società (cd. “*Robin Hood Tax*”): in particolare cfr., *ex multis*, Tar Lombardia, Sez. III, 17 giugno 2009, nn. da 4041 a 4053, in www.giustizia-amministrativa.it e Cons. Stato, Sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4388, in *Foro amm. CDS*, 2011, 2531, secondo cui la funzione di vigilanza attribuita all’AEEGSI dal d.l. 112/08, ancorché comportasse l’esercizio dei necessari poteri istruttori, non avrebbe potuto legittimare l’Autorità all’adozione di specifiche misure sanzionatorie o conformative dirette a reprimere o impedire la traslazione di imposta.

⁴⁴⁰ V., in particolare, Cons. Stato, Sez. VI, 29 maggio 2002, n. 2987, cit. e Cons. Stato, Sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5827, cit.

⁴⁴¹ Ciò vale, in particolare, per il potere di direttiva di cui all’art. 2, c. 12, lett. h) della legge istitutiva, che sarebbe idoneo a legittimare prescrizioni regolatorie intese a fissare vincoli comportamentali al fine di imporre condotte virtuose agli operatori (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2006, n. 3501, cit.).

prescrizioni da essa stessa emanate non avrebbe potuto essere implicitamente ricavato dall'ambito logico e giuridico coperto dalla norma attributiva del potere regolatorio pro-concorrenziale, «pur se inteso nella sua latitudine più ampia», in quanto, «per il suo contenuto specifico e singolare», avrebbe oltrepassato i limiti di proporzionalità e ragionevolezza a cui è assoggettato il potere regolatorio⁴⁴². Pertanto, le misure connotate da un sapore schiettamente ablatorio e che comportano «un pesante *vulnus*» alla libertà di impresa, non possono prescindere da una copertura legislativa provvista di un livello sufficiente di tipizzazione. Interessante notare come nella decisione citata il limite ricavato non sia stato - almeno esplicitamente - desunto dal principio di legalità sostanziale, ma dai principi di proporzionalità e ragionevolezza che presiedono all'esercizio della funzione regolatoria, quasi a voler evitare di menzionare un principio (quello di legalità) che non sembra rivelarsi adeguato a “contenere” entro certi limiti predeterminati il potere dell'Autorità.

A tacere di queste ultime considerazioni, il supremo organo della giurisdizione amministrativa - pur non negando la considerevole estensione dei poteri regolamentari di cui è provvista l'AEEGSI (nel cui ambito possono perfino annoverarsi prescrizioni regolatorie intese a fissare vincoli comportamentali al fine di imporre condotte virtuose agli operatori⁴⁴³) - sembra, tuttavia, circoscrivere quella che appariva una competenza illimitata dell'Autorità ad intervenire in ogni ambito del settore energetico. Il Consiglio di Stato sottolinea, infatti, come non sia possibile desumere implicitamente dalla potestà regolatoria espressamente attribuita dalla legge all'AEEGSI un diverso ed ulteriore potere che incida sfavorevolmente ed in misura significativa su libertà costituzionalmente garantite come la libertà di impresa di cui all'art. 41 Cost⁴⁴⁴.

⁴⁴² Cons. Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2006, n. 3501, cit.

⁴⁴³ Cons. Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2006, n. 3501, cit.

⁴⁴⁴ Cfr. F. FRACCHIA, *Il diritto dell'economia alla ricerca di un suo spazio nell'era della globalizzazione*, cit., 24, secondo il quale l'accezione “debole” del principio di legalità non può operare laddove il potere incida su libertà fondamentali (es. libertà di iniziativa privata e di accesso al mercato), le quali, vivendo prima e sussistendo indipendentemente dalla considerazione dello specifico mercato di riferimento, si collocano all'esterno del perimetro del potere.

Risulta necessario, a tal fine, individuare all'interno dell'ordinamento giuridico una «norma primaria o superprimaria» che disciplini con criteri sufficientemente dettagliati l'assoggettamento degli operatori, per tramite dell'azione dell'AEEGSI, a obblighi comportamentali di carattere ablatorio o sanzionatorio⁴⁴⁵. Non si può prescindere dallo schermo minimale che la norma attributiva del potere può offrire, in termini di garanzia di non discriminazione e di non arbitrarietà, a tutti quegli atti con cui l'Autorità non esercita una funzione normativa ponendo prescrizioni generali e astratte, ma incide direttamente, limitandole, su situazioni giuridiche soggettive dei privati. In definitiva, viene scartata *expressis verbis* la concezione “debole” del principio di legalità, «ove si versi a fronte di determinazioni provvedimenti di contenuto ablatorio delle situazioni soggettive dei destinatari»⁴⁴⁶.

Alla luce dei diversi orientamenti giurisprudenziali che si sono sin qui sommariamente illustrati, parrebbe, quindi, intravedersi un (pressoché) sicuro argine all'esercizio dei poteri di regolazione dell'Autorità nei mercati energetici. A tal fine, non appare peregrino il richiamo a quella parte della dottrina che già in tempi non sospetti aveva tentato di fornire gli elementi attraverso cui tracciare i confini dall'ambito “abilitativo” della norma attributiva del potere, al fine di escludere l'ammissibilità di tutte quelle potestà (autoritative) innominate collocate al di fuori di tali confini⁴⁴⁷.

Invero, proprio alla luce di quegli elementi (il grado di incisione del provvedimento sulla sfera giuridica soggettiva del suo destinatario; la sua portata precettiva e l'interesse pubblico connaturato alla norma attributiva del potere espresso) si sarebbe già potuto escludere - con un elevato margine di certezza - l'implicita riconducibilità, nel generale e ampio potere di regolazione pro-competitiva affidato all'AEEGSI, di poteri dagli effetti sostanzialmente ablatori o sanzionatori. Nei casi esaminati dalla giurisprudenza, la concezione “rigorosa” del principio di legalità era, peraltro, corroborata dalla presenza delle riserve di legge *ex artt.* 23, 41, 42, Cost., senza contare che, in ogni caso, i

⁴⁴⁵ Tar Lombardia, Sez. IV, 6 febbraio 2006, n. 246, cit.

⁴⁴⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2007, n. 2244, cit.

⁴⁴⁷ Ci si riferisce naturalmente a N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 388 ss.: v. cap. III, par. 3. La tesi di Bassi è stata, di recente, valorizzata da D. SIMEOLI, voce «Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)», cit., 136.

provvedimenti amministrativi limitativi delle situazioni giuridiche soggettive di terzi non avrebbero potuto prescindere dall'accezione più rigorosa del principio di legalità, in funzione della sua valenza spiccatamente garantistica⁴⁴⁸.

Quando, invece, non si sia al cospetto di poteri sostanzialmente provvedimentali impositivi di obblighi puntuali e concreti, ma di poteri regolamentari estrinsecantesi in norme generali ed astratte (come il potere di direttiva *ex art. 2, c. 12, lett. h*) della l. 481/1995, in cui vengono individuati compiti ed obiettivi di massima, rivolti a una platea indeterminata di soggetti), non è esclusa – salvi gli opportuni limiti (e non solo quelli di natura procedimentale), su cui si tornerà in chiave critica nelle conclusioni della presente ricerca - una concezione meno rigorosa del principio di legalità e, di conseguenza, l'ammissibilità di un'interpretazione "elastica" delle funzioni assegnate all'AEEGSI, atteso che, in questi casi, il potere che si andrebbe ad esercitare non sarebbe - almeno apparentemente - direttamente e puntualmente lesivo delle posizioni giuridiche dei soggetti ai quali è rivolto⁴⁴⁹.

1.2 Un secondo limite: la "regolazione" quale fonte eteronoma del contratto.

La "legalità-garanzia" non assume rilievo solamente con riferimento ai poteri impliciti di carattere ablatorio o sanzionatorio. Vi sono, invero, differenti e ulteriori casi in cui la regolazione dell'Autorità non si è limitata alla mera conformazione *ab externo* dei mercati ove si esplica la sua "giurisdizione".

Si vuole qui fare riferimento a quelle particolari fattispecie in cui il potere regolatorio, in assenza di una specifica "autorizzazione" legislativa, abbia inciso (in misura forse meno evidente delle determinazioni ablatorie, ma non per questo poco rilevante) su manifestazioni strumentali all'esercizio di libertà costituzionalmente protette (quale è, per quanto qui maggiormente interessa, la libertà contrattuale), le quali, tuttavia, non possono non essere assistite dalle

⁴⁴⁸ Già M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 81-83.

⁴⁴⁹ Negli stessi termini, v. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, 731 ss.

medesime garanzie costituzionali previste per queste ultime: tra cui, *in primis*, quella della riserva di legge (artt. 41, c. 3 e 42, c. 2, Cost.).

È stato ravvisato un plurimo fondamento finalistico alla «amministrativizzazione» del contratto⁴⁵⁰: in primo luogo, la tendenziale volontà del regolatore di ristabilire *ex post* un equilibrio contrattuale deficitario *ex ante*, alla luce della natura “forte” di uno dei due contraenti e della carenza di rimedi civilistici adeguati che il contraente “debole” può attivare; in secondo luogo, viene talora in rilievo un intento volto a stimolare le dinamiche del mercato concorrenziale, attraverso l’apposizione di vincoli contrattuali sul lato dell’offerta; in terzo luogo, vengono spesso utilizzati dispositivi regolatori sostitutivi della libera negoziazione delle parti, in vista di finalità non compensative, bensì redistributive: interventi regolatori non giustificati, quindi, da ragioni eminentemente tecniche, ma che paiono nascondono decisioni latamente politiche.

L’eterointegrazione del contratto ad opera di una fonte sublegislativa (quale è - indipendentemente dalla sua qualificazione giuridica - un atto normativo di un’Autorità indipendente) esterna e indipendente dalla volontà delle parti contraenti si pone evidentemente in tensione con la tutela costituzionale apprestata – pur in via mediata - alla libertà contrattuale (artt. 41, c. 3 e 42, c. 2, Cost): ed invero, «anche quando l’intervento pubblico è teso a tutelare l’autonomia privata (non avverso le manifestazioni ablatorie del potere, bensì) nella sua stessa capacità di “esplicazione”, non pare che il vincolo garantistico contrassegnato dal principio di legalità possa essere facilmente disattivato»⁴⁵¹.

Pertanto, alla stessa stregua dei poteri impliciti ablatori o sanzionatori, anche quelli che incidono *ab externo* sul contratto non possono essere legittimamente desunti dalle finalità legislativamente attribuite all’*Authority*, ma necessitano di una specifica “autorizzazione” legislativa. D’altra parte, l’art.

⁴⁵⁰ Sul tema, v., *amplius*, D. SIMEOLI, voce «Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)», cit., 134 ss.

⁴⁵¹ Così D. SIMEOLI, voce «Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)», cit., 135, il quale critica la tesi espressa da Merusi circa il differente significato che assumerebbe il principio di legalità nel contesto della regolazione rispetto a quello del tradizionale intervento pubblico nell’economia: sul punto, v. cap. III, par. 6.

1372 del Codice Civile nell'attribuire «forza di legge» al vincolo contrattuale esclude che quest'ultimo possa essere modificato in via amministrativa, a meno che tale potere non sia espressamente previsto dalla legge (art. 1374 del Codice Civile), o prefigurato dall'accordo stesso⁴⁵².

Sulla possibilità per l'AEEGSI di intervenire con proprie determinazioni sul regolamento contrattuale così come definito dalle parti contraenti nell'esercizio della loro autonomia privata è, peraltro, intervenuta anche la Corte di Cassazione, facendo leva sul meccanismo civilistico della sostituzione automatica delle clausole difformi (art. 1339 del Codice Civile)⁴⁵³. La Suprema Corte ha enunciato le condizioni in presenza delle quali un simile intervento “sostitutivo” potesse essere ritenuto legittimo: in primo luogo, le eteroregolazione potrebbe operare soltanto per derogare a norme dispositive (e non anche rispetto a disposizioni imperative); in secondo luogo, sarebbe poi necessario che la deroga fosse disposta a favore dell'utente/consumatore⁴⁵⁴; infine, occorrerebbe, ai fini dell'integrazione *ex art.* 1339 del Codice Civile,

⁴⁵² Cfr. Tar Lombardia, sez. III, 14 marzo 2013, n. 683, in *Giorn. dir. amm.*, 2, 2014, 169 ss., con nota di M. IMPINNA, *I poteri di regolazione dell'Aeeg, l'autonomia contrattuale e i poteri impliciti*, che, in ragione di tali argomentazioni, ha ritenuto che nessuna norma di legge attribuisse all'AEEGSI il potere di incidere sull'oggetto e sugli effetti del contratto di fornitura nei termini fissati dal cd. “sistema indennitario” (del. AEEGSI del 30 novembre 2010, n. 219/1). Tale meccanismo aveva lo scopo di prevenire il comportamento opportunistico dei clienti finali che avessero intenzionalmente ommesso, in vista del passaggio ad altro fornitore (cd. “switching”), il pagamento delle ultime bollette, confidando sul fatto che, una volta passati al nuovo fornitore, il precedente operatore non avesse disposto di rimedi efficaci per tutelare il proprio credito. Per questo motivo, l'AEEGSI aveva creato un sistema volto a riconoscere un indennizzo in favore dei venditori “uscenti” danneggiati, a ristoro del pregiudizio derivante dall'impossibilità o dalla scarsa convenienza economica di recuperare dal cliente le somme non pagate.

⁴⁵³ Cfr. Cass., 8 novembre 2012, n. 19333, in *Corr. giur.*, 2013, 603; 13 luglio 2012, n. 11992, in *Guida al diritto*, 37, 2012, 67; 27 giugno 2012, n. 10730, in *Diritto e Giustizia online*, 29 giugno 2012; 28 luglio 2011, n. 16519, in *Foro it.*, I, 2012, 870; 27 luglio 2011, n. 16401, in *Giust. civ.*, 9, I, 2011, 1967.

⁴⁵⁴ La Corte Suprema ha sul punto statuito che: «(i)l potere normativo secondario (...) dell'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. h), si può concretare anche nella previsione di prescrizioni che, attraverso l'integrazione del regolamento di servizio, di cui allo stesso art. 2, comma 37, possono in via riflessa integrare, ai sensi dell'art. 1339 c.c., il contenuto dei rapporti di utenza individuali pendenti anche in senso derogatorio di norme di legge, ma alla duplice condizione che queste ultime siano meramente dispositive e, dunque, derogabili dalle stesse parti, e che la deroga venga comunque fatta dall'Autorità a tutela dell'interesse dell'utente o consumatore, restando, invece, esclusa – salvo che una previsione speciale di legge o di una fonte comunitaria ad efficacia diretta non la consenta – la deroga a norme di legge di contenuto imperativo e la deroga a norme di legge dispositive a sfavore dell'utente o del consumatore».

l'imposizione di un precetto specifico idoneo a integrare una clausola contrattuale dal contenuto determinato.

Come è stato osservato, l'orientamento della Corte di Cassazione non appare convincente sotto un duplice ordine di ragioni. Anzitutto, dalla distinzione tra norme dispositive e norme imperative non pare discendere una diversa portata precettiva del principio di legalità. In secondo luogo, non sembra persuasivo il richiamo alla sola protezione del consumatore per giustificare, in assenza di una specifica norma costituzionale o legislativa che disponga in tal senso, un'intromissione "amministrativa" sull'assetto di interessi determinato dalle parti contraenti⁴⁵⁵.

2. L'inammissibilità in capo all'AGCM di un potere implicito regolamentare per la tutela della concorrenza: il caso degli impegni *antitrust*.

Il problema dell'ammissibilità della teoria dei poteri impliciti si è posto anche con specifico riferimento all'estensione del potere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ("AGCM") di accettazione degli impegni presentati dai soggetti interessati, ai sensi dell'art. 14-*ter* della l. 287/1990⁴⁵⁶.

L'istituto degli impegni *antitrust* (già previsto a livello europeo dall'art. 9 del Regolamento 1/2003/CE⁴⁵⁷) è contemplato dall'art. 14-*ter* della l. 287/1990, introdotto dal d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵ Sul punto, v. D. SIMEOLI, voce «Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)», cit., 137.

⁴⁵⁶ La medesima questione è stata trattata anche da G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, 767 ss. L'istituto degli impegni è previsto anche con riferimento all'AEEGSI (cfr. del. 14 giugno 2012, n. 243/2012/E/com, allegato A) e all'Autorità di regolazione dei trasporti (art. 37, c. 3, lett. f), d.l. 201/2011).

⁴⁵⁷ M. LIBERTINI, *Le decisioni "patteggiate" nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1284.

⁴⁵⁸ La letteratura sugli impegni *antitrust* è molto ampia e ci si limiterà in questa sede ai soli riferimenti bibliografici che hanno trattato specificamente il tema oggetto di indagine: G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 767 ss.; ID, *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi*, in F. CINTIOLI, F. DONATI (a cura di), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Torino, 2008, 1 ss.; F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in *Giur. comm.*, 2008, 129 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Dir. amm.*, 2010, 503 ss.; A. DI NOCE, *Antitrust e regolazione nelle decisioni con impegni in materia di energia*, in *Mercato concorrenza regole*, 2, agosto 2011, 333 ss.

Tale disposizione ha espressamente attribuito all'AGCM il potere di chiudere il procedimento istruttorio avviato per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della l. 287/1990, o degli artt. 101 o 102 del TFUE⁴⁵⁹ con l'accettazione di impegni - presentati dalle imprese interessate entro tre mesi dalla notifica dell'apertura del procedimento - tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria.

Qualora l'Autorità ravvisi «l'idoneità» di tali impegni, può, «nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario», renderli obbligatori per le imprese che li hanno presentati e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione. Se gli impegni resi obbligatori non vengono rispettati, l'Autorità può irrogare una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato dell'impresa interessata. Il procedimento può, inoltre, essere riaperto d'ufficio dall'AGCM in caso di modifica della situazione di fatto rispetto a un elemento su cui si è fondata la decisione; quando le imprese interessate abbiano disatteso gli impegni assunti o, infine, nel caso in cui la decisione sia stata adottata sulla base di informazioni incomplete, inesatte o fuorvianti⁴⁶⁰.

La natura giuridica degli impegni è stata oggetto di interpretazioni divergenti in dottrina, la cui compiuta analisi esula dall'ambito oggetto di indagine⁴⁶¹. Ad ogni modo, la propensione a ricondurre tale istituto alla categoria degli accordi amministrativi *ex art. 11, l. 241/1990* non pare convincente.

Anzitutto, l'adesione a una tesi siffatta, oltre a decretare l'estrema difficoltà per l'impresa onerata ad impugnare gli (eventuali) impegni

⁴⁵⁹ Si tratta, in particolare, delle ipotesi di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante.

⁴⁶⁰ V. art. 14-*ter* della l. 287/1990.

⁴⁶¹ Propendono per la tesi del provvedimento amministrativo unilaterale: F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, cit., 129 ss.; G. LECCISI, *Brevi note in tema di impegni antitrust*, in www.giustamm.it, 13-25; G. MORBIDELLI, *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi*, cit., 1 ss. Diversamente, sono favorevoli alla riconducibilità degli impegni *ex art. 14-ter*, l. 287/1990 agli accordi di cui all'art. 11, l. 241/1990: V. CERULLI IRELLI, "Consenso" e "Autorità" negli atti delle Autorità preposte alla tutela della concorrenza, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010, 325 ss. e, di recente, C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012, 156 ss.

“esorbitanti” resi obbligatori dall’AGCM⁴⁶², implicherebbe l’implicita accettazione, da un lato, di minori garanzie in termini di legalità sostanziale e, dall’altro, di un “allentamento”, anche in termini di sindacato giurisdizionale, del vincolo di proporzionalità tra contenuto degli impegni e (presunto) danno alla concorrenza: ciò non pare ammissibile, soprattutto in ragione del rischio di derive “regolatorie” che potrebbero scaturire da un uso disinvolto dello strumento degli impegni da parte dell’AGCM (su cui, v. *infra*): rischio che l’istituto degli accordi amministrativi non appare idoneo a debellare; esso potrebbe, anzi, assurgere a “schermo” protettivo di misure eventualmente sproporzionate dell’Autorità, legittimate dall’atto di assenso del soggetto interessato.

Militano, poi, plurime ragioni a sostegno della tesi favorevole a ricondurre gli impegni nell’ambito della figura del provvedimento amministrativo unilaterale.

A differenza degli accordi amministrativi (i quali hanno una funzione prevalentemente partecipativa del privato all’esercizio del potere, tanto da configurare una vera e propria fungibilità tra il provvedimento finale e l’accordo), nelle decisioni con impegni la partecipazione del privato non assume un ruolo rilevante, in quanto il potere di accogliere o meno gli stessi è unilaterale, essendo esclusivamente affidato all’AGCM⁴⁶³. In relazione all’art. 14-*ter* non è, inoltre, prevista, contrariamente a quanto disposto dall’art. 11 l. 241/1990, l’adozione di una previa determinazione amministrativa unilaterale; non vi è alcun riferimento all’istituto del recesso e all’eventuale conseguente indennizzo, elementi che invece ricorrono nella fattispecie delineata dall’art. 11. Lo scioglimento della decisione di accoglimento degli impegni non dipende dalla sopravvenienza di motivi di pubblico interesse, ma dal verificarsi di tre ipotesi tipizzate dalla disposizione. Non sembra che alla stessa decisione *ex art. 14-ter* possano applicarsi i principi civilistici sul contratto e le obbligazioni: dall’inadempimento dell’impegno, infatti, scaturisce un procedimento sanzionatorio (art. 14-*ter*, c. 2). Infine, la natura del procedimento previsto

⁴⁶² Così C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, cit., 187, la quale parla, addirittura, di «inimpugnabilità» degli impegni da parte dell’impresa che li ha presentati.

⁴⁶³ G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 770.

dall'art. 14-ter sembra diversa da quella del procedimento di cui alla l. 241/1990⁴⁶⁴. In definitiva, la decisione con impegni non pare essere strutturata alla stregua di un accordo, ma di «(...) un provvedimento unilaterale che recepisce e cristallizza come giuridicamente efficace un atto endoprocedimentale di parte»⁴⁶⁵.

2.1 Il rischio di un potere implicito di regolazione estraneo alla funzione classica dell'AGCM.

La “procedura negoziata” introdotta dall'art. 14-ter l. 287/1990⁴⁶⁶, sebbene sia stata accolta con ampio favore dall'Autorità consentendo alla stessa di definire rapidamente i procedimenti istruttori avviati, di razionalizzare le risorse a sua disposizione e di far uso di uno strumento più efficace del classico provvedimento sanzionatorio⁴⁶⁷, ha da subito sollevato alcuni problemi nella sua applicazione pratica.

Si vuole qui alludere all'ampia discrezionalità di cui gode l'AGCM nell'adozione della decisione volta a rendere obbligatori nei confronti del soggetto interessato gli impegni presentati; una decisione che si fonda non sulla base di un accertamento pieno dell'avvenuta violazione della normativa *antitrust*, ma di un suo accertamento presunto, in base ad una valutazione di mera probabilità o verosimiglianza⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ Cfr. F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, cit., 129-133.

⁴⁶⁵ F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, cit., 133. Così anche R. CHIEPPA, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 1350. In termini, Cons. Stato, sez. VI, 19 novembre 2009, n. 7307, in *Foro amm. CDS*, 5, 2010, 1090 con nota di C. LEONE.

⁴⁶⁶ Per un esame più approfondito della disciplina prevista dall'art. 14-ter si rinvia alla «Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14-ter» pubblicata sul sito dell'AGCM.

⁴⁶⁷ V. la Relazione Annuale del 2008 dell'AGCM. Cfr., anche se con riferimento all'art. 9, Reg. CE 1/2003, L. DE LUCIA, V. MINERVINI, *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, 513.

⁴⁶⁸ V. A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, cit., 515. L'art. 14-ter, c. 1, cit., stabilisce, infatti, che l'Autorità, dopo aver reso obbligatori gli impegni ritenuti “idonei” a far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria, chiude il procedimento «senza accertare l'infrazione». Sul punto, la giurisprudenza ha confermato che la decisione con impegni, pur non fondandosi su un formale accertamento dell'illecito, non comporti alcuna immunità sul piano civilistico. Essa rende, tuttavia, più difficile il proficuo esperimento delle azioni risarcitorie: «Tale effetto, inoltre, appare direttamente proporzionale

L'imposizione di misure sostanzialmente atipiche, in quanto non predeterminate né in via legislativa né sub-legislativa, ma rimesse alla libera valutazione dell'Autorità, che incidono su libertà costituzionalmente garantite (in specie, la libertà di iniziativa economica privata) sulla base di un accertamento sommario della violazione delle regole della concorrenza, solleva delicati problemi in ordine al rispetto del principio di legalità sostanziale⁴⁶⁹.

Sebbene non sia in discussione il fondamento legislativo del potere, non si può, però, escludere il rischio che la sua atipicità in una con la sommarietà dell'accertamento dell'illecito induca l'Autorità ad adottare misure ulteriori rispetto a quanto propriamente necessario a risolvere lo specifico problema concorrenziale causato dall'infrazione. Senza considerare che le misure "ulteriori" eventualmente imposte, oltre che cagionare un ingiustificato pregiudizio al libero esercizio dell'attività di impresa, potrebbero addirittura produrre effetti negativi per il corretto funzionamento del mercato di riferimento. In questi casi, sarebbe, poi, violato il necessario vincolo di proporzionalità tra il contenuto degli impegni e il danno (presunto) alla concorrenza⁴⁷⁰.

Alla luce di ciò, è lecito dubitare sugli effetti (ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge) che alcune misure (e, in particolare, quelle non necessariamente correlate all'esigenza di eliminare i profili anticoncorrenziali emersi nell'ambito dell'istruttoria) previste da impegni resi obbligatori ai sensi dell'art. 14-ter, cit. possano produrre in termini di apertura del mercato alla concorrenza e di conformazione dello stesso a determinate regole stabilite implicitamente dall'Autorità⁴⁷¹.

alla tempestività del raggiungimento di una soluzione negoziata, nella misura in cui quest'ultima consenta di evitare che il quadro degli addebiti acquisti via via pregnanza» (Tar Lazio, sez. I, 7 aprile 2008, n. 2900, in *Foro amm. TAR*, 4, 2008, 1018; v. anche Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2011, n. 2438, in *Foro amm. CDS*, 4, 2011, 1314).

⁴⁶⁹ Così A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, cit., 515 ss.

⁴⁷⁰ ID, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, cit., 2010, 519.

⁴⁷¹ R. CHIEPPA, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, cit., 1348-1349. A tal proposito, si è perfino osservato che l'istituto degli impegni abbia segnato il passaggio da un modello puramente sanzionatorio-punitivo del diritto *antitrust* a un modello di tipo "amministrativo", orientato alla cura diretta del pubblico interesse al buon funzionamento dei mercati, piuttosto che all'accertamento e alla sanzione di illeciti anticoncorrenziali.

In ragione di tali considerazioni, appare necessario focalizzare la nostra attenzione sui limiti del potere di accettazione degli impegni *antitrust*, per verificare se, alla luce del principio di legalità, sia ammissibile ricavare implicitamente dall'ambito "abilitativo" della norma attributiva di tale potere un ulteriore e diverso potere di carattere normativo, tradizionalmente estraneo alla tipica funzione *antitrust* di cui è titolare l'AGCM⁴⁷².

2.2 La proporzionalità degli impegni.

I limiti previsti dall'ordinamento dell'Unione europea cui è soggetto il potere dell'AGCM di rendere obbligatori gli impegni presentati *ex art. 14-ter* cit. già in parte escludono che possa configurarsi in capo all'Autorità un potere implicito di regolazione: un ruolo essenziale di garanzia è in tal senso giocato dal principio di proporzionalità, la cui funzione principale pare essere quella di attenuare la mancanza delle garanzie espresse *ex ante* dal principio di legalità sostanziale.

Secondo il giudice europeo⁴⁷³, il principio di proporzionalità «esige che l'istituzione, qualora esistano misure meno restrittive di quelle che intende rendere obbligatorie, e siano ad essa note, esamini la loro idoneità a rispondere alle preoccupazioni che giustificano la sua azione, prima di optare, qualora tali misure dovessero rivelarsi all'uopo inadeguate, per la formula più restrittiva». Il principio di proporzionalità funge, quindi, da limite agli "eccessi" che potrebbero verificarsi nell'esercizio del potere di accettazione degli impegni da parte della Commissione⁴⁷⁴.

⁴⁷² In questo senso, cfr. A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, cit., 522 e F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, cit., 110-111.

⁴⁷³ Trib. I gr. UE 11 luglio 2007, T-170/06, in *Racc.*, 2010, 377.

⁴⁷⁴ In termini, cfr. Tar Lazio, sez. I, 8 maggio 2009, n. 4994, in *Foro it.*, 1, 2010, 34: «quanto al rapporto impegni/condotta anticoncorrenziale (e, quindi, alla strumentalità dei primi al fine di elidere le conseguenze distorsive proprie della seconda) che la concreta portata che gli impegni sono suscettibili di assumere - in ragione di una obbligatorietà che, come appunto nella fattispecie all'esame, riveste valenza attuativa erga omnes, in quanto disciplinante la configurazione stessa del mercato e delle modalità di accesso da parte degli operatori) - deve essere sempre commisurata all'attuazione del principio di proporzionalità».

La portata garantistica del principio di proporzionalità pare essere sconsigliata dalla Corte di Giustizia che, in riforma della sentenza testé citata, ha affermato che l'applicazione del predetto principio non comporta la necessaria proporzionalità tra infrazione (presunta) ed impegni, ma implica «la sola verifica che gli impegni di cui trattasi rispondano alle preoccupazioni che essa ha reso note alle imprese interessate e che queste ultime non abbiano proposto impegni meno onerosi che rispondano parimenti in modo adeguato a tali preoccupazioni»⁴⁷⁵. Da ciò consegue che «le imprese che propongono impegni in base all'art. 9 del regolamento n. 1/2003 accettano coscientemente che le loro concessioni possono eccedere quanto potrebbe imporre loro la Commissione stessa in una decisione che essa adotterebbe conformemente all'art. 7 di tale regolamento a seguito di un'inchiesta approfondita»⁴⁷⁶.

L'interpretazione offerta dalla Corte di Giustizia in ordine al significato che assume, nel contesto in esame, il principio di proporzionalità non appare condivisibile per una serie di ragioni.

In primo luogo, l'eventuale “sproporzione” delle misure imposte *ex art. 14-ter* non sembra possa giustificarsi sulla base della loro natura consensuale. Gli impegni, infatti, non paiono rispondere ai canoni del principio civilistico dell'autonomia contrattuale (intesa come capacità di autoregolazione dei propri interessi), ma sembrano piuttosto costituire il risultato di un *metus* degli operatori economici nei confronti del potere sanzionatorio dell'Autorità.

La forma negoziata del procedimento non implica che la decisione finale che rende obbligatori gli impegni sia assimilabile ad una mera accettazione di una proposta liberamente formulata da una controparte contrattuale: essa costituisce pur sempre un provvedimento vincolante che pone fine ad una situazione di infrazione attuale o potenziale⁴⁷⁷. Il bene pubblico “concorrenza” non è, quindi, disponibile per l'amministrazione alla quale ne è affidata la tutela, neanche in presenza del consenso degli interessati poiché, come evidenziato in dottrina, «la “mistica del consenso” non può mai andare a contraddire il

⁴⁷⁵ Corte di Giustizia, 29 giugno 2010, C-441/07 (*Commissione europea c. Alrosa Company Ltd*), in *Foro amm. CDS*, 2010, 1158.

⁴⁷⁶ Corte di Giustizia, 29 giugno 2010, C-441/07, cit.; in termini, v. Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 424, in *Foro amm. CDS*, 2008, 507.

⁴⁷⁷ Trib. I gr. UE 11 luglio 2007, T-170/06, cit.

principio di legalità il quale non può essere superato in virtù del gradimento dell'atto da parte del suo destinatario»⁴⁷⁸.

In secondo luogo, non sembra che la Corte tenga in debita considerazione il fatto che il rischio sussistente in capo alle imprese di obbligarsi più del necessario sia ragionevolmente elevato, se si pensa, da un lato, all'efficacia deterrente della sanzione pecuniaria e, dall'altro, alla propensione delle imprese stesse ad evitare gli effetti reputazionali negativi che la sanzione produrrebbe sul mercato, nonché i costi derivanti dalla prosecuzione del procedimento e dall'eventuale fase giurisdizionale.

In terzo luogo, l'Autorità - consapevole della preferibilità per le imprese di raggiungere un accordo sugli impegni - potrebbe essere indotta a richiedere misure sproporzionate o comunque non direttamente connesse ai profili anticoncorrenziali manifestati nell'atto di avvio dell'istruttoria⁴⁷⁹.

La decisione della Corte di Giustizia non sembra, dunque, andare nella direzione garantistica che il principio di proporzionalità potrebbe potenzialmente esprimere, anche in considerazione della carenza della legalità sostanziale. Diversamente, tale decisione sembrerebbe operare una scissione tra la funzione tipica *antitrust* di cui è investita la Commissione ed una funzione implicita ulteriore, avallata dalla "mistica del consenso" e avulsa da una logica di tipo reintegratorio, che si assume svolgere attraverso l'istituto degli impegni. Il ridimensionamento ad opera della Corte del Lussemburgo della portata del principio di proporzionalità sembra aprire la strada ad una interpretazione fuorviante dell'istituto degli impegni che rischia di incentivare, in violazione del principio di legalità, la tendenza delle autorità *antitrust* a rendere obbligatori impegni non necessari all'esigenza di rimuovere i profili anticoncorrenziali sommariamente accertati, anche nel perseguimento di fini ulteriori ed ignoti al diritto della concorrenza⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 769.

⁴⁷⁹ M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, , 2010, 396-397. Sul punto, v., altresì, F. GHEZZI, *La disciplina italiana degli impegni antitrust, ossia l'uso e l'abuso di uno strumento di decisione (troppo) flessibile*, in *Riv. soc.*, 2012, 455 ss.

⁴⁸⁰ Così, *ex multis*, M. SIRAGUSA, *Le decisioni con impegni*, cit., 404; F. RISSO, *Gli impegni per contrastare gli effetti distorsivi della concorrenza: qualificazione giuridica e tutela*

2.3 Impegni e funzione amministrativa dell'AGCM: i possibili rimedi al rischio (concreto) di una deriva "regolatoria".

Alla luce di quanto sopra, le finalità "ripristinatorie" cui è preordinata la tipica funzione *antitrust* dell'AGCM potrebbero essere, dunque, messe fortemente in discussione dall'uso eventualmente distorto dell'istituto degli impegni in funzione di regolazione del mercato.

Sebbene le decisioni con impegni *ex art. 14-ter* non possano basarsi esclusivamente su una logica di tipo strettamente reintegratorio (e, quindi, solo su un approccio giuridico-formale, e non anche più strettamente economico⁴⁸¹), ciò nondimeno pare possibile riconoscere all'Autorità una discrezionalità svincolata da ogni parametro giuridico⁴⁸².

Invero, già si è avvertito che la configurazione di una discrezionalità pressoché totale nell'accettazione degli impegni presentati dalle imprese interessate potrebbe portare l'AGCM «ad assumere una vera e propria posizione "regolatoria", definendo di volta in volta, mediante il ricorso ad una sorta di "patteggiamento", ciò che le imprese possono o non possono fare nel mercato»⁴⁸³.

giurisdizionale, in *Foro amm. CDS*, 5, 2012, 1367. *Contra* C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, cit., 185 ss.

⁴⁸¹ In argomento, F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, cit., 110 ss. Il primo modello postula che l'illecito si configura al verificarsi di determinati requisiti formali cristallizzati in una norma specifica, indipendentemente dal fatto che possa essere accertata una lesione sostanziale al bene giuridico; il secondo, invece, suggerisce di legare l'illecito antitrust ad una verifica sostanziale della lesione che sia stata effettivamente provocata. Raffrontando i modelli sopra descritti con l'istituto degli impegni di cui all'art. 14-ter si può osservare che, mentre l'approccio economico potrebbe influenzare la valutazione attinente al contenuto degli impegni nel senso di attribuire all'Autorità una discrezionalità molto ampia, basata essenzialmente sull'efficienza economica dell'impegno, quello giuridico-formale potrebbe far ritenere che gli unici impegni ammessi siano quelli che realizzano esattamente una riduzione in pristino, cioè una sorta di reintegrazione della concorrenza, o di risarcimento in forma specifica dei danneggiati. Secondo quest'ultima prospettiva, «che sembra guardare al passato ed agli effetti prodotti dal comportamento oggetto dell'atto di avvio, la concorrenza dovrebbe assumersi come una torta, l'illecito come una sottrazione di una fetta e l'impegno come la restituzione di una fetta di identiche dimensioni». Il bene concorrenza sarebbe considerato come un bene stabile, predefinito, prefigurato, misurabile: ma questo punto di vista, tuttavia, non corrisponde alla realtà.

⁴⁸² F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, cit., 115-116.

⁴⁸³ G. P. CIRILLO, R. CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*, cit., 78.

Un simile rischio è, peraltro, già concretamente ravvisabile in talune decisioni adottate *ex art. 14-ter* dall’Autorità, ove sembra emergere l’idea che gli impegni siano finalizzati non tanto a riparare un danno già avverato, quanto ad imporre misure di sostegno alla concorrenza in funzione dell’interesse generale al buon andamento del mercato, allo scopo di fornire «indicazioni diverse, valide pro-futuro e dunque vere e proprie regolazioni»⁴⁸⁴.

La giurisprudenza ha talora avallato simili condotte, distinguendo la *ratio* degli impegni da quella della diffida: «la diffida deve restare entro i limiti di cui all’art. 15 della legge n. 287/90 e all’art. 5 del Reg. CE n. 1/03 e non deve costituire uno strumento per imporre misure estranee al contenuto dell’illecito accertato; mentre gli impegni non sono strettamente vincolati e possono anche riguardare misure estranee al contenuto della diffida»⁴⁸⁵.

Se non è possibile - alla luce dell’atipicità del potere previsto dall’art. 14-*ter*, cit. - scongiurare *ex ante* col principio di legalità sostanziale l’esercizio di un potere implicito di regolazione (estraneo alla tipica funzione *antitrust*), occorre, a maggior ragione, individuare e rafforzare *ex post* i limiti entro cui può essere esplicito il potere di rendere obbligatori gli impegni presentati ai sensi dell’art. 14-*ter*, cit.⁴⁸⁶.

I limiti testualmente previsti dall’art. 14-*ter* sono quelli che si ricavano «dall’ordinamento comunitario». L’esperienza europea ha, in particolare, fatto emergere la necessità che gli impegni *de quo* siano sottoposti ad un

⁴⁸⁴ Cfr. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 767. Si pensi, ad esempio, al caso *A364 - Merckl - Principi Attivi*, chiuso con la decisione del 21 marzo 2007, con la quale l’Autorità ha reso obbligatori degli impegni che non riguardavano solo il mercato interessato dall’istruttoria, ma anche un mercato contiguo. Anche nel caso *A371 - Gestione ed utilizzo della capacità di rigassificazione* si può ravvisare l’assenza di un qualsiasi nesso tra l’impegno assunto e la condotta asseritamente illecita. Si veda anche il caso *I681 - Prezzi dei carburanti in rete*, in relazione al quale sono stati pubblicati degli impegni che risultano sostanzialmente privi di un collegamento con la presunta intesa configurata nell’atto di avvio dell’istruttoria. V, altresì, i provvedimenti dell’AGCM nn. 16500 del 21 febbraio 2007 e 18286 del 24 aprile 2008, riportati da C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, cit., 183 ss., nonché il provvedimento dell’AGCM n. 19021 del 23 ottobre 2008, annullato con sentenza del Tar Lazio, sez. I, 8 maggio 2009, n. 4994, cit., confermata in appello da Cons. Stato, sez. VI, 20 novembre 2013, n. 5501, in www.giustizia-amministrativa.it (nella specie, è stata giudicata illegittima la decisione con la quale l’AGCM, accettando e rendendo obbligatori gli impegni presentati dalle parti, ha determinato una transizione del mercato del soccorso stradale meccanico sulle tratte autostradali, da un regime autorizzatorio ad un regime concessorio).

⁴⁸⁵ Cfr., ad esempio, Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 424, cit.

⁴⁸⁶ F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, cit., 136.

procedimento permeato dai principi di pubblicità e di trasparenza e che gli stessi siano ispirati ai canoni di ragionevolezza e proporzionalità⁴⁸⁷. Un rafforzamento, dunque, dei vincoli procedurali per compensare il *deficit* di legalità sostanziale, sulla falsariga della giurisprudenza formatasi sugli atti regolatori dell'AEEGSI (v. par. 1).

Ma è soprattutto il principio di proporzionalità, se interpretato nel suo significato più garantistico e *sub specie* di sindacato sull'eccesso di potere, a costituire – come già anticipato (par. 2.2) - un argine poderoso agli eventuali sconfinamenti “regolatori” dell'AGCM attraverso lo strumento degli impegni. Destano, quindi, perplessità le decisioni della Corte di Giustizia⁴⁸⁸ e di una parte, ancorché minoritaria, della giurisprudenza amministrativa, le quali sembrano svincolare, in virtù del consenso degli interessati, il contenuto degli impegni dalla presunta infrazione commessa.

Sono, invece, da salutare con favore quelle statuizioni che valorizzano la portata del principio di proporzionalità, senza, però, trasmodare in un approccio eccessivamente formalistico del diritto *antitrust*, che condurrebbe ad attribuire al bene concorrenza un significato che non le è proprio.

Gli impegni dovrebbero, infatti, essere “pertinenti” alle conseguenze economiche del comportamento sanzionabile⁴⁸⁹, nel senso che dovrebbe necessariamente sussistere un legame tra impegno e danno alla concorrenza⁴⁹⁰. Il principio di pertinenza, che evidentemente costituisce un corollario del principio di proporzionalità, subordina la legittimità della decisione di accettazione alla sussistenza di un «nesso di implicazione e/o presupposizione» tra gli impegni resi obbligatori e l'esigenza di eliminare i profili anticoncorrenziali emersi all'atto di avvio dell'istruttoria⁴⁹¹.

⁴⁸⁷ F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, cit., 116-117.

⁴⁸⁸ In particolare, v. Corte di Giustizia, 29 giugno 2010, C-441/07, cit.

⁴⁸⁹ F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, cit., 136. In termini, G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 768.

⁴⁹⁰ La valutazione di “idoneità” dell'impegno ad eliminare i profili anticoncorrenziali consisterebbe proprio nell'individuazione della relazione di pertinenza tra l'impegno e la fattispecie per la quale era stata aperta una certa istruttoria.

⁴⁹¹ Cons. Stato, sez. I, 22 aprile 2009, n. 5005, in www.giustizia-amministrativa.it.

In altri termini, è necessario che l'accettazione degli impegni si collochi all'interno delle coordinate di strumentalità e non eccedenza rispetto all'effetto anticoncorrenziale che si sia inteso scongiurare. Più precisamente, «la portata effettuale riveniente dalle misure decise dall'Autorità non deve introdurre all'interno delle regole di funzionamento del mercato un *quid novi* rispetto all'assetto che quest'ultimo avrebbe assunto in difetto della condotta suscettibile di essere stigmatizzata per effetto della rilevabile violazione delle regole concorrenziali: ma deve, piuttosto, svolgersi in un ambito meramente "ripristinatorio", ovvero essere preordinata alla "ricostituzione" della logica competitiva vulnerata (o suscettibile di essere compromessa) per effetto di singoli comportamenti "abusivi"». Se così non fosse, l'AGCM., sulla base di indizi circa l'illiceità di una determinata condotta, sarebbe surrettiziamente abilitata ad esercitare un potere "regolativo" del mercato ad essa estraneo, idoneo ad orientare le condotte degli operatori economici⁴⁹².

Al fine di verificare se la decisione con impegni possa legittimamente tradursi in un potere diverso da quello strettamente sanzionatorio attribuito dalla legge all'AGCM è necessario identificare l'interesse pubblico che viene perseguito attraverso il suo esercizio.

Sulla scorta dei precedenti rilievi, si è consapevoli che tale interesse non può consistere unicamente nell'eliminazione di un danno alla concorrenza secondo la logica giuridico-formale del risarcimento in forma specifica. Ciò,

⁴⁹² Cons. Stato, sez. I, 22 aprile 2009, n. 5005, cit. V., altresì, Tar Lazio, sez. I, 8 maggio 2009, n. 4994, cit., ove si è statuito che: «(l')intervento manipolativo posto in essere da AGCM quanto alla individuazione delle coordinate di accesso al mercato de quo, quantunque veicolato dall'accettazione degli impegni alla medesima proposti dalle parti oggetto di accertamento istruttorio, appare trasmodare dalle prerogative legittimamente esercitabili dall'Autorità: venendo ad integrare una determinazione "regolativa" del mercato stesso che il Collegio ritiene esorbitante rispetto alle attribuzioni di vigilanza, controllo e verifica in ordine al corretto svolgimento delle dinamiche competitive, che l'ordinamento disciplina e demanda all'Antitrust». Non a caso G. MAZZANTINI, P. BERTOLI, *Gli impegni nel diritto italiano della concorrenza: un'analisi empirica a cinque anni dalla loro introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2013, 177, in ordine al rapporto tra impegni e potere di regolazione, hanno rilevato che: «Se secondo alcuni autori non si può affermare che l'art. 14 abbia attribuito un vero e proprio potere regolatorio all'Autorità, è altrettanto innegabile che questo abbia quanto meno rinforzato le potenzialità regolatorie della sua attività(...); anzi, proprio in seguito all'introduzione degli impegni, il numero di istruttorie avviate per abuso di posizione dominante ha subito un deciso incremento. Questo potrebbe dipendere dal fatto che gli impegni sono considerati un efficace strumento di regolazione dei mercati che viene utilizzato dall'antitrust sia per coprire le falle presenti nelle regolazioni settoriali, sia per muoversi più liberamente laddove la stessa legge antitrust è meno definita, come appunto nei casi di abuso di posizione dominante».

come si è visto, sarebbe escluso, da una parte, dalla “dinamicità” del bene concorrenza, il cui danno non è suscettibile di alcuna misurazione concreta; dall’altra, dalla funzione di deterrenza del diritto *antitrust*, il quale non si preoccupa di riparare le imperfezioni del passato, ma di favorire comportamenti corretti nel futuro⁴⁹³.

Occorre, quindi, stabilire se la «dimensione» dell’interesse pubblico sia così estesa da comprendere un fine e una funzione (diversa ed ulteriore da quella tipica *antitrust*) di regolazione del mercato per la promozione della concorrenza.

La risposta è negativa per i seguenti motivi: in primo luogo, la tesi contraria violerebbe il principio di legalità nella sua accezione formale, in assenza di un previo specifico fondamento legislativo del potere in questione; in secondo luogo, essa valicherebbe i limiti a cui è soggetto il potere *ex art. 14.ter*, cit.: esso si inserisce all’interno di un sistema sanzionatorio che ha come tipico scopo non quello di regolare il mercato, ma quello specifico di reagire all’illecito *antitrust*: per questo motivo, risulta imprescindibile la sussistenza di una «relazione di pertinenza» tra l’impegno assunto e le conseguenze economiche prodotte dall’illecito asseritamente commesso⁴⁹⁴. In terzo luogo, una funzione regolatoria non potrebbe ricondursi alle competenze dell’AGCM, in quanto essa è esercitata per ciascun mercato da soggetti istituzionali diversi dalla suddetta Autorità: si pensi, ad esempio, al settore energetico dove il potere regolatorio è affidato all’AEEGSI⁴⁹⁵, o ai settori delle comunicazioni elettroniche e dei trasporti dove esso è attribuito, rispettivamente, all’AGCOM e all’Autorità di regolazione dei trasporti⁴⁹⁶.

⁴⁹³ F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, cit., 137.

⁴⁹⁴ Cfr. Tar Lazio, sez. I, 6 giugno 2008, n. 5587, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si è affermato che gli impegni non dovrebbero sostituire la sanzione nei casi di maggiore gravità, altrimenti si andrebbe a pregiudicare il giusto grado di deterrenza del diritto *antitrust*.

⁴⁹⁵ In argomento, v. A. DI NOCE, *Antitrust e regolazione nelle decisioni con impegni in materia di energia*, cit., 333 ss.

⁴⁹⁶ L’Autorità di regolazione dei trasporti è stata istituita ai sensi dell’art. 37, d.l. 201/2011 (cd. decreto “salva Italia”), conv. in l. 214/2011. Essa è regolata dal medesimo art. 37 cit., dalla l. 481/1995 ove richiamata e dall’art. 37, d.l. 1/2012, conv. in l. 27/2012 (che contiene alcune misure relative al trasporto ferroviario).

In conclusione, «la dimensione dell'interesse pubblico è, di necessità, circoscritta e non può che misurarsi, ancora una volta, sulla fattispecie e sul suo disvalore antitrust». La funzione amministrativa espressa nell'accoglimento degli impegni è «discrezionale e disomogenea rispetto a quella prettamente sanzionatoria. Essa, tuttavia, non corrisponde ad una funzione di regolazione tipica del mercato», anche se si è consapevoli che il confine tra tutela della concorrenza e regolazione è molto spesso sfuggente⁴⁹⁷.

3. Il potere implicito regolamentare di AGCOM in materia di tutela del diritto d'autore su *internet*.

Con delibera n. 680/13/CONS del 12 dicembre 2013 l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ("AGCOM") ha adottato il «Regolamento in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuative ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70», entrato in vigore il 1° marzo 2014.

L'emanazione del regolamento ha costituito il frutto di un tormentato dibattito originato con una decisione del 2010 (poi abbandonata) dell'Autorità⁴⁹⁸, con la quale era stata avviata una procedura di consultazione pubblica per l'adozione di misure regolamentari a tutela del diritto d'autore nell'ambito delle reti di comunicazione elettronica⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ Cfr. F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, cit., 137-138. L'esclusione di un potere regolamentare in capo all'AGCM è, peraltro, confermata dalla giurisprudenza amministrativa. In proposito, v., ad esempio, Cons. Stato, ord. 24 marzo 2009, n. 1515, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si è statuito che l'AGCM non può «integrare una nuova regola, estranea al contenuto della disciplina regolatoria posta in essere dall'AgCom (...)», essendo l'AGCM «autorità con competenze sanzionatorie, ma priva di diretti poteri regolatori». In termini, cfr. Tar Lazio, sez. I, 18 febbraio 2013, n. 1742, in *www.giustizia-amministrativa.it*: «(s)otto il secondo profilo, non va sottaciuto come la carenza di attribuzioni dell'AGCM sia resa ulteriormente evidente, nella fattispecie, dalla circostanza che l'Autorità ha agito come se operasse nell'esercizio di un potere di regolamentazione, peraltro estraneo alla sua sfera di attribuzioni (...)». Sull'utilizzo dell'istituto degli impegni da parte dell'AEEGSI quale (possibile) strumento di regolazione "indiretta", v. G. BAROZZI REGGIANI, *Lo strano caso degli impegni AEEGSI. Un paradosso normativo?*, in corso di pubblicazione su *Dir. econ.*, 4, 2015. Si noti, comunque, che, a differenza dell'AGCM, l'AEEGSI è un'Autorità di regolazione.

⁴⁹⁸ Delib. n. 668/10/CONS del 17 dicembre 2010, cui hanno fatto seguito, nell'ordine, la delib. 398/11/CONS del 6 luglio 2011 e la delib. 452/13/CONS del 23 luglio 2013.

⁴⁹⁹ All. B, Delib. n. 668/10/CONS cit. ove erano contenuti i lineamenti delle disposizioni, i presupposti normativi, il contenuto e la finalità della proposta regolamentare. Nella premessa

Tale dibattito era principalmente incentrato su una questione giuridica che ha suscitato (e suscita tuttora, in quanto non risolta dal nuovo regolamento) numerose obiezioni da parte della dottrina – specie di quella amministrativistica – tanto che essa è stata perfino di recente “sfiolata” – non senza conseguenze di ridotta portata – dal vaglio (seppure nella forma di un *obiter dictum*) della Corte costituzionale⁵⁰⁰.

Si vuole qui alludere all’annoso problema circa la titolarità in capo ad AGCOM del potere regolamentare (e dei conseguenti poteri inibitori e sanzionatori) in materia di tutela del diritto d’autore sulle reti di comunicazione elettronica.

Prima di esaminare più specificamente i termini del problema in questione, pare opportuno segnalare molto brevemente le novità introdotte dal regolamento AGCOM del 2013, con particolare riferimento alle misure repressive ivi previste per contrastare il fenomeno della pirateria *online*.

In proposito, il regolamento prevede un peculiare procedimento amministrativo attivato su istanza di parte, presentata dal «soggetto legittimato», nel caso in cui ritenga che un’opera digitale sia stata resa disponibile su una pagina internet in violazione della legge sul diritto d’autore⁵⁰¹. Se l’Autorità ravvisa gli estremi della violazione (e il sito “incriminato” è ospitato su un *server* ubicato nel territorio nazionale), il procedimento può concludersi con l’adozione di un ordine rivolto ai prestatori di servizi di *hosting* alla rimozione

veniva, in particolare, sottolineato dall’Autorità la criticità dell’attuale impianto normativo sul diritto d’autore, che «nasce dal fatto che la possibilità di distribuire e scambiare contenuti attraverso canali digitali di fatto permette che il contenuto venga distribuito senza che i legittimi titolari siano in condizione di esercitare un effettivo controllo e di percepirne l’adeguata remunerazione, con grave pregiudizio per lo sviluppo della creatività e, quindi, per le scelte a disposizione del pubblico dei consumatori/utenti. La disciplina del diritto d’autore dovrebbe, infatti, da un lato, tutelare la libertà di espressione e l’equa remunerazione dell’autore e, dall’altro, garantire il diritto alla privacy e l’accesso dei cittadini alla cultura e ad Internet». Ad avviso dell’Autorità, il legislatore avrebbe individuato nella stessa «il soggetto più adatto, per competenza tecnica e *mission* istituzionale, a favorire l’azione di sintesi tra gli interessi degli autori, da un lato, e quelli dei consumatori/utenti dall’altro, alla corretta fruizione dei contenuti sulle reti di comunicazione elettronica, affidando ad essa ampi poteri in termini di prevenzione, anche generale, e accertamento delle violazioni della disciplina che tutela la proprietà intellettuale».

⁵⁰⁰ Corte cost. 3 dicembre 2015, n. 247, in www.cortecostituzionale.it.

⁵⁰¹ Ai sensi dell’art. 6 del regolamento in questione, «(i)l procedimento dinanzi all’Autorità non può essere promosso qualora per il medesimo oggetto e tra le stesse parti sia pendente un procedimento dinanzi all’Autorità giudiziaria».

«selettiva» delle opere digitali rese illecitamente disponibili. Diversamente, in presenza di violazioni di carattere «massivo», l’Autorità può ordinare ai prestatori di servizi di provvedere, in luogo della rimozione selettiva, alla disabilitazione dell’accesso alle suddette opere digitali. Se queste ultime sono, invece, ospitate su un *server* ubicato fuori dal territorio nazionale, l’Autorità può ordinare ai prestatori di servizi che svolgono attività di *mere conduit*, di provvedere alla disabilitazione dell’accesso al sito⁵⁰².

Nonostante gli indubbi vantaggi pratici che una procedura di questo tipo produce in termini di effettività della tutela del diritto d’autore *online*⁵⁰³, non risulta agevole ammettere l’esistenza giuridica di un potere amministrativo autoritativo (come quello, appunto, di rimozione selettiva o totale del contenuto illecito) privo di una espressa, specifica e inequivoca base legale ed esteso a tutti i contenuti digitali protetti dalle legge sul diritto d’autore (e non solo, quindi, come previsto dal d.lgs. 177/2005, ai servizi di media audiovisivi)⁵⁰⁴.

L’assunto consente ora di volgere l’attenzione ai profili che più interessano ai fini della presente indagine.

Ebbene, in mancanza di una specifica disposizione legislativa attributiva del potere regolamentare in materia di tutela del diritto d’autore sulle reti di comunicazione elettronica, sono emersi, fin dal primo schema di regolamento, i tentativi da parte di AGCOM («anche al fine di fugare qualsiasi dubbio circa l’ampiezza dei poteri ad essa attribuiti dall’ordinamento»⁵⁰⁵) di individuare quali fossero le fonti legislative che le avrebbero attribuito – sebbene non in via diretta - la competenza in materia di diritto d’autore sulle reti di comunicazione elettronica.

A tal proposito, è stato dapprima richiamato l’art. 182-*bis*, c. 1 della l. 22 aprile 1941, n. 633 (“legge sul diritto d’autore”) introdotto dall’art. 11 della l. 18

⁵⁰² V. art. 8 del medesimo regolamento.

⁵⁰³ L’azione finora condotta dall’AGCOM ne è una dimostrazione: sul punto, v. G. M. RICCIO, Relazione al seminario dal titolo *Il Regolamento AGCOM sulla tutela del diritto d’autore in rete. Un bilancio a un anno dall’entrata in vigore*, Università “L. Bocconi”, Milano, 23 febbraio 2015.

⁵⁰⁴ A. PIROZZOLI, *L’iniziativa dell’AGCOM sul diritto d’autore nelle reti di comunicazione elettronica*, in *Riv. A.I.C.*, 2011, 6

⁵⁰⁵ ID, *L’iniziativa dell’AGCOM sul diritto d’autore nelle reti di comunicazione elettronica*, cit., 1.

agosto 2000, n. 248⁵⁰⁶, con il quale sono stati attribuiti all'Autorità, in coordinamento con la SIAE «nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge», compiti di vigilanza per la prevenzione e l'accertamento delle violazioni concernenti la normativa sul diritto d'autore.

Si è fatta, poi, espressa menzione del d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70 (che ha recepito la Direttiva n. 31/2000/CE sul commercio elettronico) nell'ambito del quale assumerebbero particolare rilevanza gli artt. 14, c. 3, 15, c. 2 e 16, c. 3⁵⁰⁷, che prevedono la «possibilità per l'autorità “amministrativa avente funzioni di vigilanza”, al pari di quella giudiziaria, di esigere che il prestatore di servizi “impedisca o ponga fine alle violazioni commesse”»⁵⁰⁸.

Infine, si è fatto (improprio) riferimento all'art. 32-*bis* del d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177⁵⁰⁹, che riguarda specificamente il settore dei «media audiovisivi»⁵¹⁰.

⁵⁰⁶ L'art. 182-*bis*, c. 1 della l. 633/1941 stabilisce che: «All'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed alla Società italiana degli autori ed editori (SIAE) è attribuita, nell'ambito delle rispettive competenze previste dalla legge, al fine di prevenire ed accertare le violazioni della presente legge, la vigilanza: a) sull'attività di riproduzione e duplicazione con qualsiasi procedimento, su supporto audiovisivo, fonografico e qualsiasi altro supporto nonché su impianti di utilizzazione in pubblico, via etere e via cavo, nonché sull'attività di diffusione radiotelevisiva con qualsiasi mezzo effettuata; b) sulla proiezione in sale cinematografiche di opere e registrazioni tutelate dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi al suo esercizio; c) sulla distribuzione, la vendita, il noleggio, l'emissione e l'utilizzazione in qualsiasi forma dei supporti di cui alla lettera a); d) sui centri di riproduzione pubblici o privati, i quali utilizzano nel proprio ambito o mettono a disposizione di terzi, anche gratuitamente, apparecchi per fotocopia, xerocopia o analogo sistema di riproduzione; d-*bis*) sull'attività di fabbricazione, importazione e distribuzione degli apparecchi e dei supporti di cui all'art. 71-*septies*; d-*ter*) sulle case d'asta, le gallerie e in genere qualsiasi soggetto che eserciti professionalmente il commercio di opere d'arte o di manoscritti».

⁵⁰⁷ Gli artt. 14, comma 3°, 15, comma 2° e 16, comma 3° del d.lgs. 70/2003, riferiti, rispettivamente, all'esercizio dell'attività «di semplice trasporto – *mere conduit*», «di memorizzazione temporanea – *caching*» e «di memorizzazione di informazioni – *hosting*», dispongono che l'autorità giudiziaria o quella amministrativa, avente funzioni di vigilanza, possa esigere, anche in via d'urgenza, che il prestatore, nell'esercizio delle predette attività, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse.

⁵⁰⁸ All. B, Delib. n. 668/10/CONS. Sulla base delle disposizioni contenute nel d.lgs. 70/2003, l'AGCOM si è ritenuta legittimata (fatte salve le prerogative dell'autorità giudiziaria) ad intervenire nei confronti dei gestori dei siti internet che ospitano, senza l'autorizzazione del titolare, contenuti digitali coperti dal diritto d'autore.

⁵⁰⁹ Ove si prevede che: «1. Le disposizioni del presente testo unico non sono in pregiudizio dei principi e dei diritti di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 68, recante attuazione della direttiva 2001/29/CE, sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione, e al decreto legislativo 16 marzo 2006, n. 140, recante attuazione della direttiva 2004/48/CE, sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale. I fornitori di servizi di media audiovisivi assicurano il pieno rispetto dei principi e dei diritti di cui alla legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni, indipendentemente dalla piattaforma utilizzata per la trasmissione di contenuti audiovisivi. 2. I fornitori di servizi di

Già da una prima e sommaria lettura delle disposizioni richiamate non appare agevole sostenere l'esistenza in capo ad AGCOM di una specifica competenza regolamentare in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica, nonché di un espresso potere inibitorio/sanzionatorio (preventivo o successivo), in caso di violazione della normativa rilevante in materia⁵¹¹.

In assenza di un previo e specifico fondamento legislativo sarebbe sufficiente ad escludere il riconoscimento in capo all'AGCOM dei poteri di cui

media audiovisivi operano nel rispetto dei diritti d'autore e dei diritti connessi, ed in particolare: a) trasmettono le opere cinematografiche nel rispetto dei termini temporali e delle condizioni concordate con i titolari dei diritti; b) si astengono dal trasmettere o ri-trasmettere, o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti, e salve le disposizioni in materia di brevi estratti di cronaca. 3. L'Autorità emana le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al presente articolo».

⁵¹⁰ All. B, Delib. n. 668/10/CONS: tale disposizione, al comma 2, lett. b), «dopo aver fatto divieto ai fornitori di servizi di media audiovisivi di “trasmettere, ritrasmettere o mettere comunque a disposizione degli utenti, su qualsiasi piattaforma e qualunque sia la tipologia di servizio offerto, programmi oggetto di diritti di proprietà intellettuale di terzi, o parti di tali programmi, senza il consenso di titolari dei diritti”, al comma 3 attribuisce proprio all'Autorità il compito di emanare “le disposizioni regolamentari necessarie per rendere effettiva l'osservanza dei limiti e divieti di cui al presente articolo”». Secondo l'Autorità, l'art. 32-*bis* del Testo unico citato integrerebbe la propria competenza generale in materia di diritto d'autore già delineata dall'art. 182-*bis*, l. 633/1941.

⁵¹¹ Cfr. Indagine conoscitiva «Il diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica», pubblicata sul sito web dell'Autorità il 12 febbraio 2010 e disponibile all'indirizzo www.agcom.it. Secondo l'AGCOM, il potere di imporre misure preventive troverebbe un «solido» fondamento normativo nell'art. 182-*bis* della l. 633/1941, che attribuisce all'Autorità il potere di vigilanza sulle violazioni del diritto d'autore «al fine di prevenire» la loro realizzazione: «il che lascerebbe immaginare – secondo l'AGCOM - la possibilità per l'Autorità di ricorrere a misure restrittive idonee ad impedire il verificarsi di eventi violativi dei diritti degli autori sui mezzi di comunicazione, ancorché non tipizzate». Anche se un simile potere non trova un preciso ed espresso riscontro a livello legislativo, esso può essere implicitamente ricavato – ad avviso dell'Autorità - dalle finalità, ancorché indeterminate, poste dalla normativa primaria: «a sostegno di tale tesi soccorre la teoria che in dottrina è solita definirsi dei cd. poteri impliciti, in base alla quale l'attività di normazione secondaria troverebbe piena legittimità ogniqualvolta il legislatore, invero di frequente, si limiti a dettare le finalità di un precetto, delegando di fatto all'Amministrazione investita della norma appunto il potere implicito della determinazione in concreto della competenza attribuita». In argomento, v., di recente, M. RENNA, *Le questioni di legittimità del regolamento dell'Agcom sulla tutela del diritto d'autore online*, in *AIDA*, XXIII, 2014, 111 ss.; M. RAMAJOLI, *Pluralità e coordinamento tra le istituzioni titolari di poteri di enforcement amministrativo del diritto d'autore*, in *AIDA*, XXIII, 2014, 98 ss. D'altra parte, nel corso dell'Audizione del Presidente dell'AGCOM «Aggiornamento problematiche emerse nel settore internet in materia di diritti d'autore» presso la VII e l'VIII Commissione del Senato, 21 marzo 2012, si era ammesso che, sebbene «la legge mal si prest(asse) a dettare effimere disposizioni di dettaglio», solamente un'azione legislativa chiarificatrice da parte del Parlamento al precipuo scopo di sistematizzare una disciplina ormai obsoleta quale quella sul diritto d'autore potesse venire seriamente incontro all'esigenza di protezione dei diritti di proprietà intellettuale sulla rete.

la stessa Autorità pretende di esserne titolare il richiamo al principio di legalità inteso nella sua accezione formale, oltre che il richiamo al sistema delle riserve di legge che presidiano le libertà “toccate” dalle misure regolamentari (artt. 21, 23, 41 e 42, Cost.).

Né, d'altra parte, potrebbe venire in soccorso – per le ragioni illustrate nel corso della presente indagine - la teoria dei poteri impliciti. Appare, infatti, dirimente il rilievo che in questo caso – a differenza, ad esempio, di quello relativo ai poteri normativi dell'AEEGSI (v. par. 1) – il ricorso a tale teoria non serve ad individuare l'estensione (in base al nesso strumentale con la finalità legislativamente assegnata) di un potere regolamentare sicuramente attribuito dalla legge. Nel caso in questione, il predetto potere non è stato nemmeno formalmente conferito dalla legge all'Autorità, per cui siamo al cospetto di una vera e propria auto-attribuzione di una potestà amministrativa, in una materia che è soggetta alla riserva di legge⁵¹².

A maggior ragione, sembrerebbe inammissibile l'auto-attribuzione da parte dell'AGCOM di poteri di natura inibitoria e sanzionatoria nei confronti dei prestatori di servizi. Invero, già si è più volte ricordato (cap. III, parr. 4 e 6; cap. IV, par. 1.1) che, riguardo ai poteri impliciti provvedimentali, il principio di legalità non possa subire attenuazione alcuna, specie in presenza di libertà costituzionalmente tutelate e presidiate dalle riserve di legge. Né varrebbe il rilievo secondo cui tali poteri siano nondimeno “coperti” dal regolamento emanato dall'AGCOM: a parte la considerazione che il predetto regolamento è, a sua volta, privo di un fondamento legislativo, la previsione di misure limitative dei diritti di terzi necessita di una specifica e precisa puntuale norma di legge che conferisca espressamente tali poteri.

Ad ogni modo, il richiamo all'art. 182-*bis*, l. 633/1941 non si appalesa sufficiente a fondare la titolarità del potere normativo dell'Autorità nell'ambito che qui interessa. Non sembra, infatti, giuridicamente ammissibile estendere l'ambito “abilitativo” del potere di vigilanza sino a ricomprendervi

⁵¹² Sulla natura assoluta piuttosto che relativa della riserva di legge in questione, v. la ricostruzione di M. BASSINI, *Enforcement del Diritto d'autore Online e tutela dei diritti “degli altri”*. *Profili costituzionali del regolamento AGCOM*, in *Federalismi.it*, 19 settembre 2014, 22 ss.

implicitamente uno specifico potere regolamentare⁵¹³. Oltre alla differenza ontologica che corre, in via generale, tra i due poteri (evidenziata anche dalla Corte costituzionale)⁵¹⁴, la vigilanza di cui è titolare AGCOM in base all'art. 182-*bis*, cit. si traduce essenzialmente in un potere ispettivo demandato ai funzionari dell'Autorità (in coordinamento con quelli della SIAE), che ha ad oggetto le sole fattispecie penalistiche e che, dunque, denota la natura strumentale dell'attività dell'Autorità rispetto alla giurisdizione penale⁵¹⁵.

A una prima lettura, non appaiono, altresì, idonei a fondare la potestà regolamentare e i conseguenti poteri inibitori in capo ad AGCOM gli artt. 14, 15 e 16 del d.lgs. 70/2003, i quali attribuiscono all'«autorità amministrativa avente funzioni di vigilanza» la possibilità di esigere, anche in via di urgenza, che il prestatore di servizi, nell'esercizio delle attività di *mere conduit*, *catching* e *hosting*, impedisca o ponga fine alle violazioni commesse. Ed invero, la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico (che costituisce il parametro di interpretazione del d.lgs. 70/2003) non sembra attribuire direttamente all'Autorità un nuovo e generale potere inibitorio, quanto essa pare, piuttosto, mirare a proteggere la posizione giuridica del prestatore di servizi a fronte del rischio di essere sempre ritenuto corresponsabile di altrui illeciti⁵¹⁶.

⁵¹³ Sebbene con specifico riferimento ai poteri dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (ora ANAC), cfr., sul punto, C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012, *passim*, il quale individua in capo all'AVCP un potere implicito regolamentare che sarebbe strettamente connesso alla funzione di vigilanza di tale Autorità. La tesi di Celone è stata criticata da G. MORBIDELLI, *Poteri impliciti (a proposito della monografia di Cristiano Celone "La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici")*, Giuffrè ed., Milano, 2012), in www.anticorruzione.it.

⁵¹⁴ V. G. MORBIDELLI, *Poteri impliciti (a proposito della monografia di Cristiano Celone "La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici")*, Giuffrè ed., Milano, 2012), cit., 15 ss., ove si fa riferimento a Corte cost. 29 settembre 2003, n. 300; M. RENNA, *Le questioni di legittimità del regolamento dell'Agcom sulla tutela del diritto d'autore online*, cit., 114.

⁵¹⁵ L'art. 182-*ter*, l. 633/1941, prevede, infatti, che: «gli ispettori, in caso di accertamento di violazione delle norme di legge, compilano processo verbale, da trasmettere immediatamente agli organi di polizia giudiziaria». Sul punto, v. B. TONOLETTI, *La tutela della proprietà intellettuale tra giurisdizione e amministrazione*, in *AIDA*, XXII, 2013, 9; M. RAMAJOLI, *Pluralità e coordinamento tra le istituzioni titolari di poteri di enforcement amministrativo del diritto d'autore*, cit., 99; M. RENNA, *Le questioni di legittimità del regolamento dell'Agcom sulla tutela del diritto d'autore online*, cit., 114.

⁵¹⁶ Così F. GOISIS, *Profili di legittimità nazionale e convenzionale europea della repressione in via amministrativa delle violazioni del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: il problema dell'enforcement*, in *AIDA*, XXIII, 2014, 183 ss.

Appare, infine, inconferente il richiamo all'art. 32-*bis* del d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177, che attribuisce il potere regolamentare ad AGCOM nell'ambito esclusivo del settore dei «media audiovisivi».

A ben vedere, non si può, tuttavia, del tutto sottovalutare la natura essenzialmente neutrale e apolitica di AGCOM nella protezione del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica (a differenza di quanto accaduto, ad esempio, con riferimento all'AGCM, la quale ha talvolta perseguito inammissibili finalità *lato sensu* politiche di regolazione “indiretta” attraverso lo strumento degli impegni, ai sensi dell'art. 14-*ter*, l. 287/1990).

Il ruolo di “arbitro” che l'Autorità assumerebbe nell'esercizio di tale funzione potrebbe, infatti, giustificare un'accezione debole del principio di legalità, che ammetta poteri innominati (anche di carattere inibitorio) in vista della tutela del soggetto debole del rapporto (il quale, in genere, corrisponde al titolare del diritto d'autore), senza che il contratto venga intaccato in via amministrativa. Dunque, il ricorso da parte dell'AGCOM a poteri impliciti potrebbe forse trovare una giustificazione nello scopo “compensativo” che essi perseguirebbero per riequilibrare posizioni in partenza sbilanciate a favore di una delle parti del rapporto (si pensi a una multinazionale come Google rispetto a una persona fisica titolare di un diritto d'autore su un'opera digitale). D'altra parte, la sola tutela giurisdizionale si rivelerebbe inadeguata a dare una tutela rapida ed effettiva al diritto d'autore su *internet*.

3.1 Il Regolamento AGCOM al vaglio del giudice amministrativo: cenni e prospettive.

Il Regolamento AGCOM è stato impugnato davanti al Tar Lazio, che ha emesso due ordinanze “gemelle” (nn. 10016 e 10020 del 26 settembre 2014), con le quali ha dichiarato rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale di una serie disposizioni legislative (sulla cui base - secondo il Tar - è stato adottato l'impugnato regolamento), in riferimento agli artt. 2, 21, 24, 25 e 41, Cost.

A tacere dei numerosi profili trattati (che in questa sede non possono essere compiutamente analizzati), il percorso argomentativo utilizzato per

negare il difetto di competenza di AGCOM nella materia in analisi appare di difficile decifrabilità. Valga, in proposito, quanto affermato dal Tar in un passo della motivazione delle due ordinanze. Dopo aver richiamato le presunte fonti legislative che avrebbero conferito ad AGCOM i poteri regolamentari e inibitori in tema di tutela del diritto d'autore sul *web*, il giudice amministrativo ha apoditticamente statuito che: «(...) (c)onsiderato (...), pertanto, (che) le norme di legge richiamate dal Regolamento, disciplinando gli obblighi che gravano sui prestatori di servizi ed individuando al contempo l'AgCom quale autorità che ne può esigere il rispetto, legittima l'intervento della medesima Autorità anche sui servizi della società dell'informazione in veste di "autorità amministrativa avente funzioni di vigilanza", piuttosto che in veste di "autorità indipendente di settore" e ciò, osserva il Collegio, determina, come detto, la non fondatezza delle dedotte censure di illegittimità del regolamento per violazione di legge, per violazione della riserva di legge e per incompetenza dell'AgCom».

A parte la perplessità della distinzione tra «autorità amministrativa avente funzioni di vigilanza» e «autorità indipendente di settore», il passaggio logico relativo alla (presunta) legittimazione "implicita" di AGCOM ad intervenire «anche» sui servizi della società dell'informazione non pare assistito da un'adeguata argomentazione; non può, altresì, sottacersi la contraddittorietà delle ordinanze nella misura in cui, da una parte, negano il difetto di competenza di AGCOM e, dall'altra, denunciano la carenza di contenuto delle norme di legge (invocate dall'Autorità come basi giuridiche del proprio intervento), «che secondo il Collegio, (...) non sembrano garantire le previste riserve di legge e di tutela giurisdizionale».

Con sentenza 3 dicembre 2015, n. 247, la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tar Lazio, «in quanto entrambe (le ordinanze) presentano molteplici profili di contraddittorietà, ambiguità e oscurità nella formulazione della motivazione e del *petitum*».

La Corte costituzionale, dopo aver confermato l'assenza di una disposizione legislativa che espressamente attribuisca ad AGCOM la potestà regolamentare in materia di tutela del diritto d'autore *online*, ha stigmatizzato le argomentazioni svolte dal giudice amministrativo: «(a) prescindere da ogni

considerazione sulla accuratezza della ricostruzione del quadro normativo e della interpretazione datane dal rimettente, è evidente che nessuna delle disposizioni impugnate, in sé considerata, dispone specificamente l'attribuzione all'autorità di vigilanza di un potere regolamentare qual è quello esercitato con l'approvazione del regolamento impugnato nei due giudizi davanti al TAR. Esso è desunto dal giudice *a quo*, in forza di una lettura congiunta delle previsioni sopra esaminate, che non risulta coerentemente o comunque adeguatamente argomentata».

In attesa della decisione definitiva del Tar sulla legittimità del regolamento AGCOM, non si può negare, in conclusione, che il diritto d'autore esiga l'utilizzo di strumenti di tutela rapidi ed efficaci, specie sul *web*. Tuttavia, ciò non può comportare un'assoluta abdicazione delle esigenze garantistiche insite nel principio di legalità. Parimenti, la valorizzazione dell'aspetto "compensativo" sopra ricordato potrebbe forse costituire un argomento di cui il Tar potrebbe avvalersi per corroborare le proprie argomentazioni in favore della competenza regolamentare e provvedimentale di AGCOM in materia di tutela del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica.

4. Il caso emblematico del potere implicito di annullamento delle c.d. "attestazioni SOA".

Il chiarimento del legislatore, tanto auspicato dall'AGCOM, è, invece, arrivato con riferimento all'estensione del potere di vigilanza dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (oggi Autorità Nazionale Anticorruzione - ANAC) sul cd. «sistema unico di qualificazione»⁵¹⁷.

⁵¹⁷ Tale "sistema", obbligatorio per tutti gli esecutori di lavori pubblici di importo superiore a centocinquanta mila euro e articolato in rapporto alle tipologie e all'importo dei lavori, è attuato da società per azioni di diritto speciale (le SOA) appositamente autorizzate dall'ANAC, le quali svolgono una funzione pubblicistica di certificazione che, attraverso il previo accertamento dell'esistenza in capo ai soggetti esecutori di lavori pubblici dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria specificamente richiesti, sfocia nel rilascio di un'attestazione comprovante il possesso degli stessi. L'attività di attestazione delle SOA, pur essendo svolta da organismi di diritto privato, è connotata da un'impronta spiccatamente pubblicistica, tanto da essere soggetta a specifiche autorizzazioni e restrizioni da parte dell'Autorità: quest'ultima, infatti, come si è anticipato, ha il compito, specificamente attribuitole dalla legge, oltre che di autorizzare l'esercizio di tale attività dopo aver verificato la ricorrenza formale di tutti i requisiti (sia di

Anche se la questione che qui interessa è stata definitivamente risolta con l'entrata in vigore del d.lgs. 163/2006⁵¹⁸, essa merita un cenno, atteso che rappresenta un ulteriore esempio dell'uso – talora “convalidato” dalla giurisprudenza - della teoria dei poteri impliciti da parte di un'Autorità indipendente per legittimare la propria azione.

Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 163/2006, l'AVCP, sulla base della titolarità della (sola) funzione di vigilanza sul sistema di qualificazione ai sensi dell'art. 4, c. 4, lett. i) della (ormai abrogata) l. 109/1994⁵¹⁹, si era auto-attribuita un potere implicito di natura provvedimentale, consistente, in particolare, nella modifica o nell'annullamento delle attestazioni, eventualmente irregolari, rilasciate dalle SOA.

In alcune pronunce del Consiglio di Stato, contrariamente a quanto è stato statuito dal giudice di primo grado, l'esercizio del potere di modifica o di annullamento delle attestazioni (nel caso in cui le SOA non vi avessero provveduto autonomamente) è stato considerato legittimo, in quanto necessariamente “ricompreso” nella funzione di vigilanza espressamente attribuita dalla legge all'Autorità.

Mentre il Tar - in base a un'interpretazione rigorosa del principio di legalità - ha spesso escluso l'ammissibilità del potere implicito di modifica o di annullamento delle attestazioni rilasciate dalle SOA⁵²⁰, secondo il Consiglio di

carattere “speciale-tecnico” che di carattere “generale-morale”) previsti dagli artt. 64 ss. del DPR 207/2010, anche di vigilare, in generale, sul sistema di qualificazione, al fine di garantire che le SOA operino secondo le procedure approvate dall'Autorità, non versino in conflitto d'interesse e svolgano la propria attività conformemente a quanto previsto dal Regolamento di attuazione (art. 71, d.P.R. 207/2010).

⁵¹⁸ V. art. 6, c. 7, lett. m) del d.lgs. 163/2006.

⁵¹⁹ L'art. 4, c. 4, lett. i) della l. 109/1994 attribuiva all'Autorità il potere di vigilanza «sul sistema di qualificazione di cui all'articolo 8».

⁵²⁰ Una simile interpretazione è emersa in modo evidente dalle argomentazioni utilizzate dal Tar Lazio, sez. III, 12 marzo 2003, n. 1868, in *Trib. amm. reg.*, 2003, I, 67, secondo il quale il legislatore, nell'introdurre il nuovo sistema di qualificazione delle imprese, ha indicato con precisione i confini dei poteri attribuiti all'Autorità, i quali consistono, in particolare, in poteri di amministrazione attiva (rilascio delle autorizzazioni), in poteri di vigilanza (indagini, ispezioni) e, in sede di finalizzazione di tale ultima attribuzione, in poteri di autotutela dell'Autorità, «laddove, a tal ultimo riguardo, ha inequivocamente correlato (...) il potere di ispezione e verifica esclusivamente al (pure attribuito) potere di revoca dell'autorizzazione. Da ciò discende che «non è ricavabile dalla legge, in capo all'Autorità, alcun potere che possa estrinsecarsi nella diretta ed immediata invalidazione totale o parziale delle attestazioni rilasciate, (...) - in assenza di una espressa e puntuale indicazione in tal senso della legge (...)». Doveva, quindi, escludersi che l'AVCP potesse legittimamente emanare - come accaduto nella fattispecie in esame - veri e

Stato⁵²¹ «(...) è agevole desumere, in chiave di ricostruzione logica e sistematica - al di là del mero dato letterale – la sussistenza di un potere, in capo all’Autorità, di annullare in via diretta le attestazioni SOA. I criteri ermeneutici logico e sistematico inducono – infatti – a ritenere che se l’Autorità può indicare in maniera vincolante il contenuto dell’attestazione, e può addirittura, in caso di inadempimento della SOA nel recepire tale contenuto, sanzionare la SOA precludendone ogni ulteriore attività (mediante la revoca dell’autorizzazione generale), a maggior ragione l’Autorità può adottare la misura, di minore impatto, di intervenire in via diretta sulla attestazione, annullandola»⁵²².

Come si è anticipato, la questione circa l’estensione del potere di vigilanza dell’AVCP sul sistema unico di qualificazione è stata definitivamente risolta con l’entrata in vigore del d.lgs. 163/2006, che, all’art. 6, c. 7, lett. m), ha espressamente stabilito che l’Autorità, nello svolgimento della propria funzione di vigilanza può annullare, in caso di constatata inerzia degli organismi di attestazione, le attestazioni rilasciate in difetto dei presupposti stabiliti dalle norme vigenti, nonché sospendere, in via cautelare, dette attestazioni.

propri provvedimenti di annullamento o di modifica delle attestazioni rilasciate, essendo limitato l’esercizio del potere di vigilanza attribuitole dalla legge.

⁵²¹ Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 991, in *Cons. Stato*, 2004, I, 506. Si veda anche, in questo senso, Cons. Stato, sez. VI, 24 gennaio 2005, n. 128, in *Foro amm. CDS*, 2005, 172.

⁵²² Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 991, cit. Corroborando la propria tesi, il Consiglio di Stato ha, altresì, evidenziato che «l’intervento diretto dell’Autorità, mediante annullamento dell’attestazione viziata, è un rimedio indispensabile (...). In mancanza, si consentirebbe ad imprese che hanno ottenuto l’attestazione sulla base di presupposti erronei (o falsi), di continuare a partecipare alle gare di appalto sine die, così frustrando la ratio posta a base dell’istituzione del controllo pubblico sugli organismi di qualificazione, data dalla necessità di assicurare il virtuoso andamento del mercato, mediante la limitazione del perimetro delle imprese ammesse a partecipare alle procedure in virtù delle relative referenze oggetto di certificazione». Pertanto, il dato normativo avrebbe dovuto essere interpretato «in chiave logica e sistematica», in modo che esso «(...) garantis(se) un significato utile delle norme e il raggiungimento degli scopi che il legislatore si è prefisso, vale a dire la creazione di un sistema efficiente ed efficace di qualificazione». In argomento, v. N. BASSI, *Poteri amministrativi di regolazione e principio di legalità nella recente giurisprudenza*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, 293, ove si è affermato, in commento alla decisione del Consiglio di Stato, che il giudice amministrativo «non si è affatto limitato ad aggiungere al patrimonio potestativo dell’amministrazione (in presenza di un testo normativo lacunoso o impreciso) qualche strumento d’azione meramente ancillare rispetto a un potere principale sicuramente riconducibile al contenuto precettivo della norma attributiva: al contrario, evocando lo spettro di un possibile cattivo funzionamento dei meccanismi di verifica prefigurati dalla normativa vigente, si è assegnato all’organo procedente una competenza completamente diversa da quella delineata dall’ordinamento, stravolgendosi radicalmente in questo modo il senso stesso del nuovo sistema di qualificazione e finendosi in sostanza per ripubblicizzare un settore che il legislatore aveva consapevolmente voluto privatizzare».

Anche in questo caso, le esigenze di funzionalità dell'azione amministrativa sono risultate prevalenti rispetto alle (opposte) esigenze di garanzia dei privati nei confronti dell'esercizio autoritativo di potestà pubbliche, con buona pace del principio di legalità.

5. Una postilla: i poteri impliciti normativi dell'ANAC nel d.d.l. delega di recepimento delle direttive europee in tema di contratti pubblici.

Già prima dell'istituzione dell'ANAC⁵²³, le esigenze di funzionalità dell'azione amministrativa sono state richiamate anche da una parte della dottrina per fondare, in assenza di una espressa previsione legislativa, un generale potere (implicito) regolamentare in capo all'allora AVCP. E ciò in ragione della stretta connessione e della consequenzialità logica della potestà di regolazione rispetto alla funzione di vigilanza attribuita alla medesima Autorità sulle procedure di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici⁵²⁴.

A tacere delle criticità che una tesi siffatta produce in termini di rispetto del principio di legalità⁵²⁵, un potere generale di regolazione parrebbe ora essere attribuito, seppure in una prospettiva *de iure condendo*, dal d.d.l. delega al Governo per l'attuazione delle direttive europee nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE in materia di contratti pubblici.

Il testo del disegno di legge (art. 1, c. 5) interviene, infatti, sulle modalità di adozione della disciplina attuativa ed esecutiva del nuovo Codice sui contratti pubblici. In proposito, si prevede, da un lato, l'abrogazione del "vecchio" regolamento di attuazione ed esecuzione (d.P.R. 207/2010) e, dall'altro, che, sulla base del decreto legislativo recante il nuovo Codice «sono, altresì, emanate linee guida di carattere generale da adottare di concerto tra il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e l'ANAC, che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere (nuovo comma 5)».

⁵²³ Avvenuta con d.l. 90/2014, conv. nella l. 114/2014.

⁵²⁴ In argomento, v. *amplius* C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, cit., 153 ss.

⁵²⁵ Sul punto, v. G. MORBIDELLI, *Poteri impliciti (a proposito della monografia di Cristiano Celone "La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici", Giuffrè ed., Milano, 2012, cit.*

Dunque, una vera e propria “fuga” (questa sì) dal regolamento di attuazione (che sarebbe stato di competenza governativa) e dalle modalità previste per la sua adozione (art. 17, c. 1 della l. 400/1988).

L’elaborazione della nuova disciplina attuativa sarebbe così di fatto “esternalizzata” (salvo il “concerto” col Ministro delle infrastrutture e dei trasporti) all’ANAC, senza le garanzie previste dalla legge 400/1988 (tra cui, si ricordi, il parere del Consiglio di Stato). Trattasi, peraltro, di un vero e proprio potere normativo in bianco, posto che il d.d.l. delega non specifica né le modalità né i limiti di esercizio del potere, oltre a non esprimersi sulla natura giuridica delle «linee guida».

Siamo di fronte anche qui a una forte tensione col principio di legalità e col sistema delle garanzie predisposte dall’ordinamento, le quali evidenziano, in maniera sempre più evidente, la loro inadeguatezza a “contenere” l’espansione dei poteri impliciti delle Autorità indipendenti.

Considerazioni conclusive

SOMMARIO I. *I poteri impliciti delle Authorities al cospetto delle “matrici” della legalità amministrativa* - II. *Poteri impliciti e... “legalità-indirizzo”* - III. *Poteri impliciti e... “legalità-raffrontabilità”* - IV. *Poteri impliciti e... “legalità-predeterminabilità”* - V. *Poteri impliciti e... “legalità-democrazia”* - VI. *Poteri impliciti e... “legalità per principi”* - VII. *Un problema ulteriore: cedimento della legalità e crisi* - VIII. (segue) *Gli “effetti collaterali” di un uso disinvolto di potestà innominate: cenni* - IX. *L’analisi del caso concreto col “filtro” delle “matrici” della legalità amministrativa.*

I. I poteri impliciti delle *Authorities* al cospetto delle “matrici” della legalità amministrativa.

Le molteplici problematiche teoriche e istituzionali coinvolte, nonché l’analisi di taluni (tra i più significativi) casi in cui la teoria dei poteri impliciti è stata applicata alle funzioni amministrative (specie a quelle esercitate dalle Autorità indipendenti) dimostrano l’estrema difficoltà di elaborare una valida e unitaria soluzione all’annosa questione della compatibilità col principio di legalità di potestà amministrative innominate.

Difficoltà che risulta, peraltro, accentuata dalla constatata mutevolezza del significato dei due termini del rapporto in questione: i poteri impliciti da un lato e il principio di legalità dall’altro.

Alla luce di ciò, appare dunque ardito il tentativo - se non a rischio di inadeguate generalizzazioni - di prospettare un’unica soluzione teorica che dia conto in maniera esaustiva delle complesse dinamiche che intercorrono tra la teoria dei poteri impliciti e la legalità amministrativa nell’ambito di indagine che si è in questa sede privilegiato e, cioè, quello relativo al “sistema” giuridico rappresentato dalle Autorità amministrative indipendenti.

D’altra parte, si è già tentato di dimostrare - e ciò non pare smentito dall’analisi dei casi più significativi in cui le Autorità indipendenti hanno fatto uso di poteri impliciti - che sia la concezione rigorista (secondo cui le Autorità

indipendenti possono esercitare solo le potestà espressamente e puntualmente attribuite dalla legge) che quella funzionalistica (in cui alle *Authorities* sarebbe consentito di esercitare anche potestà innominate purché strumentali alla realizzazione delle finalità istituzionali assegnate) non sono idonee a dare completa contezza del complesso e variegato panorama istituzionale in cui si “innesta” l’operato dei predetti organismi.

Le variabili da esaminare sono, invero, molteplici: basti qui menzionare la peculiarità del ruolo istituzionale svolto da ciascuna *Authority*, la particolare natura dei poteri da queste esercitabili, le specificità dei mercati considerati, l’eterogeneità dei valori da tutelare, le *policies* che in alcuni casi perseguono le Autorità; con specifico riferimento a quest’ultimo elemento, appare opportuno superare la tralaticia affermazione secondo cui le *Authorities* sarebbero completamente neutrali: la realtà di fatto e la comune percezione confermano, infatti, che talora una sorta di indirizzo politico emerge con sufficiente chiarezza e che questo dato non può essere sottovalutato nell’analisi giuridica.

Alla luce della pluralità delle variabili, pare, pertanto, preferibile riconsiderare la “griglia” a suo tempo delineata e confrontare le varie “matrici” della legalità amministrativa con l’esercizio di potestà innominate.

E ciò al precipuo scopo di verificare con quali “matrici” della legalità amministrativa, tra quelle che sono state individuate, la teoria dei poteri impliciti risulti maggiormente in tensione.

II. Poteri impliciti e...“legalità-indirizzo”.

Si è precisato, anzitutto, che la misura minima del principio di legalità amministrativa è costituita dalla cd. “legalità-indirizzo”, ossia dalla necessità che l’attività amministrativa sia (almeno) legislativamente predeterminata nel fine⁵²⁶. Tale “matrice” della legalità, che è generalmente valevole per l’azione amministrativa di carattere non autoritativo e che potrebbe corrispondere a una sorta di legalità formale “attenuata” (dove l’attenuazione è rappresentata dalla “debolezza” del fondamento legislativo, il quale è – appunto – individuato “per

⁵²⁶ V. cap. II, par. 8.

obiettivi”), non sembra porre particolari problemi all’utilizzo di poteri impliciti da parte delle Autorità indipendenti.

L’unico limite che la “legalità indirizzo” incontra è, infatti, rappresentato dalle finalità legislativamente assegnate all’attività dell’Autorità, per cui non appare censurabile il potere implicito (di carattere normativo) posto in essere in funzione della realizzazione della finalità⁵²⁷.

Ove, invece, il potere implicito abbia carattere provvedimentale, la sola finalità non appare sufficiente a fondarlo, in quanto esso necessita (almeno) di una “autorizzazione” legislativa formale. Ciò vale, in particolare, per quei poteri impliciti a contenuto ablatorio o sanzionatorio, specie se incidono su diritti e libertà costituzionalmente garantiti⁵²⁸.

Con riferimento ai limiti posti dalla “legalità-indirizzo”, non pare destituito di fondamento il parallelismo con i risultati cui è giunta la giurisprudenza costituzionale nordamericana, ove il requisito necessario (ma non sufficiente) per decretare la legittimità degli *implied powers* è stato individuato nella relazione di *means-end rationality* tra il “mezzo” implicito e il potere espresso (il cui fine, predeterminato dalla norma costituzionale attributiva del potere, costituisce, pertanto, l’unico limite di ogni potestà innominata ad esso logicamente strumentale)⁵²⁹.

È evidente che un approccio di questo tipo si riveli confacente a quelle elaborazioni dottrinali più vicine alle tesi funzionalistiche e che attribuiscono alle Autorità indipendenti un indiscusso ruolo di spicco nel panorama istituzionale. La previsione di una “riserva” di competenza normativa in capo alle *Authorities* e la conseguente possibilità per le stesse di esercitare potestà innominate (ancorché funzionalizzate) è, infatti, compatibile col principio di legalità solo se inteso, appunto, nel suo significato più debole, ovvero quello di legalità-indirizzo.

⁵²⁷ Cfr. cap. III, par. 6.

⁵²⁸ In proposito, v., ad esempio, quanto detto in ordine ai poteri impliciti provvedimentali dell’AEEGSI: cap. III, par. 1.

⁵²⁹ Sul punto, v. cap. I, par. 3.

La “legalità-indirizzo” potrebbe rivelarsi, altresì, adeguata qualora l’Autorità faccia un «uso non politico dei (propri) poteri neutrali»⁵³⁰. Ove le funzioni di arbitraggio dell’Autorità siano svolte senza perseguire finalità *lato sensu* politiche, l’esigenza di un rafforzamento della portata precettiva del principio di legalità non appare adeguatamente giustificata.

Talvolta, infatti, l’Autorità, pur in mancanza di un preciso fondamento legislativo alla sua azione, può fare uso di poteri impliciti per compensare poteri privati troppo forti, senza che ciò comporti indesiderate intromissioni nel singolo rapporto contrattuale: emblematico è il caso dei poteri inibitori di AGCOM in materia di tutela del diritto d’autore su *internet*, al fine di dare maggiore tutela al soggetto debole del rapporto, che di regola è costituito dal titolare del diritto d’autore⁵³¹.

III. Poteri impliciti e...“legalità-raffrontabilità”.

Il limite delle finalità che accompagna la “legalità-indirizzo” è particolarmente duttile, prestandosi a interpretazioni spesso svincolate da sicuri parametri giuridici, rendendo concreto il rischio di sacrificare anche quel nucleo minimo di garanzia di cui la “legalità-indirizzo” è espressione.

Un simile rischio appare, tuttavia, attenuato se si considera il carattere eminentemente tecnico di taluni interventi posti in essere dalle Autorità indipendenti e che ha portato parte della dottrina a valorizzare la matrice della legalità quale “raffrontabilità” dell’attività amministrativa a regole non necessariamente riconducibili alla legge in senso formale⁵³².

In questi casi, si assiste a un ampliamento del novero dei parametri attraverso cui si misura l’attività dell’*Authority*: tra essi, oltre alla legge, vi sono i principi generali del diritto amministrativo (ragionevolezza, proporzionalità, tutela dell’affidamento, giusto procedimento etc...) e le «regole non scritte», le quali, definibili volta per volta a seconda delle specificità del caso concreto, consentono che il potere sia esercitato in conformità allo scopo fissato dalla

⁵³⁰ V. CAIANELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, cit., 372.

⁵³¹ V. cap. IV, par. 3.

⁵³² Cfr. cap. II, par. 8 e cap. III, par. 6.

legge. Tra queste ultime, assumono particolare rilevanza le regole della tecnica, che originano dalla dottrina, dai principi deontologici e, più in generale, dalla prassi specifica del settore coinvolto dall'intervento regolatorio⁵³³.

Peraltro, la regola tecnica non costituirebbe soltanto un "canone" nella fase di esercizio del potere implicito normativo, ma anche un "parametro" per la sindacabilità *ex post* dell'atto emanato, tanto più penetrante quanto più è analitica la motivazione che accompagna l'atto espressione del potere implicito.

IV. Poteri impliciti e...“legalità-predeterminabilità”.

Una "qualificata" raffrontabilità, nel senso di una più pervasiva regolamentazione (anch'essa non necessariamente di rango legislativo) del potere, è emersa dall'esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁵³⁴.

La finalità è qui ben precisa: la protezione di talune libertà fondamentali che potrebbero essere messe a rischio da poteri pubblici non sufficientemente prevedibili per l'incertezza generata dal parametro cui essi fanno riferimento.

Nel corso della presente ricerca si è, tuttavia, dimostrato come la predeterminabilità dell'azione amministrativa sia difficilmente attuabile con riferimento ai poteri delle Autorità indipendenti⁵³⁵.

Invero, le esigenze di certezza del diritto invocate dalla CEDU (e funzionali a una maggiore garanzia delle libertà) non possono essere soddisfatte ammettendo la configurabilità in capo alle *Authorities* di poteri amministrativi impliciti, i quali sono per definizione non prevedibili *ex ante*.

V. Poteri impliciti e...“legalità-democrazia”.

⁵³³ Ciò varrebbe soprattutto nei settori in cui operano la Banca d'Italia, la Consob e l'Isvap: G. MORBIDELLI, *Il potere regolamentare di ISVAP dopo il Codice delle Assicurazioni*, in *Scritti in onore di Giovanni Grotanelli de Santi*, Milano, 2007, 599 ss. ID, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 712 ss.

⁵³⁴ V., in particolare, cap. II, par. 6.

⁵³⁵ Si rinvia a quanto detto nel cap. III, par. 5.

La legalità come “raffrontabilità” (e la conseguente irrilevanza della “natura” del parametro attraverso cui saggiare la legittimità del potere implicito) appare inadeguata a “supplire” il *deficit* di legalità formale e sostanziale laddove il potere implicito non si traduca in un intervento dal contenuto esclusivamente “tecnico”, ma sia espressione di una scelta dal sapore schiettamente politico in funzione di direzione o di indirizzo del settore di competenza dell’Autorità che l’ha compiuta (si pensi alle già citate decisioni con impegni dell’*Antitrust*, ai sensi dell’art. 14-*ter* della l. 287/1990⁵³⁶, oppure all’ampio potere implicito normativo che, sebbene in un’ottica *de iure condendo*, è stato attribuito all’Autorità nazionale anticorruzione e che potrebbe rappresentare uno strumento per l’attuazione di decisioni non solamente di natura tecnica da parte della stessa Autorità⁵³⁷).

Il tasso di “politicità” insito in talune decisioni (anche implicite) delle *Authorities* è, peraltro, potenzialmente elevato, nella misura in cui la genericità e l’eterogeneità delle finalità che sono ad esse legislativamente conferite comporta non solo l’espansione degli strumenti impliciti a loro disposizione, ma anche la possibilità che gli scopi istituzionali siano essi stessi plasmati dalle singole Autorità⁵³⁸.

Se la definizione delle finalità dell’attività delle Autorità è sostanzialmente rimessa alle Autorità medesime sembra necessario un rafforzamento dei limiti al ricorso di poteri impliciti, alla luce della carenza di legittimazione democratica di tali soggetti, che li rende di fatto immuni sul piano della responsabilità politica.

Siamo, quindi, al cospetto di un’ulteriore “matrice” della legalità che valorizza l’aspetto “democratico” del principio, specialmente ove siano coinvolti diritti e libertà costituzionalmente tutelati, spesso soggetti a riserva di legge.

Su tale questione la giurisprudenza amministrativa appare particolarmente sensibile; essa è costante nell’affermare che: «nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con

⁵³⁶ Cfr. cap. IV, par. 2.

⁵³⁷ Cfr. cap. IV, par. 5.

⁵³⁸ Emblematico in tal senso è l’operato dell’AEEGSI: v. cap. IV, par. 1.

obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio»⁵³⁹.

La categoria della «legalità procedurale» è utilizzata dalla giurisprudenza per “ripristinare” dal “basso” la democraticità dei processi decisionali pubblici dell’Autorità attraverso un “dialogo” procedimentale con i soggetti interessati, al fine di rendere conformi con l’ordinamento le proprie scelte normative.

Il recupero della legalità sostanziale (e, quindi, della legittimazione democratica) attraverso la «legalità procedurale» non appare un rimedio adeguato allo scopo.

Non è possibile in questa sede soffermarsi sulle ragioni di tale inadeguatezza. Oltre alla condivisibilità dell’assunto secondo cui «(...) la partecipazione, dal punto di vista giuridico, non è un fattore di legittimazione del potere»⁵⁴⁰, basti qui rilevare che la premessa da cui muove la tesi sopra menzionata è difficilmente accettabile nella sua interezza, attesa l’irrealizzabilità di un contraddittorio assolutamente paritario tra regolatore e regolato; non può, poi, sottovalutarsi come un’enfasi eccessiva sul procedimento possa essere portatrice del rischio di “cattura” del regolatore da parte del regolato, nonché della potenziale paralisi dell’attività decisoria delle Autorità⁵⁴¹.

La legittimazione democratica pare, piuttosto, parzialmente recuperabile *ex post* attraverso il rapporto di legittimazione “politica” sussistente tra le Autorità e il Parlamento, il quale svolge di regola un controllo sull’operato di tali soggetti⁵⁴². Le *Authorities* devono, infatti, predisporre e illustrare annualmente all’organo parlamentare una relazione annuale sull’attività svolta,

⁵³⁹ Cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5105; sez. VI, 16 marzo 2006, n. 1400; sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007; sez. V, 27 dicembre 2006, n. 7972; sez. VI, 2 marzo 2010, n. 1215; Tar Lombardia, Sez. III, 3 gennaio 2011, n. 1; Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2521. Più di recente, v. Tar Lombardia, sez. I, 24 giugno 2014, n. 1648 e Cons. Stato, sez. VI, 20 marzo 2015, n. 1532.

⁵⁴⁰ A. TRAVI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, cit., 4.

⁵⁴¹ Un simile approccio è, però, particolarmente utile in chiave di superamento di asimmetrie informative che possono affliggere l’amministrazione: in argomento, v. G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, *passim*.

⁵⁴² Cfr. A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, *passim*.

che costituisce dunque l'oggetto sul quale il Parlamento esercita la propria attività di "vigilanza".

Non mancano ulteriori meccanismi che sono stati invocati per rafforzare il controllo parlamentare: si pensi, ad esempio, alla volontà manifestata da diverse forze politiche di istituire una commissione parlamentare d'inchiesta al fine di accertare eventuali responsabilità delle Autorità di vigilanza sul sistema bancario e finanziario (come Banca d'Italia e Consob), in ordine alle recenti vicende legate alla sottoscrizione di obbligazioni subordinate emesse da alcuni istituti di credito poi risultati insolventi.

VI. Poteri impliciti e... "legalità per principi".

In dottrina è emersa un'ulteriore "matrice" della legalità come soggezione del potere ai principi generali del diritto amministrativo così come elaborati dalla giurisprudenza; ciò al precipuo di scopo di rendere il potere giustiziabile attraverso un penetrante sindacato di legittimità *ex post* che "compensasse" il *deficit* della predeterminazione normativa *ex ante*⁵⁴³.

Tuttavia, il sindacato sul vizio di eccesso di potere per sviamento sugli atti di regolazione non pare adeguato a fornire una tutela effettiva, in quanto comporterebbe un elevato tasso di creatività giurisprudenziale. In proposito, si è già più volte ricordato che i fini affidati dalla legge alle *Authorities* sono spesso confliggenti, non coordinati, non omogenei, né predeterminabili, determinando rischi di sovrapposizione delle decisioni giurisdizionali alle valutazioni discrezionali dell'Autorità: in definitiva, il giudice rischia di diventare esso stesso un regolatore⁵⁴⁴.

⁵⁴³ M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, cit., 144 ss.

⁵⁴⁴ M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, cit., 280 ss.: «la conformazione spiccatamente finalistica della normativa di liberalizzazione, l'essere quest'ultima un processo che si dispiega per gradi in un lungo arco temporale e la funzione stessa della regolazione, essenzialmente rivolta a mantenere questo processo entro il solco degli obiettivi fissati dalla legge, sono tutti elementi che paiono inclinare quasi naturalmente il sindacato giurisdizionale in materia verso una trasformazione creativa delle finalità della regolazione in un sistema di principi giuridici atti a condizionarne lo svolgimento».

Alla luce di ciò, la giurisprudenza amministrativa è stata indotta ad esercitare, da una parte, un più penetrante sindacato attraverso i principi, tra cui, in particolare, quelli di ragionevolezza e proporzionalità; dall'altra, a valorizzare l'elemento fattuale allo scopo di verificare se l'azione dell'Autorità sia retta da criteri di razionalità scientifica: gioca in tal senso un ruolo decisivo l'*iter* motivazionale, che ha lo scopo di esplicitare la consequenzialità della specifica regolamentazione ai fini assegnati dalla legge⁵⁴⁵.

VII. Un problema ulteriore: cedimento della legalità e crisi.

Va, infine, tenuto pragmaticamente conto, su un piano non propriamente istituzionale, che l'esistenza di opacità e di scarsa chiarezza nei poteri in situazioni di crisi spesso aiuta le istituzioni a fronteggiare le crisi medesime.

Si pensi, ad esempio, alle recenti decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea che ha spesso giustificato, sulla base dell'eccezionalità della situazione di crisi economico-finanziaria degli ultimi anni, la legittimità di interventi spesso non sorretti da adeguate basi giuridiche (v. cap. I, par. 5)

In situazioni di crisi, la predisposizione di regole, tutele e garanzie sembra, dunque, recessiva, rispetto alla logica del risultato: gli "spazi" lasciati dal sistema normativo paiono rappresentare, secondo questo approccio, una "valvola di sicurezza" per potere risolvere rapidamente ed efficacemente i problemi.

Pertanto, in momenti di crisi, la prassi amministrativa e giurisdizionale sembra aver mostrato una maggiore tollerabilità all'uso di poteri impliciti.

VIII. (segue) Gli "effetti collaterali" di un uso disinvolto di potestà innominate: cenni.

Un uso eccessivamente "libero" di potestà innominate potrebbe produrre effetti negativi non solo in termini di mancato rispetto del principio di legalità e di minori garanzie per i privati.

⁵⁴⁵ D. SIMEOLI, voce «Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)», cit., 143.

Vi sono almeno due ulteriori e possibili conseguenze indesiderabili.

In primo luogo, un riconoscimento illimitato di potestà implicite potrebbe condurre l'Autorità che se ne arroga la titolarità a un "eccesso regolatorio" per scopi non necessariamente pertinenti al ruolo di "arbitro" neutrale del mercato di propria competenza, con il conseguente rischio di intrusioni sproporzionate rispetto agli obiettivi legislativamente assegnati.

In secondo luogo, un massiccio ricorso all'esercizio di poteri impliciti potrebbe aumentare il rischio di sovrapposizione di competenze tra più Autorità. Emblematico - anche se non specificamente trattato nel corso della presente ricerca - è il caso dell'*Authority* dei trasporti.

Alla luce della rilevanza e dell'ampiezza delle funzioni e dei poteri attribuiti a tale Autorità, le competenze della stessa entrano, infatti, in contatto con le competenze di altri organismi (es. enti pubblici territoriali, enti strumentali, enti parastatali, altre Autorità indipendenti)⁵⁴⁶. La composizione della fitta e disordinata trama di competenze pubblicistiche nel settore dei trasporti è, dunque, sostanzialmente rimessa all'interprete, il quale - sostituendosi a un legislatore poco responsabile - deve farsi carico di riunire e comporre i numerosi "frammenti" di competenze in materia di trasporti.

L'assenza di un intervento chiarificatore del legislatore, oltre a comportare un aumento del rischio che potestà innominate interferiscano con le competenze di una pluralità di soggetti istituzionali, può rivelarsi foriero, da un lato, del sostanziale depotenziamento dell'azione dell'Autorità dei trasporti e, dall'altro lato, della difficoltà per i soggetti regolati di identificare un unico centro di potere con cui interloquire e confrontarsi.

⁵⁴⁶ In proposito, l'art. 37, c. 4, d.l. 201/2011 (che ha istituito l'Autorità di regolazione dei trasporti) stabilisce che: «(r)estano ferme tutte le altre competenze diverse da quelle disciplinate nel presente articolo delle amministrazioni pubbliche, statali e regionali, nei settori indicati; in particolare, restano ferme le competenze in materia di vigilanza, controllo e sanzione nell'ambito dei rapporti con le imprese di trasporto e con i gestori delle infrastrutture, in materia di sicurezza e standard tecnici, di definizione degli ambiti del servizio pubblico, di tutela sociale e di promozione degli investimenti (...)». Con riferimento specifico ai rapporti con altre autorità indipendenti, lo stesso d.l. riconosce la possibile sovrapposizione o duplicazione di funzioni e poteri tra più autorità relativamente ai settori di competenza dell'Autorità dei trasporti. Infatti, si prevede che restino ferme e che possano essere contestualmente esercitate le competenze dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (ora Autorità nazionale anticorruzione) e dell'Agenzia per le infrastrutture stradali e autostradali di cui all'art. 36, d.l. 98/2011.

IX. L'analisi del caso concreto attraverso il "filtro" delle "matrici" della legalità amministrativa.

In ragione di quanto sopra, il rapporto tra poteri impliciti delle Autorità indipendenti e principio di legalità solleva numerose questioni, che solo un'analisi caso per caso (condotta alla luce delle specificità della fattispecie concreta, della "matrice" di legalità amministrativa considerata, nonché dei principi concretamente in gioco) pare forse idonea a fornire una risposta soddisfacente in termini di compatibilità tra i due termini del rapporto in questione.

Il giudizio di ammissibilità di un singolo potere implicito condotto attraverso il "filtro" delle "matrici" della legalità amministrativa descritte nel corso della presente trattazione potrebbe forse rappresentare un tentativo - auspicabilmente degno di ulteriore approfondimento - di sistematizzazione teorica di una problematica dai confini incerti e difficilmente decifrabile alla luce delle categorie tradizionali del diritto amministrativo.

Peraltro, l'esame di un settore specifico (quale è quello in cui operano le *Authorities*) nel quale il principio di legalità può subire attenuazioni è interessante, in quanto, al di fuori di esso, tale principio dovrebbe in tutte le sue "matrici" trovare un'applicazione compiuta⁵⁴⁷; sicchè le relative attenuazioni o deroghe, soprattutto con riferimento all'attività di carattere autoritativo, dovrebbero rimanere di stretta interpretazione.

⁵⁴⁷ V. cap. II.

Bibliografia

- AA. VV. (a cura di), *Crisi economico-finanziaria e risposta del diritto*, in *Dir. econ., Approfondimenti*, 1, 2012;
- ADAM R., TIZZANO A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010;
- ADAMS J. C., *Il diritto costituzionale americano*, Firenze, 1965;
- ALLEN A. M., CIMINI S. (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. econ., Approfondimenti*, 3, 2013;
- AMATO G., *Autorità semi-indipendenti ed Autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645;
- AMATO G., *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, Milano, 1962;
- ANGIOLINI V., *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986;
- ANTONIAZZI S., *L'Unione bancaria europea: i nuovi compiti della BCE di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e il meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 3-4, 2014, 717;
- ANZON A., *La delimitazione delle competenze dell'unione europea*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2003, 787;
- ARCANGELI R., *La occupazione acquisitiva nella prospettiva costituzionale e comunitaria*, in *Cons. St.*, 2001, II, 513;
- BACHELET V., *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, 904;
- BARAGGIA A., *Legalità sostanziale e (attuale) sostanza della legalità*, in *Le Regioni*, 2009, 710;
- BARNETT R. E., *The original meaning of the Necessary and Proper Clause*, in *J. Const. L.*, 2003, 185;
- BAROZZI REGGIANI G., *Lo strano caso degli impegni AEEGSI. Un paradosso normativo?*, in corso di pubblicazione su *Dir. econ.*, 4, 2015;
- BARTOLOMEI F., voce «Ordinanza», in *Enc. dir.*, Milano, XXX, 1980;
- BASSI N., *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell'azione amministrativa fra regole costituzionali e normativa comunitaria*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 1906;
- BASSI N., *Poteri amministrativi di regolazione e principio di legalità nella recente giurisprudenza*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006;
- BASSI N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001;
- BASSINI M., *Enforcement del Diritto d'autore Online e tutela dei diritti "degli altri". Profili costituzionali del regolamento AGCOM.*, in *Federalismi.it*, 19 settembre 2014;
- BECK J. R., *The New Jurisprudence of the Necessary and Proper Clause*, in *U. Ill. L. Rev.*, 2002, 581;

- BENETAZZO C., *L'acquisizione "sanante" tra principio di legalità e nuove frontiere della responsabilità: gli spunti provenienti dall'U.E.*, in *www.giustamm.it*, 2014, 9;
- BENIGNI A., *La Corte europea dei diritti dell'uomo "boccia" l'occupazione appropriativa*, in *Urb e app.*, 2001, 283;
- BENVENUTI F., voce «Autotutela (diritto amministrativo)», in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959;
- BERTANI A., *Legalità sostanziale e pubblica amministrazione. Spunti sui più recenti orientamenti della giurisprudenza costituzionale sul riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Rassegna parlamentare*, 2005, 695;
- BERTOLINI P., *Delle garanzie della legalità in ordine alla funzione amministrativa*, Roma, 1890;
- BOGNETTI G., *Lo spirito del costituzionalismo americano. La Costituzione liberale*, Torino, 1998;
- BORSI U., *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, in *Scritti di diritto pubblico*, Padova, I, 1976;
- BRUTI LIBERATI E., *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006;
- CACCIAVILLANI I., *Illegalità europea dell'occupazione acquisitiva e suoi rimedi*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2000, III, 512;
- CAIANELLO V., *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Il Foro amm.*, 1997, 341;
- ID, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.* 1997, 341;
- CALVANO R., *I poteri impliciti comunitari. L'art. 308 TCE come base giuridica per l'espansione dell'azione comunitaria*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006;
- CAMERLENGO Q., *Il nuovo assetto costituzionale delle funzioni legislative tra equilibri intangibili e legalità sostanziale*, in *Le Regioni*, 1, 2004, 51;
- CAMMEO F., *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato di Diritto Amministrativo Italiano*, III, Milano, 1901;
- ID, *La esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, in *Giur. it.*, III, 1929, 18;
- CANNADA-BARTOLI E., *Una nozione necessaria: la legittimità degli atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1955, IV, 201;
- CARETTI P. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, 2004;
- ID, *Introduzione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, 2004;
- CARLASSARE L., *Atti governativi d'indirizzo e coordinamento tra principio di legalità e riserva di legge*, in *Le Regioni*, 10, 1982, 1190;
- ID, voce «Legalità (principio di)», in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XVIII, 1988;

- CARRER M., *Il fondamento costituzionale del potere di ordinanza dei Sindaci*, in A. LORENZETTI - S. ROSSI (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana. Origini, contenuti, limiti*, Napoli, 2009;
- CARROZZA P., *I rapporti centro-periferia: federalismi, regionalismi e autonomia*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G. F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2014;
- CASSETTA E., FRACCHIA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015;
- CASSESE S., FRANCHINI C., *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Bologna, 1996;
- CASSESE S., *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969;
- ID, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973;
- ID, *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003;
- CAVALLO PERIN R., *Il contenuto dell'articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 517;
- ID, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990;
- ID, voce «Ordinanze (dir. amm.)», in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, IV, 2006;
- CELONE C., *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012;
- CERESETTI G., *Diritti di libertà ed ordinanze con tingibili ed urgenti: primi spunti di riflessione*, in *Foro amm. TAR.*, 2009, 3409;
- CERRI A., voce «Regolamenti», in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, 1991;
- CERULLI IRELLI V., «Consenso» e «Autorità» negli atti delle Autorità preposte alla tutela della concorrenza, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010;
- ID, *Il principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 345;
- CHALMERS D., DAVIES G., MONTI G., *European Union Law. Cases and materials*, Cambridge, 2010;
- CHELI E., *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967;
- CHIEPPA R., *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 1350;
- CHIEPPA R., LOPILATO V., *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007;
- CINTIOLI F., *I regolamenti delle autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2003;
- ID, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in *Giur. comm.*, 2008, 109;

- ID, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Torino, 2007;
- CIOFFI A., *Il problema della legittimità nell'ordinamento amministrativo*, Padova, 2012;
- CIRILLO G. P., CHIEPPA R. (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, XLI, 1988;
- CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005;
- ID, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, in *Dir. amm.*, 2004, 59;
- ID, *Le autorità indipendenti tra regole, discrezionalità e controllo giudiziario*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 3858;
- CODACCI-PISANELLI A., *Legge e regolamento*, Napoli, 1888, ora in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 77;
- COGNETTI S., *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993;
- COMBA M., *Gli Stati Uniti d'America*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G. F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Roma-Bari, 2014;
- CORSO G., *Il principio di legalità nell'ordinamento italiano*, in *Studium iuris*, 2010, 1011.
- ID, *Il principio di legalità*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011;
- COSMELLI G., *Oltre i confini della materia: la potestà legislativa residuale delle regioni tra poteri impliciti e sussidiarietà*, Milano, 2015;
- COSTA P., ZOLO D. (a cura di), *Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica*, Milano, 2006;
- CREPALDI G., *La potestà regolamentare nell'esperienza regionale*, Milano, 2009;
- CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1993;
- ID, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. cost.*, 1962, 130;
- CURTIS G. T., *Lecture on the Implied Powers of the Constitution delivered by special request to the Law School of Georgetown University in Washington D. C.*, 16 febbraio 1885, Washington, 1885;
- D'AMICO M., *Legalità (dir. cost.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006;
- DAMONTE R., *La Corte di Strasburgo "condanna" l'accessione invertita*, in *Riv. giur. edil.*, 2000, 792;
- DE BURCA G., DE WITTE B., *The Delimitation of Powers between the EU and its Member States*, in A. ARNULL, D. WINSKOTT (a cura di), *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford, 2002;
- DE GRAZIA D., *La regolazione dei servizi di pubblica utilità e l'attività "normativa"*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, 2004;
- DE LUCIA L., *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002;

- DE LUCIA L., MINERVINI V., *Le decisioni con impegni nella normativa nazionale a tutela della concorrenza e dei consumatori*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, 513;
- DEODATO C., *L'efficacia della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nell'ordinamento italiano. La questione della disapplicazione: un problema sopravvalutato?*, in *www.giustamm.it*, 2013.
- DI NOCE A., *Antitrust e regolazione nelle decisioni con impegni in materia di energia*, in *Mercato concorrenza regole*, 2, agosto 2011, 333;
- DOGLIANI M., *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 1;
- DRAETTA U., *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2009;
- DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996;
- EL-SHARKAWI A. I., *Personal liberties and effectuating the Necessary & Proper Clause*, in *J. Legal Advoc. & Prac.*, 3, 2001, 117;
- F. CORVAJA, *Esiste una libertà "innominata" da tutelare? Ordinanze sindacali "creative" e libertà individuale*, in *Le Regioni*, 2010, 33;
- FALCON G., *Relazione conclusiva al Convegno Aipda 2015 dal titolo Le fonti nel diritto amministrativo*, Padova, 9-10 ottobre 2015;
- FALCONE C., *Occupazione acquisitiva e principio di legalità*, Napoli, 2002;
- FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Roma-Bari, 2002;
- FIORITTO A., *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008;
- FOÀ S., *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2002;
- FOIS S., voce «Legalità (principio di)», in *Enc. Dir.*, Milano, XXIII, 1973;
- FRACCHIA F., *Giudice amministrativo ed energia: il sindacato del Tar Lombardia sugli atti dell'Autorità per l'energia e il gas*, in *Dir. econ.*, 2007, 631;
- ID, *Il diritto dell'economia alla ricerca di un suo spazio nell'era della globalizzazione*, in *Dir. econ.*, 1, 2012, 23;
- ID, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010;
- FRACCHIA F., OCCHIENA M., *I beni privati e il potere pubblico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2007;
- ID, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *www.giustamm.it*, 4, 2005;
- FRANCHIONI S., *Potere di ordinanza, sicurezza urbana e Costituzione*, in A. LORENZETTI - S. ROSSI (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana. Origini, contenuti, limiti*, Napoli, 2009;

- FREGO LUPPI S. A., *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999;
- GASPARINI CASARI V., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia (note a margine del 53° convegno di studi amministrativi, Varenna, 20-22 settembre 2007)*, in *Dir. econ.*, 3, 2007, 618;
- GHEZZI F., *La disciplina italiana degli impegni antitrust, ossia l'uso e l'abuso di uno strumento di decisione (troppo) flessibile*, in *Riv. soc.*, 2012, 455;
- GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970;
- ID, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, 391;
- ID, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, 9;
- ID, voce «Atto amministrativo», in *Enc. dir.*, Milano, 1959;
- GIARDINA A., *Principio di legalità e poteri impliciti nelle Comunità europee*, in AA.VV, *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975;
- GNES M., *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 641;
- GOISIS F., *Profili di legittimità nazionale e convenzionale europea della repressione in via amministrativa delle violazioni del diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica: il problema dell'enforcement*, in *AIDA*, XXIII, 2014, 180;
- GRASSO P. G., voce «Necessità (diritto pubblico)», in *Enc. dir.*, Milano, XXVIII, 1977;
- GRESSMAN V. E., *Some Thoughts on the Necessary and Proper Clause*, in *Seton Hall L. Rev.*, 31, 2000-2001, 40;
- GRIFFIN S. M., *Il costituzionalismo americano. Dalla teoria alla politica*, Bologna, 2003;
- GRUNER G., *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012;
- GUASTINI R., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2010;
- GUASTINI R., voce «Legalità (principio di)» in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, IX, 1994;
- HARRISON J., *Enumerated Federal Power and the Necessary and Proper Clause*, *Review of G. LAWSON, G. P. MILLER, R. G. NETELSON, G. I. SEIDMAN, The Origins of the Necessary and Proper Clause*, Cambridge, 2010, in *U. Chi. L. Rev.*, 78, 1101;
- HAY P., ROTUNDA R. D., *The United States federal system*, Milano, 1982;
- IANNOTTA L., *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza del diritto amministrativo tra essere e divenire*, in *Dir. amm.*, 1996, 579;
- IMMORDINO M., POLICE A. (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003;
- KAPTEYN P. J. C., MCDONNELL A. M. E AL. (a cura di), *The Law of the European Union and the European Communities*, Leiden, 2008;
- KELSEN H., *I fondamenti della democrazia*, trad. it., Bologna, 1966;
- LA ROSA G., *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, 2013;

- LAWSON G., GRANGER P., *The "Proper" Scope of Federal Power: A Jurisdictional Interpretation of the Sweeping Clause*, in *Duke L.J.*, 43, 1993, 271;
- LAWSON G., MILLER G. P., NETELSON R. G., SEIDMAN G. I., *Raiders of the Lost Clause. Excavating the Buried Foundations of the Necessary and Proper Clause*, in G. LAWSON, G. P. MILLER, R. G. NETELSON, G. I. SEIDMAN, *The Origins of the Necessary and Proper Clause*, Cambridge, 2010;
- LAWSON G., SEIDMAN G. I., *Necessity, Propriety, and Reasonableness*, in G. LAWSON, G. P. MILLER, R. G. NETELSON, G. I. SEIDMAN, *The Origins of the Necessary and Proper Clause*, Cambridge, 2010;
- LAZZARA P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001;
- LECCISI G., *Brevi note in tema di impegni antitrust*, in www.giustamm.it;
- LEDDA F., *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'Amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3303;
- LEONE C., *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012;
- LEONE G., MAROTTA A., *Espropriazione per pubblica utilità*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XXVII, Padova, 1997;
- LEVI A., *La teoria hamiltoniana degli "implied powers" della Costituzione*, Roma, Accademia nazionale dei Lincei, 1952;
- LEVI F., voce «Legittimità (dir. amm.)», in *Enc. Dir.*, Milano, XXIV, 1974;
- LONGOBARDI N. (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009;
- ID, *Autorità amministrative indipendenti e sistema*, Torino, 2005;
- LYNCH J. M., *Negotiating the Constitution: the earliest debates over original intent*, Londra, 1999;
- MACCHIA M., *Legalità amministrativa e violazione di diritti non statali*, Milano, 2012;
- MANETTI M., *I regolamenti delle Autorità Indipendenti*, in www.astrid-online.it;
- MANFREDI G., *Poteri di ordinanza, legalità, "stato governativo"*, in *Amministrare*, 3, 2013, 407;
- MANGANARO F., *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa. Profili critici e principi ricostruttivi*, Napoli, 2000;
- MANNORI L., SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001;
- MARZONA N., *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996;
- MARZUOLI C., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982;
- MATTARELLA B. G., *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2008;

- MAZZAMUTO M., *Amministrazione e privato*, in *Dir e soc.*, 2004, 51;
- ID, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 2, 463;
- ID, *Il fantasma dell'occupazione appropriativa tormenta i giudici amministrativi*, nota a Cons. Stato, Sez. IV, 16 marzo 2012 n. 1514, in *Giur. it.*, 12, 2012, 2668;
- ID, *Il riparto giurisdizionale. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008;
- ID, *L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, Relazione al Convegno Aipda 2015 dal titolo *Le fonti nel diritto amministrativo*, Padova, 9-10 ottobre 2015;
- ID, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 143;
- MAZZANTINI G., BERTOLI P., *Gli impegni nel diritto italiano della concorrenza: un'analisi empirica a cinque anni dalla loro introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2013, 177;
- MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001;
- ID, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000;
- ID, *I sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007;
- ID, *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quad. cost.*, Bologna, 2006, 273;
- ID, *L'integrazione fra la legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. amm.*, 2009, 43;
- ID, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012;
- ID, *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002;
- MERZ S., *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976;
- MIELE G., *Le situazioni di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 434;
- MIGLIARESE F., voce «Ordinanze di necessità», in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XXII, 1988;
- MIKHAIL J., *The Necessary and Proper Clauses*, in *Geo. L.J.*, 102, 2014, 1121.
- MILANI V., *Principio di legalità e poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 35;
- MORBIDELLI G., *Il potere regolamentare di ISVAP dopo il Codice delle Assicurazioni*, in *Scritti in onore di Giovanni Grottanelli de Santi*, Milano, 2007, 599;
- ID, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 4, 2007, 703;
- ID, *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi*, in F. CINTIOLI, F. DONATI (a cura di), *Recenti innovazioni in materia di sanzioni antitrust*, Torino, 2008;
- ID, *Poteri impliciti (a proposito della monografia di Cristiano Celone "La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici"*, Giuffrè ed., Milano, 2012), in www.anticorruzione.it.

- ID, *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001;
- MORTATI C., *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964;
- ID, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969;
- NAPOLITANO G., *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014;
- NETELSON R. G., *The Framing and Adoption of the Necessary and Proper Clause*, in G. LAWSON, G. P. MILLER, R. G. NETELSON, G. I. SEIDMAN, *The Origins of the Necessary and Proper Clause*, Cambridge, 2010;
- NETELSON R. G., *The Legal Origins of the Necessary and Proper Clause*, in G. LAWSON, G. P. MILLER, R. G. NETELSON, G. I. SEIDMAN, *The Origins of the Necessary and Proper Clause*, Cambridge, 2010;
- OTTAVIANO V., *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 913;
- PACE A., *I ridotti limiti della potestà normativa del governo nella l. n. 400 del 1988*, in *Giur. cost.*, 1988, 1483;
- PADELLETTI M. L., *Art. 1, Protocollo n. 1, Protezione della proprietà*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012;
- PALADIN L., *La potestà legislativa regionale*, Padova, 1958;
- PANTALONE P., *Principio di legalità e favor rei nelle sanzioni amministrative*, in M. ALLENA, S. CIMINI (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. econ., Approfondimenti*, 3, 2013;
- PAOLANTONIO N., *Ordinanze contingibili e urgenti e nullità*, in www.giustamm.it, 2008;
- PARISIO V., *Il controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità indipendenti, con particolare riguardo all'Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *AIDA, Opera prima de Derecho Administrativo*, 2010, 7, Enero-Junio 2010, 283;
- PASSARELLI G., *La Corte suprema degli Stati Uniti dichiara costituzionale la riforma sanitaria di Barack Obama grazie al "balancing role" del Chief Justice J. Roberts*, in *Giur. cost.*, 4, 2012, 3201;
- PASTORI G., *Principio di legalità e autonomie locali*, in *Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008;
- PERICU G., *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, II, Milano, 1971;
- PERONGINI S., *Principio di legalità e risultato amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003;
- PIERONI S., *Il principio di legalità riemerge dalle ceneri della acquisizione coattiva rectius espropriazione indiretta*, in <http://diritti-cedu.unipg.it>.
- PIROZZOLI A., *L'iniziativa dell'AGCOM sul diritto d'autore nelle reti di comunicazione elettronica*, in *Riv. A.I.C.*, 2011;
- POLICE A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007;

- POLITI F., *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009;
- PREDIERI A., *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997;
- PUCCINI G., *La potestà regolamentare della Consob in materia di intermediazione finanziaria alla luce della normativa del testo unico e della sua esperienza attuativa*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti*, Torino, 2004;
- RAMAJOLI M., *Il contraddittorio nel procedimento antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 665;
- ID, *Pluralità e coordinamento tra le istituzioni titolari di poteri di enforcement amministrativo del diritto d'autore*, in *AIDA*, XXIII, 2014, 88;
- ID, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006;
- RANELLETTI O., *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1949;
- ID, *La potestà legislativa del Governo*, in *Riv. dir. pubbl.*, XVIII, 1926, I, ora in *Scritti giuridici scelti. I. Lo Stato*, Camerino, 1992, 411;
- RENNI M., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004;
- ID, *La tutela dei beni pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 396;
- ID, *Le questioni di legittimità del regolamento dell'Agcom sulla tutela del diritto d'autore online*, in *AIDA*, XXIII, 2014, 111;
- RESCIGNO G. U., *Ordinanza e provvedimenti di necessità e urgenza*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, XII, 1965;
- ID, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 247;
- RESTA R., *La "legittimità" degli atti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 28;
- RICCIO G. M., *Relazione al seminario dal titolo Il Regolamento AGCOM sulla tutela del diritto d'autore in rete. Un bilancio a un anno dall'entrata in vigore*, Università "L. Bocconi", Milano, 23 febbraio 2015;
- RISSO F., *Gli impegni per contrastare gli effetti distorsivi della concorrenza: qualificazione giuridica e tutela giurisdizionale*, in *Foro amm. CDS*, 5, 2012, 1367;
- ROMANO A., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, 111;
- ROMANO M. C., *Autonomia comunale e situazioni giuridiche soggettive. I regolamenti conformativi*, Napoli, 2012;
- ROMANO S., *Corso di diritto costituzionale*, Padova, 1940;
- ROMANO TASSONE A., *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2003;

- ID, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, Napoli, 2001;
- ROSSITER C. (a cura di), *The Federalist Papers*, New York, 1961;
- SALVATORE P., *La legalità nell'amministrazione*, in *Giurisdiz. amm.*, 2007, 3, 98;
- SANDULLI A. M., *Fonti del diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, VII, 1961;
- ID, *La potestà normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970;
- ID, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989;
- ID, *Note sul potere amministrativo di coazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 317;
- SANTOLI S., *Principio di legalità e potestà regolamentare delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2003, 1788.
- ID, *Principio di legalità e potestà regolamentare delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.*, 2003, 1786;
- SATTA F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969;
- SCHMITT C., *Legalitat und Legitimat*, Munchen-Leipzig, 1932;
- SCHUTZE R., *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*, Oxford, 2009;
- SCOCA F. G., *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in M. R. SPASIANO (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Napoli, 2012;
- ID, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI agg., 2002;
- SCOCA F. G., TARULLO S., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'accessione invertita: verso nuovi scenari*, in *Riv. amm. Rep. It.*, 2000, I, 445;
- SCOGNAMIGLIO A., *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Dir. amm.*, 2010, 503;
- SIMEOLI D., voce «Contratto e potere regolatorio (rapporti tra)», in *Dig. disc. priv., sez. civ., agg.*, Torino, 2014;
- SIRAGUSA M., *Le decisioni con impegni*, in C. RABITTI BEDOGNI, P. BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Torino, 2010;
- SKUBISZEWSKI K., *Implied powers of International Organizations*, in *International Law at a time of Perplexity, Essays in Honour of S. Rosenne*, Dordrecht-Boston-Londra, 1989;
- SORACE D., *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 386.
- SORDI B., *Relazione al Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 2007 su Il principio di legalità nella prospettiva storica*, in *Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2008;
- SORRENTINO F., *Legalità e delegificazione*, in *Dir. amm.*, 1999, 359;

- ID, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2007;
- SPASIANO M. R., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003;
- SPUNTARELLI S., *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, in *Dir. amm.*, 1, 2008, 223.
- STERN K., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Riflessioni sulla forza vincolante e l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali codificati nella carta*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 6, 2014, 1235;
- STROZZI G., *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale. Dal Trattato di Roma alla Costituzione europea*, Torino, 2005;
- TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010;
- TONOLETTI B., *La tutela della proprietà intellettuale tra giurisdizione e amministrazione*, in *AIDA*, XXII, 2013, 9;
- TRAVI A., *Autorità per l'energia elettrica e giudice amministrativo*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, 2007, 73;
- ID, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1, 1995, 91.
- ID, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Presentazione del tema del Convegno, Varenna, 20-22 settembre 2007, in www.giustamm.it, 2008;
- TRAVI A., PALIERO C. E., voce «Sanzioni amministrative», in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1989;
- TRIMARCHI BANFI F., *Verso una delegificazione delle norme di principio?*, in *Le Regioni*, 10, 1982, 1169;
- TROPEA G., *Una rivoluzionaria sentenza restauratrice (in margine a Corte cost., n. 115/2011)*, in *Dir. amm.*, 3, 2011, 623;
- VALAGUZZA S., *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano, 2008;
- VANDELLI L., *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra diversi livelli territoriali: a proposito dell'art. 3 B del Trattato sull'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1993, 379;
- VARRONE C., *Occupazione acquisitiva o accessione invertita: analisi critica e sviluppi normativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 59;
- VENTURA G., *Ruolo e potere di ordinanza del Sindaco prima e dopo il decreto Maroni*, in A. LORENZETTI - S. ROSSI (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana. Origini, contenuti, limiti*, Napoli, 2009;
- VOLPE F., *Le espropriazioni amministrative senza potere*, Padova, 1996;
- ZANOBINI G., *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 145;
- ID, *L'attività amministrativa e la legge*, in G. ZANOBINI, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 203;
- ZANOBINI G., *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924;

ZILLER J., *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea*, Bologna, 2013.