Scuola dottorale in Scienze Politiche

Sezione Governo e Istituzioni

XXII ciclo

La potestà regolamentare delle Autorità Amministrative Indipendenti

Valerio De Luca

A.A. 2010/2011

Tutor. Prof. Carlo Colapietro

INDICE

Premessa 3

Capitolo 1, Mitezza della Costituzione, principio di legalità e funzioni di regolazione. Il principio di legalità nella democrazia pluralista.

1.1 cenni sull'evoluzione storica. 21

1.2 Il fondamento del principio di legalità. 35

1.3 Le diverse tesi in ordine al fondamento costituzionale del principio di legalità prospettate dalla dottrina. 37

1.4 Applicazioni giurisprudenziali del principio di legalità. 57

1.5 Una proposta ricostruttiva. 76

Capitolo 2, Amministrare le società complesse. Il potere regolamentare tra legalità e poteri impliciti.

2.1 I poteri impliciti. 83

2.2 La prospettiva comunitaria. 95

2.3 I poteri impliciti nel nostro ordinamento con particolare riferimento ai regolamenti delle Autorità Amministrative Indipendenti 102

Capitolo 3, I regolamenti delle Autorità Amministrative Indipendenti.

3.1 Il fondamento costituzionale dei regolamenti e la tensione tra il principio di competenza e quello di gerarchia. 109

3.2. La tesi che vuole rinvenire nel principio di competenza un autonomo fondamento costituzionale della potestà regolamentare delle Autorità Amministrative Indipendenti. 113

3.2.1 segue. Può il diritto comunitario fondare la competenza della potestà regolamentare delle Autorità Amministrative Indipendenti ? 119

3.3. Potere regolamentare delle Autorità Amministrative Indipendenti e riforma del Titolo V della Costituzione. 126

3.4. La irrinunciabilità del principio di gerarchia. 130

3.5 La loro ricostruzione in forza della teoria dei poteri impliciti. La legalità è anche giudiziale e procedimentale. 133

3.6 La loro ricostruzione in forza della teoria dei poteri impliciti. La legalità è anche giudiziale e procedimentale. 142

3.6.1 segue art. 23 l. 262 del 2005. 147

Bibliografia 154

Premessa

Mitezza della Costituzione, principio di legalità e funzioni di regolazione.

L'interpretazione della Costituzione, pur non discostandosi ontologicamente dall'attività giuridica necessaria all'interpretazione di qualsiasi testo normativo, è però caratterizzata da una grande attenzione ai valori e principi[1]. Questi sono ormai legati in modo indissolubile al ruolo stesso che le Costituzioni moderne assumono nell'ordinamento del quale sono espressione della legalità suprema[2]. Le Costituzioni nelle democrazie pluraliste sono vertice del sistema politico istituzionale rispetto al quale devono assolvere una

---

[1] MODUGNO F., *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, da ultimo pubblicato in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 27. Afferma l'Autore come "l'interpretazione è, pertanto, l'incontro tra una oggettività da interpretare e una soggettività interpretante, entrambe immerse in un contesto intersoggettivo di significati. Nei contesti umani, culturali e sociali – imprescindibili nella interpretazione giuridica in genere – si insinua al tempo stesso, nella interpretazione costituzionale, la rappresentazione (precomprensione)del presente atteggiarsi della forma di stato e di governo – la presenzialità dell'assetto istituzionale – e l'adesione o lo scetticismo e persino la repulsione nei confronti del medesimo, il desiderio di tutela o di rafforzamento, ovvero anche la tensione verso il rigetto, il mutamento o il superamento. Insomma è stimolato al massimo un atteggiamento valutativo dell'interprete nei confronti dei principi e dei valori fondamentali, fondanti e costitutivi del complessivo assetto politico sociale."

[2] AZZARITI G., *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di PALAZZO, Napoli, 2001, 237 "nelle democrazie pluraliste le costituzioni per farsi valere (dal punto di vista normativo, ma ancor prima sociale) e dunque per potersi legittimamente collocare al vertice del sistema politici – istituzionale … devono dimostrare di saper svolgere quella funzione di integrazione sociale che si pone a proprio fondamento di legittimazione"

fondamentale funzione di integrazione che si risolve nella loro stessa legittimazione.

E' da questi valori e principi che prende spunto la presente ricerca, che muove dalla individuazione di quale sia il rapporto tra legge e pubblici poteri nel nostro ordinamento, e quanto il sistema nel suo complesso sia rigido o flessibile nel declinarsi della potestà normativa dal vertice costituzionale lungo la scala delle fonti del diritto.

Legalità significa, in primo luogo, affermazione del principio fortemente connesso con quello democratico, in forza del quale è la legge, fonte primaria ed espressione diretta dell'organo rappresentativo del popolo, che deve prevedere, legittimare ed indirizzare ogni altro pubblico potere[3]. Evidentemente però tale compito potrà essere adempiuto con differenti livelli di gradazione, intendendosi rispettato il principio in esame anche in assenza di una disciplina legislativa omnicomprensiva ed invadente, purché la legge sia effettivamente argine e guida del dispiegarsi del potere.

Il principio di legalità rappresenta dunque lo strumento giuridico che in via privilegiata permette all'ordinamento di misurare e confrontare tra loro le diverse esigenze della certezza del diritto, di cui è in via diretta espressione e garanzia, e della flessibilità o della giustizia sostanziale. Quanto, insomma, possa essere "libera" l'Amministrazione dello Stato al momento di organizzarsi ed agire per esplicare il proprio ruolo è questione fortemente connessa alla stessa idea di legalità che si impone nell'ordinamento.

Ciò che s'intende indagare in questo lavoro è se solamente un'idea di legalità tale da incardinarsi in un rispetto formalistico del rapporto tra le fonti del

[3] Pur esulando dalla linea di lettura della presente ricerca, e pertanto non approfondito, ricco di spunti è anche il tema del rapporto tra principio di legalità e potere giurisdizionale.

diritto sia in grado di assicurare questa esigenza di certezza o se, al contrario, potrà ritenersi salvo il rispetto del principio di legalità anche a fronte di un sistema che tenda ad un sostanziale rispetto dei principi fondamentali sui quali si regge, attraverso un procedimento di regolazione che offra altrettanta certezza passando per un percorso differente, non dato dal formalistico ordinarsi delle fonti del diritto ma dal suo essere *socialmente accettabile*, in quanto rispondente ad un senso di giustizia e *controllabile*, in quanto adottato su procedure razionali.

Intorno al grado di rigidità che questo principio crea nel sistema si sono affermate differenti ricostruzioni, tutte sostenute da autorevoli voci. Senz'altro costituisce garanzia di democraticità un'impostazione rigorosa nel rispetto della legalità, che necessariamente si risolve in una limitazione all'agire dei pubblici poteri. L'ordinamento ha però altre esigenze, parimenti essenziali al suo sviluppo, quale quella di progredire ed adattarsi alle necessità del suo tempo.

Il rispetto della legalità non può, quindi, trasformarsi in un elemento di rigidità tale da arginare la naturale evoluzione del sistema, rendendolo impenetrabile all'emersione anche di nuovi strumenti di regolazione[4].

---

[4] Il contrasto tra esigenze garantistiche assolte dal principio di legalità e la necessità di lasciare margini di flessibilità al sistema, in modo tale che possa adeguarsi alle evoluzioni sociali è molto approfondita nell'ambito del diritto penale, dove dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate in ordine alla natura della riserva di legge prevista dall'at. 25 Cost. In particolare la tesi che sostiene la natura "relativa" della riserva di legge in esame, seppur oggi assolutamente minoritaria, ha storicamente rinvenuto l'argomento di maggior sostegno proprio nella concreta difficoltà per il legislatore di essere al passo con i tempi, tanto per la mutevolezza storica legata alla definizione dell'illecito penale, quanto per la difficoltà di cristallizzare materie fortemente tecniche. Si rende quindi necessaria la "collaborazione del regolamento con il legislatore" chiamato ad esercitare una "collaborazione diretta" in funzione descrittiva del tipo di illecito, C. ESPOSITO, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione,* in *La Costituzione Italiana. Saggi*, Padova, 1954, 540; in senso conforme G. ZANOBINI, *La potestà regolamentare e le norme della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, I, 563.

Evidentemente in ordinamenti caratterizzati dalla presenza di una costituzione rigida quale il nostro, risulta senz'altro più arduo affrontare il tema del rapporto tra le fonti del diritto inserendo elementi di flessibilità, che necessariamente sono forieri di un'apparente incertezza.

Tuttavia nel moderno atteggiarsi della politica costituzionale non è più solo la concezione della sovranità ad essere elemento ispiratore dell'ordinamento, capace di ricondurlo ad unità. Il principio pluralista è entrato ormai con forza nello "Stato Costituzionale", aprendo a dinamiche sia interne che esterne agli Stati che coinvolgono direttamente la definizione dei diritti e l'assetto dei poteri in un modo non più centralizzato e "fisso", ma diffuso e dinamico.

La perdita di sovranità verso l'alto (soprattutto a favore delle Istituzioni comunitarie) è un processo ampiamente rilevato e studiato. Anche nelle dinamiche interne della "vita" costituzionale, però, non mancano importanti processi di ridefinizione della sovranità e dell'apertura a sue differenti declinazioni. Se lo Stato, inteso come unico organismo, rimane al centro della gestione dell'indirizzo politico nazionale e quindi padrone dell'esercizio della sovranità, sempre più sentita è l'esigenza di una riorganizzazione della *governance* al proprio interno, anche per adeguare la conformazione dell'autorità pubblica secondo logiche e criteri più vicini alle esigenze funzionali degli interessi economici e sociali[5].

---

[5] RAVERAIRA M., *Qualità della normazione e* better regulation *nella* governance *degli interessi*, in *www.federalismi.it*, n. 24 del 2006, afferma tra l'altro come "in assenza di un centro politico globale, se lo Stato permane come «centro» di indirizzo politico e di decisione, anche nella autolimitazione di sé, non vi è però dubbio che esso debba riposizionarsi, rispetto ai canoni tradizionali della sovranità, nella ricerca del più congruo equilibrio, da un lato, in termini di adattamento alla produzione regolativa esterna e, dall'altro lato, in termini di riallocazione interna, in vista di quella decentralizzazione ed articolazione plurale dei soggetti titolari di poteri decisionali e regolativi, comunque necessitate dalle trasformazioni dell'agire pubblico indotte dalla stessa *governance*."

L'emergere del fenomeno delle Autorità Indipendenti rientra a pieno in questo processo. Molteplici sono le letture del fenomeno offerte dalla dottrina in particolare per risolvere il problema della loro compatibilità costituzionale. Prima ancora di muoversi su di un piano di stretto diritto positivo, il tema attinge alla stessa caratteristica portante del moderno diritto costituzionale, che sembra aver perduto il fondamento della propria costruzione incentrato sul concetto di sovranità. E' oggi lo sviluppo del principio pluralista l'elemento che gioca un ruolo principe, e che costituisce, attraverso la composizione di differenti valori, il primo compito del diritto costituzionale.

In questo senso la centralità della legge, storicamente legata all'esercizio della sovranità riconosciuta al popolo e delegata al Parlamento, perde di rilevanza. I differenti valori, espressione nel loro complesso del principio pluralista, possono trovare, ed effettivamente trovano, nel diritto costituzionale nuove vie di composizione e regolamentazione.

Ciò comporta necessariamente che anche ordinamenti dotati di Costituzioni rigide siano in grado, proprio per permettere una rinnovazione ed un recepimento delle istanze presenti nella società civile, di garantire una certa flessibilità legittimando anche l'insorgere di nuove forme di amministrazione e di regolamentazione che siano più idonee a garantire la coesistenza ed il compromesso di differenti valori.

Del resto, riportando ancora il più ampio ragionamento al caso dell'emersione nel sistema delle Autorità Indipendenti, è ampiamente riconosciuto come la loro nascita sia legata alla necessità di rinvenire una differente modalità di amministrazione e regolazione di settori legati alla tutela di diritti fondamentali, rispetto ai quali si è avvertita forte l'esigenza di enucleare nuove modalità di composizione degli interessi coinvolti, che sapessero al contempo garantire neutralità e alto profilo tecnico di regolamentazione.

Ecco allora che anche il principio di legalità deve trovare un nuovo equilibrio pure con il principio pluralista, così inteso, affinché non venga a costituire, all'interno di questo percorso, un elemento di rigidità tale da porsi in contrasto con quello che è stato autorevolmente indicato come il "carattere essenziale del diritto degli Stati costituzionali odierni" rappresentato dall'immagine della "mitezza"[6].

Mitezza che deriva proprio dalla massima valorizzazione del principio pluralista, considerato come l'unico meta-valore non rinunciabile, nel quale l'ordinamento ritrova la propria unità, e che invece consiste proprio nel non conferire valenza assoluta agli altri valori e principi, i quali dovranno essere tutti mantenuti nel loro pluralismo e confronto reale.

Anche la legalità verrà così relativizzata in funzione del principio pluralista, e dovrà in parte abbandonare la sua stretta connessione con il formalismo insito nel sistema delle fonti del diritto per abbracciare l'idea della ricerca di un suo fondamento dinamico, che passi attraverso la partecipazione ed il controllo dei procedimenti decisionali e la prevedibilità delle decisioni giuridiche, elementi idonei ad assicurare la certezza del diritto in modo più moderno e meno formalistico[7].

---

6 G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, 11

7 M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati, Atti del Convegno Palermo 27-28 febbraio 2003* a cura di M Immordino – A. Police, Giappichelli,Torino, 2004, p. 23 rileva "E' chiaro , quindi, come nel passaggio dallo Stato legale di diritto allo Stato sociale di diritto il valore liberale della certezza subuisce, una parziale trasformazione, confluendo nella più ampia nozione di sicurezza, non solo sicurezza nei rapporti giuridici, ma anche di sicurezza sociale, assumendo , come si è sostenuto, la consistenza di un vero e proprio diritto fondamentale, la cui tutela e valorizzazione le costituzioni moderne sono chiamate ad assicurare. In questa accezione di certezza, molto lontano da quella dell'ideologia liberale (dove la certezza del diritto è in funzione garantistica, quale srtrumento volto ad assicurare al singolo la tutela, nei confronti del potere, di

E' proprio il pluralismo che si pone come equilibrio legato alla pluralità e alla distinzione di centri di potere. A questo proposito risulta quanto mai illuminante il pensiero di un grande Autore che sottolineava la tendenza "ad evitare che lo Stato, cui si affidano molte attività e molte funzioni, si trasformi in una mostruosa macchina e che pochi uomini concentrino in sé il potere di direzione politica, economica e sociale". Questa via "adempie, perciò, in uno stato che non pone più come compito esclusivo la formazione del diritto, alla stessa funzione cui nello stato giuridico adempiva la divisione dei poteri; o se si vuole, tende, in altro campo e sotto altro profilo, al medesimo fine cui tende rispetto all'attività giuridica la divisione di poteri….evitare…. che il principio di tutta la vita della Nazione sia concentrato nello Stato, e che il principio della vita dello Stato sia concentrato in pochi organi"[8].

In questa differente prospettiva il potenziamento di altre fonti di produzione normativa, tra le quali quelle di regolazione delle Autorità, sono indice di una maggior partecipazione democratica, soprattutto se trovano un momento forte, in relazione alla loro formazione ed introduzione nel sistema, nel

---

alcuni valori, quali quello dell'uniformità della decisione, della sicurezza di fronte al potere esecutivo ed applicativo, della calcolabilità, dell'uguaglianza formale, della libertà personale) è evidente lo sforzo di adeguare la nozione, ampliandone e per certi versi snaturandone gli originari contenuti, alle nuove esigenze che lo sviluppo tecnologico, sociale, economico pone all'attenzione dell'ordinamento. Il che significa, detto in altri termini, necessità per lo Stato in tutte le sue articolazioni, politiche ed amministrative, di prendere in considerazione il cittadino in relazine alle concrete situazioni (politiche, sociali, economiche, culturali, ecc...) in cui si trova effettivamente.

[8] L'espressione celebre è di Carlo Esposito, richiamato, proprio in relazione alla constatazione di come il principio del pluralismo sia sempre più centrale nell'interpretazione della Costituzione, dal Presidente Emerito della Corte Costituzionale CHIEPPA R. nel proprio *Intervento* alla *Giornata di studio sul ruolo delle Corti costituzionali nelle odierne democrazie*, in *http://www.cortecostituzionale.it*. POLITI F., *La potestà normative delle Autorità Indipendenti: nuovi profili di studio*, in LONGOBARDI N., *Autorità Indipendenti e sistema giuridico – istituzionale*, seconda edizione, Torino, 2009, 295.

coinvolgimento degli stessi destinatari. La partecipazione "dal basso", fortemente valorizzata dalla giurisprudenza amministrativa, viene così a costituire garanzia di democraticità anche più vigorosa di quella tradizionalmente legata alla derivazione dall'organo rappresentativo della volontà popolare, assicurata dalla legge.

Se nello Stato di diritto ottocentesco il principio di legalità "comportava la riduzione del diritto alla legge"[9] con esclusione di ogni altra fonte, fungendo da baluardo e limitazione dell'Esecutivo del Re e del potere giurisdizionale, nell'attuale diritto costituzionale tale funzione si è in parte persa, portando due prime rilevanti conseguenze con sé.

In primis la legge non ha più l'onere di dover costituire fondamento dell'intero sistema dovendosi rapportare a lei in via diretta tutte le altre previsioni normative di ranghi subordinati e qualsivoglia esercizio di poteri amministrativi. D'altra parte però, ben continuando ad essere fonte principale di attribuzione delle potestà normative, non ne costituisce più l'unico elemento, né tanto meno può considerarsi in ciò del tutto libera. Delle prime limitazione derivano incontestabilmente dall'ingresso nel sistema di norme sovraordinate, quali sono quelle costituzionali e comunitarie. Si pone così il problema, in questa sede solo accennato ai fini di una prima comprensione, del rapporto che deve legare la legge ai regolamenti (nello specifico a quelli delle Autorità Indipendenti). Se cioè il rapporto debba necessariamente essere di tipo gerarchico, o se invece si possa aprire all'idea che la Costituzione (anche sotto l'influenza del diritto Comunitario) riservi diversi ambiti di competenza alla potestà regolamentare in alcune materie, sottraendola anche alla legge, in modo da aprire a fonti regolamentari di tipo primario.

---

[9] ZAGREBELSKY G., op.cit., 24.

Si perde, quindi, la centralità del ruolo della legge, tipica dell'epoca liberale, che incentrava il suo fondamento sulla nozione di "forza di legge" intesa come relazione tra fonti inserite in un sistema gerarchico, ricomprendendo nella stessa anche il carattere della "primarietà". In tal modo corollario della forza di legge non poteva non essere quello dell'illimitatezza, ossia capacità di regolare ogni materia con il solo limite dell'applicazione del principio di gerarchia rispetto a fonti pari ordinate (dotate quindi di forza di legge) intervenute successivamente. In regime di Costituzione flessibile, infatti, alcuna norma avrebbe potuto porre limitazioni alla legge, che era atto a competenza generale e dotato di forza omogenea[10]. Non così in ordinamenti dotati di Costituzione rigida, all'interno dei quali il ruolo della legge è necessariamente circoscritto, dovendo rispettare, sempre in applicazione del criterio gerarchico, anche eventuali limitazioni di competenza stabilite in norme costituzionali. E' ormai pacifico, infatti, che la legge non può legittimamente intervenire nella regolamentazione di alcune materie conferite dalla Costituzione a diversi atti, rispetto ai quali risulta anche scorretto ragionare in termini di primazia gerarchica, essendo invece il criterio della competenza a regolarne i rapporti[11]. In tal modo la legge ha perso il suo carattere di fonte a competenza generale o illimitata, essendo chiamata al rispetto delle fonti sovraordinate ed alla limitazione di competenza, da queste ultime stabilite, nei confronti di alti atti[12].

---

[10] SANDULLI A.M., *Legge, forza di legge, valore di legge*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1957, 270.

[12] CICCONETTI S. M., *Le fonti del diritto italiano*, Torino, 2007, 264, il quale, a seguito della constatazione di come il criterio della competenza vada oggi ad affiancare quello della gerarchia limitando così il carattere illimitato della legge, offre anche una definizione di forza di legge basata, appunto, sul criterio della competenza "atti con forza di legge sarebbero anche quelli autorizzati da una norma costituzionale a disciplinare determinate materie ad essi riservate e sulle quali deve ritenersi escluso l'intervento della stessa legge".

E' questo un passaggio di fondamentale importanza nella ricostruzione del rapporto che lega la legge agli atti normativi delle Autorità Indipendenti. Portando ad ulteriori conseguenze il processo di cui si è dato conto, non trascurabile appare la tesi di quanti rinvengono nella competenza il reale principio che regolerebbe i rapporti tra queste fonti, con la conseguenza che la legge non potrebbe intervenire in un ambito materiale devoluto alla regolamentazione delle Autorità. Sebbene, infatti, tale potestà venga attribuita per mezzo di una legge ordinaria, quindi astrattamente pariordinata ad una eventuale successiva legge che intenda direttamente regolare la stessa materia, la legge "istitutiva" della competenza godrebbe di una copertura costituzionale tale da determinare una "attribuzione permanente e stabile di competenza"[13] non superabile con interventi puntuali di altre leggi. Un eventuale contrasto tra regolamento dell'Autorità adottato in forza della previsione della legge istitutive ed una legge successiva che intenda regolamentare incidentalmente la stessa materia, andrebbe risolto in favore della norma regolamentare, per violazione di un parametro interposto, costituito, appunto, dalla legge istitutiva dell'Autorità.

Sebbene la citata ricostruzione appaia non conforme al rapporto tra legge e regolamenti che la Costituzione ha disegnato, per verità in modo poco esplicito, è tuttavia estremamente indicativa di come sia marcato il superamento dell'idea della supremazia della legge da perseguire attraverso una rigida applicazione dei principi di gerarchia e di legalità.

L'attività delle Autorità costituisce, per una pluralità di ragioni che emergeranno nel prosieguo, un punto di osservazione particolarmente efficace per studiare questo rapporto. Già nelle prossime pagine si analizzeranno le

---

[13] NICOLAI S., *Autorità Indipendenti come autorità di garanzia*, in Rass. Parlam., 1988, 358.

differenti letture che possono darsi della legalità dell'azione amministrativa nel nostro ordinamento offrendo un tentativo di leggere alla loro luce l'affermazione dei consistenti poteri delle Autorità, indugiando ancora in una fase preliminare della ricerca, gioverà spendere qualche ulteriore parola sull'evoluzione che la legalità da ultimo conosce, segnata proprio dal rapporto con il principio pluralista e con la necessità di assicurare la governabilità di società complesse anche tecnologicamente. In questo rapporto si trova, *in nuce*, il significato della lettura che al fenomeno si vuole dare, nonché il tentativo di ricostruzione sistematica dei fenomeni studiati nella parte finale della ricerca stessa.

Il principio di legalità, tradizionalmente, ha la sua prima declinazione e contenuto minimo nella necessità che fonti di tipo regolamentare e provvedimentale trovino il loro fondamento in una legge. Tuttavia questo limite minimo non offre alcun approdo certo al momento di vagliare la conformità o difformità di un atto regolamentare o provvedi mentale con una legge di riferimento, se prima non si determina con maggior dettaglio quale può essere la discrezionalità riconosciuta al provvedimento di secondo livello, o, *rectius*, quale sia in termini di tassatività il tenore che la legge fondativa della fonte subordinata deve rispettare.

In altre parole, si deve cercare un punto di equilibrio capace di offrire qualche certezza applicativa tra le due letture alle quali il principio può prestarsi, se sia sufficiente una previsione generica ed ampia, un *vague statutory standards*, a sostegno della legittimità dell'esercizio anche ripetuto della potestà regolamentare o provvedimentale oppure se, al contrario, occorra una puntuale e specifica previsione a copertura della legittimità di ogni singolo atto. Tra queste due interpretazioni "massimaliste", poi, si pongono diverse alternative sul grado di determinatezza che deve avere l'atto legislativo che conferisce il potere

regolamentare, ammettendosi dai più che il trasferimento di poteri debba comunque essere accompagnato da una disciplina di principio.

La dottrina si interroga tuttora su quale debba essere la portata del principio di legalità anche alla luce di tutti gli altri principi che sono presenti nel nostro ordinamento democratico. Inoltre, come accennato, coniugare questo principio con il fondamento del potere regolamentare è compito ancor più complesso in relazione ai regolamenti delle Autorità. A seconda del soggetto titolare del potere regolamentare cambia, infatti, il significato e la portata del principio di legalità. I poteri delle Autorità Indipendenti, in particolare, accentuano il contrasto tra le configgenti esigenze di tutela del principio democratico e di efficienza della *governance*, nonché sollevano la questione dei rapporti tra l'ordinamento unitariamente inteso e i singoli centri di potere che in esso si creano e quindi del "potere pubblico esercitabile al di fuori del generale circuito di responsabilità democratica e delle garanzie costituzionali"[14]. Fondamento della potestà regolamentare e collocazione gerarchica dei regolamenti delle Autorità Indipendenti non sono, infatti, problemi affrontabili in modo disgiunto, derivando dal primo conseguenze dirette in ordine al secondo.

Nei sistemi giuridici continentali, infatti, il principio di legalità si afferma proprio con l'imporsi della centralità nel sistema dell'organo parlamentare, trasferendo in questo modo, sul piano delle fonti del diritto, l'idea di una supremazia, all'interno dell'ordinamento, della volontà di origine popolare. In tal modo il principio di legalità diviene all'interno del sistema delle fonti la clausola che riconduce ad unità il sistema, legittimandolo proprio in funzione di una derivazione, comunque, imputabile al Parlamento. E' quindi evidente che il

[14] CERRI A., *Regolamenti*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1991, 4. Sul tema si veda il cap. III

conferimento di poteri regolamentari a soggetti che si pongono al di fuori del rapporto fiduciario tra Parlamento e Governo, fenomeno certamente implementato dal sistema della Autorità Indipendenti, sembra contrastare con l'idea che il principio di legalità possa oggi avere un significato differente, ridotto. Proprio in relazione alle Autorità, o meglio agli atti da queste emanati, un recupero di democraticità quale effetto dell'applicazione rigida del principio di legalità, avrebbe il pregio di compensare la nota mancanza di esplicita copertura costituzionale degli organi.

Tuttavia nei moderni Stati costituzionali, il principio di legalità deve rapportarsi agli altri principi pure presenti, trovando con essi un contemperamento, e perdendo in parte la sua funzione di democraticizzazione del sistema delle fonti del diritto. Sono, in tale ottica, sempre più sentite le esigenze di conciliare il principio democratico con istanze di efficienza della regolamentazione nonché con il principio della rappresentanza politica e della legittimazione democratica, trovando in queste sollecitazioni le più stimolanti prospettive di ricerca.

In questo senso emergeva già nel pensiero del Mortati l'idea che la legalità non andasse unicamente intesa quale rapportabilità di ogni potere normativo al Parlamento, ciò alla luce della valorizzazione del principio del decentramento contenuto nell'art. 5 Cost.

Non è quindi una riflessione nuova quella secondo la quale la legalità, così come ogni altro principio, deve trovare un suo equilibrio all'interno del sistema. Questo processo acquisisce un significato ben più pregnante, però, se armonizzato alla rilevante valorizzazione del principio pluralista. I due fenomeni non possono infatti rimanere disgiunti, dal momento in cui proprio nel pluralismo accolto e tutelato nel testo costituzionale come "meta-valore" si può concepire un differente percorso di legittimazione delle fonti regolamentari che, anziché passare

per una derivazione democratica comunque rapportabile all'organo parlamentare, per l'appunto con una rigida applicazione del principio di legalità, divenga espressione di differenti centri di potere, pure con ampia legittimazione costituzionale.

In tal modo il principio di legalità risulta temperato da quello pluralista, e non rimane investito in via esclusiva del compito di assicurare la democraticità delle fonti subordinate alla legge, le quali possono trovare il altri centri di potere costituzionalmente previsti la propria legittimazione, pur dovendo comunque muoversi negli ambiti indicati dalla legge, che risulta però in questo compito maggiormente libera di muoversi tra un'indicazione dettagliata e stringente o, in alternativa, una mera previsione delle finalità da perseguire.

La legge, infatti, assolverà la funzione di indirizzare l'attività anche normativa degli organi dell'amministrazione e, solamente in parte, quella di offrirne legittimazione democratica.

Certamente anche la ricostruzione che si avvalora non è priva di incertezze. E' stato infatti rilevato come il principio pluralista possa costituire "un importante tassello per l'elaborazione di una teoria che ritenga il potere regolamentare espressione diretta di una (sfera di) autonomia costituzionalmente fondata, parimenti non sembra (da solo) sufficiente a sostenere la non-necessarietà di un fondamento legislativo (e dunque il superamento dello stesso principio di legalità)"[15]. I principi pluralista e di legalità andranno quindi congiuntamente calibrati non potendosi prescindere né dall'uno né dall'altro al momento di individuare un fondamento al potere regolamentare delle Autorità.

---

[15] POLITI F., *La potestà normative delle Autorità Indipendenti: nuovi profili di studio,* cit., 306.

Le difficoltà non sono quindi trascurabili, tuttavia l'indagine appare comunque premiante, anche nell'ottica dell'effettività che queste fonti hanno assunto nell'ordinamento.

Nell'ambito del diritto costituzionale, più che in altri rami del diritto, l'effettività di determinate regole costituisce elemento di importanza non trascurabile. Per quanto attiene ai poteri regolamentari delle Autorità Indipendenti, poi, l'effettività ha assunto una rilevanza ancor maggiore in considerazione di come questi si siano sviluppati nell'assenza di una disciplina legislativa dotata di una anche minima previsione generale. Lo sviluppo è stato quindi ampio e frammentario, guidato solamente da leggi di settore, spesso caratterizzate da disposizioni minime per quanto riguarda possibilità e limiti dei susseguenti poteri. L'affermazione di queste fonti nell'ordinamento ha di conseguenza impegnato i giuristi in un'opera di riorganizzazione successiva più che in una previa attività di indirizzo, ricostruzione che passa, appunto, per la ricerca di un fondamento della stessa potestà alla luce della Costituzione, prima ancora che delle leggi ordinarie istitutive delle Autorità, caratterizzate da estrema fugacità in ordine ai poteri regolamentari[16].

Il principio del pluralismo costituisce, alla luce di quanto brevemente affermato in queste prime pagine, cardine per fondare tanto la legittimità delle Autorità indipendenti quali modulo organizzatorio della Pubblica

---

[16] POLITI F., *La potestà normative delle Autorità Indipendenti: nuovi profili di studio*, cit., 308 afferma "quindi, il riconoscimento del duplice fondamento (costituzionale e legislativo) del potere regolamentare viene ad assegnare alla (sempre necessaria) legge un significato diverso, giacché l'intervento del legislatore è «necessario» in un duplice senso: come fondamento e limite del potere regolamentare, ma anche quale vincolo in positivo per il legislatore , che non può giungere a comprimere del tutto il relativo potere regolamentare".

Amministrazione, seppur ampiamente caratterizzate da posizione e poteri inediti, quanto il fondamento della loro potestà di regolazione, riconducendo ad unità lo studio delle fonti e dei relativi organi titolari. Si conduce così una più ampia rilettura della stessa articolazione del principio democratico, che perde quello che tradizionalmente è stato individuato come centro gravitazionale risiedente nel Parlamento, come organo rappresentativo della volontà popolare, e nella sua privilegiata forma di espressione, la legge. Frantumazione quindi dei centri nei quali si articola la sovranità, con conseguente necessità di studiare differenti modalità di sviluppo del principio democratico, attraverso, ad esempio, la partecipazione procedimentale alla formazione degli atti delle Autorità o alla neutralizzazione delle scelte affidate, con fiducia piena e forse eccessiva, alle competenze tecnico professionali.

Non pochi gli elementi rinvenibili nello stesso testo costituzionale che legittimano alla base questa linea interpretativa.

Per quanto attiene al ruolo centrale della legge nel sistema delle fonti, si è già accennato come si possano rinvenire numerose limitazioni alla sua operatività, che derivano dalla stessa opzione di adottare una Costituzione rigida e la conseguente sottoposizione della legge alle fonti costituzionali[17], ma anche la previsione di riserve di legge (che possono essere lette come individuazione di obblighi in

[17] Dall'applicazione del principio pluralista all'assetto costituzionale delle fonti del diritto, si può ricavare l'idea che la legge sia principalmente, sebbene non esclusivamente, fonte di norme sulla produzione. In questo senso MODUGNO F., *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2002, 36 "una indicazione per individuare in che cosa possono consistere questi ambiti «privilegiati» per lo svolgimento della funzione legislativa può provenire intanto dalla considerazione di come l'assetto pluralistico, che la costituzione presceglie per l'ordinamento, si traduca nella esistenza di una pluralità di fonti normative, già, almeno parzialmente, delineata a livello costituzionale e spesso corrispondente a sfere di autonomia, politica o sociale (…). In tale ordinamento la legge dovrebbe porsi eminentemente come fonte di norme sulla produzione , dei principi fondamentali di una normativa , affidata ad altri centri, soggetti, organi statali, come ad. es. Governo, agli enti pubblici, fino alle più svariate espressioni di autonomia."

positivo per il Legislatore), e più in generale l'applicazione del criterio della competenza[18], in luogo di quello di gerarchia, nella distribuzione della potestà tra le diverse fonti di produzione.

Sul piano degli organi, si può rilevare come il ruolo del Parlamento sia si centrale, ma non tale da esaurire tutti gli spazi di potere. Inoltre, l'evoluzione dell'organo nei nuovi equilibri istituzionali sempre più ha portato ad una perdita di centralità, particolarmente nei confronti delle prerogative riconosciute al governo.

Ciò si traduce proprio sulla funzione normativa, che già nel disegno costituzionale del 1948 ha riscontrato una progressiva perdita di centralità rispetto ai regimi ottocenteschi, data da una pluralità di fattori, quali la previsione della procedura aggravata di revisione costituzionale, la potestà legislativa regionale, anche alla luce del suo grande potenziamento con la riscrittura del Titolo V, la previsione di leggi atipiche e rinforzate, l'esistenza del *referendum* abrogativo. La legge non è più, quindi, fonte del diritto per eccellenza, proprio perché nello Stato democratico – pluralista del secondo dopoguerra "il pluralismo delle fonti ha detronizzato la legge"[19].

Tanto affermato in ordine alla centralità del principio pluralista nel nostro ordinamento, ed alle grandi ripercussioni che questo ha sul principio i legalità nell'ottica di individuare il fondamento del potere regolamentare delle Autorità, si

---

[18] Per una definizione CICCONETTI S. M., *Le fonti del diritto italiano*, 51 "costruire i rapporti tra fonti secondo il principio della competenza significa presupporre l'esistenza di una norma, contenuta in una fonte di grado superiore, che assegni sfere di operatività distinte a fonti diverse di grado inferiore; sfere di operatività che possono riguardare le materie di spettanza dell'una o dell'altra fonte oppure il diverso modo d'intervento nella disciplina di una stessa materia attribuito all'una o all'altra fonte".

[19] G., ZAGREBELSKY *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 114.

può passare ad una analisi proprio del principio di legalità, che tante incertezze ancora porta con sé.

Ciò permette l'affermarsi di costituzioni "aperte" che si realizzano proprio nell'equilibrio che le Istituzioni realizzano, attraverso la loro effettività, e non nella esecuzione "dall'alto" della Costituzione stessa[20]

[20] G. ZAGREBELSKY, op.cit., 10, "L'assunzione del pluralismo nelle forme di una costituzione democratica è semplicemente una proposta di soluzioni e di coesistenze possibili, cioè un «compromesso delle possibilità», non un progetto rigidamente ordinante che possa essere assunto come un a priori della politica dotato di forza propria, dall'alto al basso. Solo a questa condizione , possiamo avere costituzioni «aperte», che permettono, entro i limiti costituzionali, sia la spontaneità della vita sociale che la competizione per l'assunzione della direzione politica, entrambe condizioni della sopravvivenza di una società pluralista e democratica. Non la costituzione ma la politica costituzionale, che deriverà dalle aggregazioni e dagli spostamenti del pluralismo, potrà determinare gli esiti costituzionali storicamente concreti. Per rendersi conto di questa trasformazione, si può pensare alla costituzione non più come centro dal quale tutto deriva per irradiazione, attraverso la sovranità dello Stato cui si appoggiava, ma come centro verso cui tutto deve convergere, cioè come centro da guadagnare piuttosto che come centro da cui partire. La «politica costituzionale» per mezzo della quale si punta a quel centro non è esecuzione della Costituzione, ma realizzazione della Costituzione, in uno dei mutevoli equilibri in cui può rendersi effettiva".

Capitolo 1

Il principio di legalità nella democrazia pluralista.

1.1 cenni sull'evoluzione storica.

Chiarite in linea di massima le prospettive della ricerca, si può intraprendere, coerentemente con l'impostazione enunciata, lo studio del principio di legalità.

Offrire una definizione di questo principio, che soffre di tutte le incertezze legate soprattutto all'assenza di un esplicito riconoscimento testuale, è opera quanto mai ardua. Ampissima è, poi, la letteratura scientifica italiana che ha indagato il tema.

In via di prima approssimazione legalità significa conformità alla legge dell'esercizio dei pubblici poteri, ed interessa così il rapporto autorità – libertà, che caratterizza storicamente le diverse forme di Stato, segnando in particolare il passaggio dallo Stato assoluto, in cui la volontà del Monarca era libera da ogni tipo di controllo, allo Stato liberale, fondato invece, sul primato della legge.

Affermare che i pubblici poteri sono soggetti alla legge significa, in primo luogo, dettare una regola fondamentale per la loro validità, che risiede, appunto, nella conformità alla fonte primaria. Il concetto di conformità assume in questa prospettiva un valore di primo piano, risolvendosi in questo termine il rapporto che lega la fonte subordinata alla legge, e quindi, in forza di quanto affermato, la legittima.

Prima di ripercorrere le differenti letture che la dottrina nel tempo ha dato del concetto di conformità, occorre interrogarsi sul parametro rispetto al quale questa deve essere raffrontata. Il termine "legge", infatti, può essere inteso tanto in senso tecnico di legge formale, come atto adottato dal Parlamento secondo la procedura delineata in Costituzione e definita nei regolamenti parlamentari,

quanto in senso generico di "legge materiale", dunque di norma giuridica intesa in senso più ampio, capace di ricomprendere anche le leggi costituzionali. Le differenze che precipitano dall'uno o dall'altro significato che si vuole dare al termine legge non sono di poco conto.

Nella prima accezione, infatti, il principio di legalità assolve la sua funzione originaria, nata con lo Stato di diritto, di espressione di un corollario già implicito nella concezione della sovranità che si manifesta attraverso l'espressione tipica della volontà generale degli organi rappresentativi del popolo. In tal modo si costituisce un limite al potere esecutivo e giurisdizionale, che possono agire nei soli confini tracciati dal Parlamento, ma non si detta alcuna norma che possa indirizzare l'attività di quest'ultimo, proprio sulla considerazione di come la sovranità trovi nella forma[21] rappresentativa esercitata dall'organo la sua piena realizzazione. Certamente non sono pochi gli elementi che nel nostro ordinamento valorizzano il ruolo svolto dalle Camere, e da tempo anche la giurisprudenza costituzionale, in celebri arresti, ne ha valorizzato al massimo la funzione.

Tuttavia questa impostazione risulta oggi recessiva rispetto alla differente ricostruzione che vede nel dettato costituzionale la reale espressione della sovranità, che dunque si esprimerebbe, in regime di Costituzione rigida, non nel potere legislativo ma in quello costituente. Data la coincidenza, nel nostro ordinamento, del potere legislativo e di quello costituente, ciò non conduce ad alcun ridimensionamento del ruolo giocato dall'organo rappresentativo, ma comporta la fondamentale conseguenza di estendere l'applicazione del principio di legalità anche al potere legislativo. La conformità alla legge, in questo senso,

[21] R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, ed. IV, Torino, vol. IX, 85.

non andrebbe riferita all'atto tipico "legge", intesa quindi in senso meramente formale, bensì alla "legge materiale" intesa nel senso di norma o insieme di norme giuridiche (da qualsiasi fonte esse provengano) in modo tale che la legge non sia cosa diversa dal "diritto oggettivo".

Questo è un passaggio fondamentale non solo nell'accezione del principio di legalità, ma nella stessa forma di Stato e nella dimensione della democrazia. Si passa infatti da uno Stato di diritto, che sottopone l'esercizio dei poteri pubblici al rispetto della legge, ad uno Stato costituzionale di diritto, nel quale la legalità è regola che investe anche e soprattutto lo stesso potere legislativo[22]. I diritti dei cittadini non nascono nella legge, in modo che appare anche logicamente incomprensibile affermare l'esistenza di diritti da far valere contro la legge, ma nascono, pur rimanendo nel campo del diritto positivo, nella Costituzione, che ben può conferire diritti da far valere anche nei confronti del Legislatore.

Così, "*i due modelli di stato di diritto … riguardano l'uno la dimensione formale (o mera), l'altro la dimensione sostanziale (o stretta) del principio di legalità e perciò della validità, nonché della democrazia*" [23]. In una impostazione di tipo formale, infatti, il principio di legalità costituisce norma di riconoscimento del diritto vigente, che permette di affermare l'esistenza, prima ancora della validità, delle norme giuridiche, che esistono indipendentemente dalla loro valutazione in termini di giustizia. Ciò costituisce già un'importante evoluzione rispetto al diritto premoderno nel quale l'inesistenza di un sistema unitario e formalizzato di fonti positive apriva ad una valutazione non formale ma sostanziale, dettata dalla razionalità e dalla giustizia di

---

[22] FERRAJOLI L., *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma Bari, 1989, XIII.

[23] FERRAJOLI L., *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia. 2 Teoria della Democrazia*, Editori Laterza, 2007, 29.

un'elaborazione dottrinale o giurisprudenziale della vecchia tradizione romanistica.

L'affermarsi, con lo Stato moderno, del principio di legalità si accompagna così alla nascita del monopolio statale nella produzione del diritto ed alla sua emancipazione da valutazioni di tipo sostanziale. La norma giuridica viene ad essere tale non perché giusta ma perché adottata dall'autorità competente, conformemente al celebre brocardo *Auctoritas, non veritas facit legem*[24]. Non stupisce quindi, che a questo riguardo, si parli di onnipotenza del Legislatore, che può dettare regole che trovano legittimazione esclusivamente nella sua autorità. Si assiste così all'affermarsi del potere centrale regio con un correlativo rafforzamento della burocrazia statale centrale e periferica ed il conseguente ampliamento dell'ordinamento amministrativo. L'affermazione del potere del governo statale viene visto come un occasione di affermazione del principio di uguaglianza di tutti i sudditi di fronte alla legge del Re. Così venne percepita la riforma incisiva del sistema giurisdizionale, volta a sostituire l'appartato medievale, basato su una amministrazione della giustizia in mano alla nobiltà con una classe di magistrati funzionari pubblici, che rispondono del loro operato direttamente al Sovrano.

In questo panorama, la giustizia regia assume i connotati di garanzia e, in ultima analisi, costituisce una affermazione del principio di legalità, inteso come

[24] Espressione del positivismo giuridico secondo le parole di Hobbes. Al riguardo si veda DI MARCO G. A., *Thomas Hobbes nel decisionismo giuridico di Carl Schmitt,* Guida Editori, 1999, 109, "la contrapposizione di *auctoritas* e *veritas*, ossia il contrasto, tipico del pensiero decisionistico, tra soggetto e contenuto della decisione, esprime la consapevolezza, da parte di Hobbes, dell'eterogeneità tra l'ordine sovrapositivo della verità e quello positivo della legge, dunque del fatto che l'effettività giuridica della norma si fonda sul valore giuridico autonomo della persona che la interpreta. La *lex* in cui si parla in quest'asse mediano del cristallo, cioè fatta dall'*auctoritas* e non dalla *veritas*, è quinidi in un senso del tutto opposto al normativismo, non una norma valida per le sue interne qualità, ma comando positivo, non è *ratio*, ma *voluntas*."

assoggettamento di tutti alla legge, o, nel caso del sistema inglese, ai principi dell'ordinamento validi erga *omnes*[25], attraverso la funzione creativa del diritto che in quell'ordinamento ha la decisione della giurisprudenza.

Con il passaggio allo Stato costituzionale di diritto la teoria della validità delle leggi subisce un nuovo, fondamentale mutamento, affiancando limiti di tipo sostanziale a quelli di tipo formale sulla formazione.

I limiti di tipo sostanziale esigono quindi una conformità di contenuto tra la legge primaria e le norme costituzionali, quindi, mentre la norma di riconoscimento del vigore rimane il principio di legalità, come sin ora inteso di principio di legalità formale, la norma di riconoscimento della validità si arricchisce di un carattere sostanziale, parlandosi al riguardo di principio di legalità sostanziale o di stretta legalità, che vincola anche la sostanza delle norme prodotte. Fattori irrinunciabili di questa evoluzione del principio di legalità sono il carattere rigido della Costituzione e, soprattutto, il controllo di costituzionalità.

Diverse altre sono, poi, le conseguenze che autorevole dottrina[26] ha evidenziato come effetto diretto del passaggio dallo Stato legislativo a quello costituzionale di diritto. Tra queste una modificazione della stessa struttura della democrazia e della teoria dello Stato di diritto, dal momento in cui nel costituzionalismo rigido muta profondamente la dottrina dei limiti al potere dello Stato, i quali transitano dal piano della filosofia politica a quello del diritto positivo e, quindi, della scienza giuridica. L'esistenza di una costituzione rigida impone, infatti, una serie di limitazioni in primo luogo proprio al potere legislativo, che non è più onnipotente, ma limitato nelle proprie scelte anche da prescrizioni di

---

[25] M. TUCCI, *L'amministrazione tra pubblico e privato e il principio di legalità dall'antichità ai giorni nostri. Aspetti ricostruttivi e prospettive di sviluppo*, Giuffrè, 2008, 100.

[26] FERRAJOLI L., *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia,*cit., 33.

tipo sostanziale[27] che si pongono sul piano del diritto positivo. Il legislatore è quindi rappresentante del popolo, ma la sovranità potrà essere esercitata solo nei limiti e nelle forme previste dalla Costituzione, escludendo così l'esistenza di poteri assoluti, o *legibus soluti*, anche se rapportabili all'espressione rappresentativa del popolo stesso.

Con l'avvento della Costituzione si apre un processo che, seppur lentamente, porta la legalità formale e la legalità sostanziale ad acquisire due prospettive fortemente diversificate. La legalità formale, rispettata dalla gerarchica previsione da parte della norma superiore di quella inferiore, è indifferente ai valori da esse espressi. Si traduce in una positivizzazione del criterio di gerarchia delle fonti, con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di validità delle norme subordinate. Rispetto alla legalità sostanziale, invece, emerge un approccio che interessa i valori espressi dalle norme, riaffermando così la sua diretta connessione con la forma di Stato.

In epoca pre-repubblicana la mera previsione del principio di legalità inteso come necessario ricorso alla legge esprimeva l'essenza stessa della concezione liberale dello Stato, oggi il costituzionalismo moderno esige che la legalità sia strumento

---

[27] Evidente è, nel nostro ordinamento positivo, l'esistenza di tali limiti, esplicitata nel I comma della art. 117 Cost. a seguito della sua riformulazione ad opera della legge costituzionale n. 3 del 2001. Il problema dei limiti al potere legislativo derivanti da fonti di livello sovraordinato è oggi estremamente complicato dall'adesione dell'Italia alla Comunità Europea. Senza entrare nel complesso rapporto che lega fonti nazionali a fonti comunitarie o appartenenti al diritto internazionale, che esulerebbe dall'ambito in questa sede trattato, si deve rilevare come lo Stato nazionale abbia perso in gran parte il monopolio della produzione normativa, che tuttavia non è transitato ad altro e maggiore soggetto, ma si è sostanzialmente frammentato in una pluralità di direzioni rischiando così di compromettere l'esistenza di una teoria generale del diritto pubblico – costituzionale, prodotto dalla mancanza di limiti al potere.

per vincolare l'intero ordinamento al rispetto di determinati valori, anche prescindendo dalla *interpositio legislatoris*.

Legalità significa recepimento dei principi costituzionali, si arricchisce quindi di un'aggettivazione e diviene legalità costituzionale. Ne discende in modo consequenziale che il principio in esame può essere soddisfatto anche da atti subordinati alla legge pur in assenza di un intervento del legislatore ordinario[28]. Del resto, nei casi in cui esigenze di garanzia pongano la necessità di un intervento della legge ordinaria, con esclusione quindi dell'esecutivo, la Costituzione dispone riserve di legge relative o assolute.

La ricostruzione prospettata vuole evidenziare la limitazione che dalla Costituzione rigida discende al potere legislativo e la contemporanea emersione, nel teso costituzionale, di valori nuovi (come quello pluralista) che, proprio alla luce dell'accezione di legalità che caratterizza l'ordinamento, costituiscono fondamento di varie istituzioni e poteri.

Proprio a livello costituzionale si rinviene, così, il passaggio dall'idea di una legalità solo formale ad una legalità sostanziale, attenta cioè non solo al rispetto della forma di "legge", ma anche ai valori che vi sono sottesi. Non si tratta in quest'ottica, come correttamente rilevato, di una contrapposizione tra legalità in senso formale e legalità in senso sostanziale, quanto di una loro integrazione[29].

---

[28] MODUGNO F., (a cura di) *Lineamenti di diritto pubblico*, cit., 104 afferma che "va pure sottolineato che la vgenza del principio di legalità in senso sostanziale non va necessariamente ricondotta all'idea della sottomissione dell'esecutivo al legislativo. Viceversa, occorre sempre essere coscienti, quando si ragiona di legalità, e soprattutto di legalità in senso sostanziale, che si chiama in causa un'esigenza destinata ad essere soddisfatta non esclusivamente, né principalmente dal legislatore, essendo sufficiente anche l'intermediazione di atti normativi diversi dalla legge".

[29] F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia,* in *Diritto Pubblico*, 2007, 2, il quale rileva come "Di questo processo di integrazione fra una legalità sostanziale e una legalità formale o, se si

Rispetto al potere legislativo, infatti, la legalità sostanziale non implica certo che il legislatore ordinario possa adottare solamente le leggi che sono previste dalla Costituzione, in modo che ogni suo esercizio debba corrispondere ad una puntuale norma costituzionale che lo autorizzi, definendone il contenuto in modo più o meno rigido. Neanche può essere accolta l'idea che le leggi ordinarie abbiano il solo scopo di portare ad esecuzione i principi contenuti nella Costituzione, replicando in un certo senso quello che può essere il rapporto tra leggi e regolamenti. Il legislatore si muove, infatti, in un più ampio ambito di libertà, potendo fare per mezzo del potere legislativo, conferitogli in via generale dall'art. 70 Cost., tutto ciò che non è espressamente vietato dalla Costituzione[30]. Tuttavia l'emersione di una legalità costituzionale richiama l'attenzione principalmente a che il Parlamento, nell'attività legislativa, si conformi ai principi contenuti nella Carta costituzionale, e tra questi, secondo quanto precedentemente affermato, al principio pluralista.

La legalità costituzionale, così come deve operare al massimo livello della gerarchia delle fonti, non appare quindi inconciliabile con la necessità di apertura dell'ordinamento alle nuove istanze provenienti dalla società, come

---

preferisce, fra legalità e legittimità sono state date, e si possono dare, varie spiegazioni di teoria generale. Per la dottrina tedesca il fenomeno, interno e comunitario, sarebbe riconducibile ad una necessaria norma di chiusura di ogni ordinamento positivo, il principio di certezza del diritto (*Rechtssicherheit*), a sua volta produttivo di una serie di principi ad esso riconducibili dei quali il principale sarebbe il principio della tutela dell'affidamento degli amministrati (*Vertrauensschutz*). Per altri si tratterebbe di una forma di produzione normativa giudiziale diretta o indiretta (sulla base di principi generali ai quali il legislatore di qualunque tipo, comunitario, costituzionale o legislativo interno fa rinvio) riconducibile ad una forma di sopravvivenza del diritto romano comune di fronte alla codificazione, dal momento che i principi accertati, e applicati, dai giudici, ai vari livelli, sarebbero principi riconducibili a principi giuridici della tradizione giuridica occidentale, in ultima analisi a principi desunti al diritto romano.

30 MODUGNO F., *L'invalidità della legge, II, Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano, 1970, 343.

precedentemente affermato. Anzi, proprio la legalità diviene strumento d'attuazione di tutti i valori costituzionali, e le leggi che prevedono nuove Istituzioni o nuove forme di distribuzione ed articolazione del potere ben possono trovare legittimazione proprio in questa accezione della legalità sostanziale, che lungi dal divenire ostacolo a differenti sviluppi delle forme istituzionali, ne può costituire fondamento. Si tratta, infatti, di una lettura di tutti quei principi che attraverso la legalità sostanziale possono avere la giusta valorizzazione per essere posti a fondamento proprio delle scelte operate dal legislatore in ordine alla articolazione delle Istituzioni e alla distribuzione del potere.

Una lettura sostanzialistica della legalità, alla luce dei valori costituzionali nei quali si va ad inserire, costituisce passaggio indispensabile per conciliarla con il principio di effettività, certamente contrastante con essa, ma parimenti essenziale all'interno dell'ordinamento, non solo rispetto alla sua norma fondante, ma a tutte le norme, specialmente sulla produzione.

In relazione alle Autorità Indipendenti il contrasto tra legalità ed effettività appare centrale, data l'emersione irrompente del fenomeno che ha fatto spesso spostare gli equilibri a favore dell'una, l'effettività, con forti contrasti in relazione all'altra, la legalità. Relazione che si ripropone tanto nell'indagare la copertura costituzionale delle Autorità, quanto, più nello specifico, rispetto all'esercizio da parte di queste di poteri di regolazione. La legalità intesa in senso sostanziale pertanto, non solo ben può essere compatibile con i poteri regolamentari delle Autorità Indipendenti, ma ne può divenire fondamento nei limiti in cui questi costituiscano attuazione dei valori desumibili dall'interpretazione delle specifiche norme costituzionali, in assenza di previsioni di riserve di legge.

Del resto proprio questa lettura "integrata" della legalità formale con la legalità sostanziale-costituzionale ha trovato nel fenomeno dell'integrazione degli

ordinamenti europei e nella formazione del diritto comunitario una forza propulsiva di primo piano[31], così come è avvenuto per l'affermarsi delle Autorità Indipendenti, facendo sì che tale fenomeno non sia solo nazionale ma riguardi l'intera Comunità europea dove grazie alla giurisprudenza della Corte di Giustizia l'integrazione della legalità formale con i principi generali comuni agli Stati membri ha permesso di fare rilevanti progressi nel cammino della integrazione tra gli ordinamenti. In questa prospettiva appare importante evidenziare il ruolo di primo piano ricoperto proprio dalla giurisprudenza sia della Corte di Giustizia che dei giudici nazionali, che nell'enucleare i principi comuni agli Stati membri ha dato sostanza alla legalità, contribuendo non poco allo sviluppo della Comunità. Non appare infatti eccessivo affermare che se esiste un principio di legalità comunitario

---

31 F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia,* cit., "Il fenomeno di integrazione e «manipolazione» della legittimità amministrativa avrebbe avuto origine nei singoli ordinamenti dei Paesi della Comunità ad opera dei giudici amministrativi, ma questa tecnica sarebbe trasmigrata alla Corte di giustizia della Comunità europea che la utilizza per accertare i principi generali comuni alla legalità amministrativa dei vari Paesi membri della Comunità (e come spesso succede in operazioni di questo genere contrabbandando come principi generali comuni principi creati ex novo), col risultato di far entrare tali principi in tutti gli ordinamenti degli Stati membri in base alla clausola «federale» della prevalenza del diritto comunitario a prescindere dall'effettiva vigenza nei singoli ordinamenti di tali principi. Fenomeno parallelo, ma coincidente nei risultati, sarebbe quello del legislatore comunitario che, per omogeneizzare la normativa dei vari Paesi della Comunità, fissa in regolamenti, ma più spesso in direttive immediatamente applicabili perché normativamente complete, principi generali da applicare agli atti delle amministrazioni di tutti i Paesi dell'Unione, ad integrazione o in sostituzione della legalità esistente nei singoli ordinamenti, integrazione o sostituzione accertabile dai giudici nazionali e comunitari in base alla clausola della prevalenza del diritto comunitario, dando così luogo ad un procedimento circolare di produzione normativa analogo a quello in precedenza descritto nel quale intervengono soltanto il giudice comunitario e quelli costituzionali e amministrativi nazionali. Con qualche variazione quando intervengono giudici «internazionali» che non godono del privilegio federale della Corte di giustizia della Comunità europea, ma che immettono anch'essi principi generali confliggenti con la legalità amministrativa vigente nei singoli Stati, come nel caso, frequentemente sperimentato dall'Italia, della Corte di Strasburgo per i diritti dell'uomo. Con l'aggiunta in questo caso di possibili conflitti fra la «produzione normativa» delle varie Corti, internazionali, comunitarie e nazionali apparentemente prive di rapporti fra di loro."

questo nasce e vive proprio nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e che inoltre, proprio il diritto comunitario che tanto fatica a veder sancita una sua "costituzione" ha invece ben sviluppato l'idea di una legalità non formalistica ma ispirata a principi capaci di condurre ad unità il sistema.

L'aprirsi ad una legalità sostanziale intrisa di principi con l'avvento della Costituzione repubblicana è evidente anche guardando all'ambito del diritto penale. Il diritto punitivo è, infatti, la prima e più marcata forma di esercizio della sovranità, che diviene strumento attraverso il quale lo Stato può indirizzare il comportamento dei cittadini sanzionando le trasgressioni con la privazione, nei casi più gravi, della libertà personale.

Con la Costituzione repubblicana, come noto, la definizione dei casi e dei modi che possono portare lo Stato ad esercitare la propria potestà punitiva è rimessa, in modo tendenzialmente assoluto, al legislatore attraverso la riserva di legge contenuta nell'art. 25 Cost. Questa è però una garanzia solo minima, che assicura la partecipazione anche delle minoranze nella determinazione dei reati e la loro sindacabilità da parte della Corte Costituzionale. L'adozione di una costituzione rigida, che recepisce e cristallizza una serie di valori, indicando le stesse finalità che l'ordinamento nel suo complesso mira a raggiungere, come l'eguaglianza di fatto di tutti i cittadini (art. 3 Cost.) ed il massimo rispetto e sviluppo dei diritti fondamentali della persona (art. 2 Cost.), ha sottratto anche alle scelte del legislatore una significativa porzione di discrezionalità.

La determinazione delle condotte da incriminare, pur rimanendo monopolio della legge, non è più espressione di sovranità assoluta, essendo invece soggetta a sempre più penetranti controlli in ordine alla conformità delle scelte compiute con l'insieme dei valori ed il contemperamento dei diritti contenuti nella Costituzione. Il principio di necessaria offensività del reato, il cui fondamento

costituzionale[32], sebbene non esplicitato, è pacificamente ammesso, costituisce in questa prospettiva un limite che si rivolge in primo luogo proprio al legislatore, che potrà disporre della sanzione penale solo al fine di proteggere quei valori meritevoli di tutela, non essendo legittima invece la sanzione della mera disobbedienza al comando legislativo o, comunque, quella disposta in modo non coerente con il sistema dei valori recepiti dalla Costituzione.

Assodato che la costituzionalizzazione del principio di offensività vincola il legislatore, nella selezione delle condotte da assoggettare a sanzione penale, di individuare solo fatti concretamente lesivi di beni giuridici tutelati

32 E' ampiamente riconosciuta in dottrina la costituzionalizzazione del principio di offensività, in questo senso FIORELLA, *Reato in generale*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, 1987; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, 1973; GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 8. Questi e gli altri numerosi Autori che riconoscono il fondamento costituzionale dell'offensività, invocano come norme poste a coperture dello stesso l'art. 13 Cost., in modo tale che l'irrogazione di una sanzione penale può essere ammessa solo come reazione ad una condotta che offenda un bene di ari rango (in particolare BRICOLA, op. cit., 15); l'art. 25, comma 2, che subordina la sanzione penale alla commissione di un "fatto",negando così la possibilità che il legislatore punisca la mera disobbedienza; gli artt. 25 e 27 Cost. che in combinato disposto segnano la distinzione tra pena e misura di sicurezza, riconoscendo solo a questa ultima funzione preventiva di futuri reati e lasciando la pena legata alla commissione del fatto di reato; ed anche, significativamente, l'art. 21 Cost. poiché la sanzione di determinati comportamenti privi di effettivo disvalore si tradurrebbe in un'ingiustificata limitazione dell'agire umano e, quindi, della libera manifestazione del suo essere. Anche la Corte costituzionale è venuta progressivamente riconoscendo la costituzionalizzazione del principio di offensività. Una prima fase della giurisprudenza della Corte fu caratterizzata dall'adozione di sentenze di tipo interpretativo, invitando quindi i giudici *a quibus* ad una verifica della concreta lesività delle fattispecie. Successivamente, in una seconda fase inaugurata dalla sentenza n. 519 del 1995, in *Foro it.*, 1996, I, 1150, , la Corte ha censurato le norme incriminatrici parchè prive di un interesse giuridico da tutelare, ricorrendo però ad altri principi come la ragionevolezza. Da ultimo la Corte ha affermato l'illegittimità di norme incriminatrici per diretto contrasto con il principio di offensività, riconoscendone così il valore di parametro costituzionale. E' il caso della sentenza n. 354 del 2002, in *Guida al dir.*, 2002, 32, 82, con la quale è stata dichiarata, per altro invocando vari parametri, l'illegittimità dell'art. 688, comma II, del codice penale.

dall'ordinamento, ci si deve porre l'ulteriore problema relativo alla esistenza, per lo stesso legislatore, di vincoli precisi per la selezione dei beni da proteggere.

A seguito dell'adozione della Costituzione rigida, si deve appunto affermare che l'ambito dei valori all'interno dei quali può spaziare la discrezionalità del legislatore non può essere fondata su base meta positiva, coinvolgendo valori di stampo morale, religioso o ideologico, ma deve rimanere vincolata a valutazioni di tipo giuspositivo. In un sistema penale come il nostro, fondato sul principio di legalità, che impone di sanzionare condotte che ledano beni riconosciuti come tali da una fonte legislativa, l'individuazione del bene meritevole di tutela non può che avvenire all'interno dell'ordinamento positivo. Si è così individuato il limite sostanziale alla potestà punitiva del legislatore nella significativa lesione di un valore costituzionalmente rilevante[33].

Anche in questo specifico campo, pertanto, l'avvento di una Costituzione rigida ha comportato l'insorgere di limiti al potere dello Stato che non sono rimessi alla volatilità dei rapporti politici, ma transitano nel rigore del diritto positivo.

---

33 In questo senso GAROFOLI R., *Manuale di diritto penale*, *Parte generale*, Milano, 362. Vi è anche chi contesta l'ammissibilità della ricostruzione prospettata, in forza di due argomentazioni differenti. In primo luogo mancherebbe nel testo costituzionale un quadro esaustivo di beni meritevoli di tutela dai quali "attingere" PULITANÒ D., *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983, 498. Inoltre non troverebbero tutela, in forza del ragionamento proposto, i beni "emergenti" PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, parte generale*, Milano, 1998, 220. In realtà le obiezioni non sembrano cogliere nel segno, specialmente a seguito dell'interpretazione ampia adottata rispetto a certe norme della Costituzione, ed all'estensione del parametro di costituzionalità a norme sovranazionali. Possono essere definiti, infatti, in senso ampio i beni costituzionalmente significativi, ricomprendeno tra questi i beni implicitamente ed esplicitamente tutelati dalla costituzione, i beni tutelati da convenzioni internazionali, i beni ricompresi nei diritti inviolabili dell'art. 2 Cost., e i beni presupposti dai beni di rilievo costituzionale, in questo senso MARINUCCI – DOLCINI, *Corso*, 111.

Al di fuori di quella che è le specificità del settore penale, il principio di legalità nell'ambito del diritto pubblico, e quindi nella sua funzione di principio che regola le modalità nelle quali il potere si fa norma di diritto, non arresta di certo la sua evoluzione nel corso della storia repubblicana e fino ai nostri giorni.

La prima tendenza con la quale si deve raffrontare il principio di legalità nella fase costituzionale è l'emersione di molteplici interessi e diritti da contemplare e regolare. Aumentano quindi "i compiti" che la legge deve assolvere, i settori da regolamentare.

Iniziano a manifestarsi insufficienze, dovute all'impossibilità che la legge primaria si faccia carico di regolare e prevedere tutto, lasciando così maggiore spazio all'azione amministrativa ed alla sua discrezionalità.

Tale fenomeno fa sì che tra gli anni '60 e '80 l'ampliarsi del novero dei diritti sociali, e soprattutto la coscienza che nella società si diffonde di una loro effettività porta ad un'ulteriore dilatarsi di compiti dello Stato. Inoltre l'emersione di diritti sempre più numerosi e complessi evidenzia come la loro tutela non passi tanto attraverso la previsione legislativa di quali debbano essere tutelati e quali sacrificati, quanto attraverso un bilanciamento che avviene in sede amministrativa, sulla base delle mere indicazioni di legge. Diviene necessario quindi dare una regolamentazione generale al procedimento amministrativo, che diviene la sede della contemperazione degli interessi pubblici e privati, e ridimensionare il suo ambito di applicazione attraverso la previsione che l'Amministrazione può agire ed adottare atti alla stregua di un privato.

Tali necessità trovano soddisfazione nella legge n. 240 del 1990. Il passaggio è di fondamentale portata, in quanto si regolamentano le modalità con le quali si

devono formare le scelte dell'Amministrazione dando forma alla discrezionalità amministrativa[34].

L'evoluzione successiva è tutta nel seno del ridimensionamento dell'attività amministrativa Statale attraverso le privatizzazioni (quindi verso i privati), il decentramento (quindi verso Regioni e Comuni) e la semplificazione, sottraendo così ampi settori al dominio della legge statale almeno dal punto di vista della regolamentazione delle forme e del contenuto dei regolamenti e provvedimenti amministrativi.

1.2 Il fondamento del principio di legalità.

Alla luce dell'evoluzione storica brevemente descritta, il principio di legalità nel nostro ordinamento deve necessariamente trovare copertura costituzionale che lo elevi a fondamento dell'ordinamento positivo, in modo da rappresentare uno dei presupposti ineludibili per qualificare lo stesso in termini di Stato costituzionale di diritto.

La costituzionalizzazione della legalità è logica premessa alla sua applicazione anche nei confronti del potere legislativo e costituisce un momento di eccezionale sviluppo del principio stesso. Con l'avvento della Costituzione che recepisce la legalità, ogni manifestazione dei poteri pubblici, incluso il potere legislativo, viene

---

[34] Afferma F. BELLOMO, *Manuale di Diritto Amministrativo* Vol. I, Padova, 2008, 275, al riguardo: "*Il rapporto tra legalità e funzione amministrativa varia nel segno di un accorciamento della distanza tra fattispecie astratta e fattispecie concreta. Con la legge 241/90 il legislatore potenzia la fattispecie astratta: è ben vero che la legge non dice alla PA cosa deve essere contenuto nel provvedimento, ma dice come il provvedimento deve essere elaborato. La legalità va ad incidere non sul momento statico, ma su quello dinamico. Il potere cioè viene regolato solo nei suoi poli esterni (soggetto e atto), ma nel suo divenire, consentendo all'interessato di censurarne il processi di produzione. E' un adattamento del sistema amministrativo formale alla sua dimensione sostanziale, caratterizzata dalla dominanza dell'entità logica denominata funzione amministrativa. In tal senso la legge 241 da rilievo agli interessi formali e procedimentali, come contrappeso dell'aumento della discrezionalità amministrativa.*"

ad essa ricondotto, tanto che "anche la legge e gli stessi atti politici, devono essere fondati nella Costituzione, mantenersi nella competenza ad essi assegnata, e non esprimersi in difformità a quanto nella Costituzione stabilito. Il principio di legalità investe in tal modo l'area della legislazione e dei rapporti tra poteri statali e tra gli organi costituzionali"[35]. Si afferma così nell'ordinamento un principio di legalità costituzionale, che lo pervade interamente, interessando tanto la legge quanto gli atti ad essa subordinati, e si risolve nella necessità che l'intero sistema delle fonti sia espressione dei principi in essa contenuti.

Per lungo tempo, tuttavia, l'avvento della Costituzione non esplica una piena influenza in ordine alla portata del principio di legalità, rispetto al quale si continua a ragionare in modo formale, rinunciando a farne una "questione di valori" e limitandosi invece a ragionarne in modo di formale rispetto tra le fonti del diritto. Si ragiona in particolare attraverso la tricotomia "non contrarietà", "legalità formale" e "legalità sostanziale" ma non si giunge a trovare la sostanza della legalità nei principi pure contenuti in costituzione, mostrando così ancora una mentalità giuridica formata sull'idea della primazia della legge come espressione della sovranità popolare e conseguentemente dell'idea che la massima espressione della legalità si appunto da ricercarsi nella legge che tutto prevede e dispone in modo astratto e generale, e portando come conseguenza dell'avvento delle Costituzioni rigide il fatto che anche la legislazione sia a sua volta soggetta alla legalità e che "quindi non può sottrarsi alla sua funzione di predisposizione normativa, di creazione di norme, dei termini di confronto cioè in base ai quali verrà valutata la legalità o meno degli atti successivi. Così si giunge necessariamente ad uno dei principi che più da vicino concernono il concetto di Stato di diritto in senso proprio: "qello della "Messbarkeit" degli atti giuridici

[35] MODUGNO F., (a cura di) *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino, 2008, 103.

statuali, misurabilità o raffrontabilità che si pone come presupposto indispensabile della possibilità di controllo sugli atti giuridici medesimi"[36].

La legalità sostanziale in regime di costituzione rigida dovrebbe quindi riempire di contenuto la legalità stessa e permettere la raffrontabilità degli atti. Su tale presupposto sembrano muoversi le diverse ricostruzione che hanno indagato il fondamento del principio di legalità nella nostra Costituzione.

1.3 Le diverse tesi in ordine al fondamento costituzionale del principio di legalità prospettate dalla dottrina.

La dottrina si è a lungo interrogata su dove debba essere rinvenuto il fondamento costituzionale del principio di legalità, appare opportuno ricostruire le differenti tesi tutte autorevolmente sostenute.

Al riguardo, si individuano molte ricostruzioni che possono essere schematicamente ricomprese in tre gruppi di appartenenza[37].

Secondo una prima impostazione, che evidentemente è più vicina alle origine storiche del fenomeno, la legalità sarebbe corollario dei principi di sovranità del Parlamento, Stato di diritto e separazione dei poteri. Si tratta di tesi in gran parte ripudiata dalla dottrina, proprio alla luce delle considerazioni sin qui avanzate. L'evoluzione della legalità nello Stato di diritto costituzionale, infatti, involge in primo luogo proprio il potere legislativo e, quindi, non può ritenersi fondata sulla sua sfera di sovranità. Certamente il principio di separazione dei poteri è accolto in Costituzione, con forme e modalità ben più complesse rispetto

36 In questo senso CARLASSARE L., *Regolamenti dell'Esecutivo e principio di legalità*, Padova, Cedam, 1966, 131.

37 Propone questa sistematizzazione FOIS S., *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.* XXIII, Milano, 1973, 659.

alla classica tripartizione di Montesquieu[38], e prevede un ruolo centrale affidato al Parlamento, soprattutto alla luce del potere di revisione costituzionale attribuitogli. Tuttavia la sovranità del legislativo, in regime di costituzione rigida, viene non poco ridimensionata; così la sovranità del Parlamento e la separazione dei poteri sono principi generici e non esplicitamente accolti in costituzione, comportando la debolezza delle ricostruzioni che fondano la legalità su principi istituzionali inespressi.

Le due altre ricostruzioni offrono il pregio di fondarsi in modo più saldo sul diritto costituzionale positivo. Singole disposizioni costituzionali divengono, secondo la lettura da alcuni proposta, non già esplicita affermazione del principio di legalità ma indice più o meno consistente della sua vigenza nel sistema; secondo altri, rientranti appunto in un terzo gruppo, il principio di legalità risulterebbe invece in modo immediato ed evidente da alcune disposizioni costituzionali. Le differenti tesi possono quindi essere esaminate in modo congiunto.

Si tratta forse di una distinzione eccessiva, soprattutto alla luce del fatto che, per quanto si voglia leggere l'affermazione del principio in esame in una od altra norma costituzionale, manca incontestabilmente la sua espressa menzione come avviene ad esempio in quello tedesco che all'art. 88 GG impone al legislatore di determinare il "contenuto", "scopo" e "misura" dei poteri regolamentari affidati all'esecutivo. E' opportuno quindi passare complessivamente in rassegna le disposizioni costituzionali indicate dagli Autori tanto come indici quanto come fondamento della legalità.

Nella molteplicità di ipotesi ricostruttive al riguardo avanzate negli anni, sembra che ci si possa orientare distinguendo quattro principali ipotesi.

---

38 Ricordiamo la celebre teoria della separazione dei poteri enunciata dal giurista francese nel *De L'esrit des lois*, trad. it. *Lo spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, Torino, 1965.

Alcuni Autori[39] hanno evidenziato la portata dell'art. 76 Cost. il quale, secondo una lettura di tipo estensivo che trae dalla norma in questione un postulato di tipo generale e non una regola di carattere eccezionale, come invece sembra ai più, segnerebbe l'obbligo per la legge di dettare i principi ed i criteri direttivi per indirizzare tutti gli atti dell'esecutvo-amministrazione.

In questa prospettiva, l'art. 76 Cost. è stato individuato come generico fondamento della legalità, riferito testualmente alla sola ipotesi dei decreti delegati, ma fondante in via implicita il principio di legalità per tutto il sistema delle fonti. I "principi e criteri direttivi" che la legge deve determinare per la validità degli atti dell'esecutivo e, conseguentemente, dell'amministrazione, pur previsti in relazione ai soli decreti legislativi, ben involgerebbero l'intero sistema delle fonti, ed in particolare gli atti non legislativi sottoposti, proprio per la loro subordinazione alle leggi delegate, a vincoli che siano quanto meno equiparabili. Si fonda in tal modo un principio di legalità di tipo sostanziale, proprio perché il vincolo imposto dal dettato costituzionale in esame implica una scelta, effettuata dalla norma sovraordinata, che attiene proprio al contenuto della norma subordinata, della quale appunto fornirà principi e criteri direttivi non limitandosi invece a giustificarne la mera esistenza.

La tesi è stata non poco criticata. La lettura estensiva di una norma di carattere eccezionale, come quella dell'art. 76 Cost. che rimette al Governo l'esercizio del potere legislativo, non sarebbe infatti permessa e, comunque, non potrebbe costituire la modalità d'ingresso in costituzione del principio di legalità. Inoltre, dato non certo trascurabile nella prospettiva del presente lavoro, la norma

39 In questo senso sembra di poter inserire l'opinione di AMATO G., *Rapporti tra norme primarie e secondarie*, Milano, 1962, 128 ss., ed in parte, CARLASSARRE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, 168.

si riferisce al solo Governo, pertanto costituirebbe, nel volerla leggere in modo estensivo, una sfiducia verso forme regolamentari non provenienti da questo potere.

Saremmo di fronte quindi, ad una duplice estensione del senso letterale della norma. Per un verso il suo campo d'applicazione, come rilevato, non sarebbe soggettivamente rapportabile al solo Governo, bensì anche a differenti Istituzioni ugualmente dotate di potere regolamentare. Inoltre, non sarebbe oggettivamente più circoscritto ai soli atti aventi forza di legge provenienti dall'esecutivo, ma anche a fonti subordinate quali i regolamenti. Certamente, ed in questo senso si colloca un'ulteriore critica alla tesi in esame, pur volendo desumere dall'art. 76 Cost. un fondamento per il principio di legalità, ciò sarebbe possibile solo in relazione ad atti generali ed astratti, restando così irrisolto il problema della legalità dei provvedimenti amministrativi.

In effetti il problema della legalità nell'ordinamento, così come rappresentato, riguarda in modo molto simile tanto le fonti normative (dotate pertanto dei caratteri di generalità ed astrattezza), quanto quelle provvedimentali, che rendono concrete le previsioni di legge o regolamento. Al riguardo, prima di analizzare le ulteriori tesi che proprio su questo differente rapporto insistono, sarà opportuno offrire qualche ulteriore spunto.

Limitare la legalità all'attività provvediementale, come dovrebbe essere ormai chiaro in forza di quanto sin qui affermato, è opzione non sostenibile. La discrezionalità amministrativa, che caratterizza in massima parte l'attività di tipo normativo dalla Pubblica amministrazione, non è infatti concetto lontano dalla legalità, anzi è proprio quest'ultima ad offrirne i contorni, per evitare che si tramuti in attività "libera". L'azione della pubblica amministrazione si sostanzia nella cura degli interessi pubblici, selezionati dalla legge ed affidati da questa ad un prefissato centro di potere pubblico. Sarà poi questo a dover perseguire i fini

indicati agendo nei limiti della legge adottando le forme e le modalità che si ritengano maggiormente adeguate, convenienti ed opportune. (c.d. merito amministrativo).

Il principio di legalità individua così limiti sia di tipo positivo che di tipo negativo all'azione amministrativa. Di tipo negativo perché garantisce che l'attività si mantenga nei confini della legge e, quindi, della liceità. Positivi in quanto vengono pre-determinati i fini da perseguire tramite l'attività amministrativa. Al diverso grado di vincolatività di questi limiti posti all'amministrazione sarà legata la classica distinzione tra attività vincolata e discrezionale. La discrezionalità quindi è direttamente legata alla legalità, proprio perché in essa trova fondamento; l'attività potrà essere discrezionale solo quando sia la legge a prevederlo, e nei limiti in cui lo preveda[40]. Ciò permette altresì di affermare che la discrezionalità permane nell'ambito della legittimità e, quindi, della sindacabilità da parte del giudice, proprio perché un eventuale vizio in questa fase dell'azione amministrativa si tradurrebbe, in ultima analisi, in una violazione della norma attributiva del potere. Al contrario, l'ambito del merito rimane non sindacabile dal giudice, attenendo non a regole giuridiche ma a regole di corretta amministrazione, opportunità o convenienza.

Simili considerazioni mantengono la loro validità tanto in relazione all'attività regolamentare che provvedimentale, pertanto appare evidente come il fondamento della legalità debba essere il medesimo tanto per l'attività di tipo normativo quanto per quella di tipo provvedimentale, essendo la discrezionalità amministrativa un corollario dello stesso principio. L'art. 76 Cost. invece, per

40 Ciò a prescindere da quale definizione si voglia accogliere di discrezionalità amministrativa, concetto non certo pacifico nell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale.

quanto se ne voglia offrire una lettura ampia, appare esclusivamente legato alla funzione normativa dell'Esecutivo, non potendo così essere invocato in modo persuasivo a fondamento della legalità dell'azione amministrativa anche di tipo provvedimentale.

Un terzo filone delle ricostruzioni accennate prende le mosse dall'art. 97 Cost. che non esprimerebbe soltanto una riserva di legge sull'organizzazione amministrativa, ma, imponendo che la legge assicuri il buon andamento e l'imparzialità della Pubblica Amministrazione, comporterebbe una disciplina legislativa dei procedimenti atti a perseguire gli obbiettivi costituzionali[41] evidenziando come l'imparzialità della pubblica amministrazione possa realmente essere tale solo ove venga mantenuta la distinzione tra l'attività legislativa (intesa in senso ampio come attività di normazione primaria, astratta e generale) ed il provvedere[42] (proprio dell'attività amministrativa).

L'ambito di applicabilità del principio di legalità sarebbe verificabile infatti solo ed esclusivamente tenendo ben distinti i due momenti della normazione e della susseguente azione provvedimentale. Al legislatore spetterebbe così l'obbligo di disporre per legge, in modo generale ed astratto, la disciplina dei procedimenti

---

41 *Legalità* (dir. Cost.)D'AMICO M., in *Dizionario di dir. Pubbl.*, a cura di Cassese S. Vo.IV, p. 3369.

42 In questo senso CRISAFULLI, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. Del dir.*, XVII, Milano, 950 "Che i poteri non siano più i tre tradizionali (se mai lo furono…) non è ragione sufficiente per concludere che sia stata abbandonata la fondamentale distinzione tra il previo "disporre" in generale ed il concreto "provvedere" nei singoli casi particolari, perdendo significato la nozione della legge in senso materiale: proprio all'opposto è nella logica del sistema complessivo , ed è confermato da molte specifiche disposizioni dei testi costituzionali, che quella distinzione vi sia mantenuta ed anzi rafforzata. Tanto che bene può porsi, ed è stato sollevato in dottrina, il problema se la stessa legge formale non incontri, stante la preminenza di una costituzione rigida, limiti invalicabili nelle attribuzioni riservate, oltre che agli organi della giurisdizione (cosiddetta "riserva di giurisdizione"), al Governo e all'apparato della Pubblica Amministrazione (cosiddetta riserva di "amministrazione").

amministrativi, prevedendo precisi contorni entro i quali possa esplicarsi l'attività amministrativa di tipo regolamentare o provvedimentale, nel rispetto del *quantum* di discrezionalità ad essa riconosciuta dalla legge.

La rigidezza di una simile distinzione (formazione primaria – attività amministrativa) sarebbe garanzia dell'imparzialità dell'amministrazione, che avrebbe così la possibilità di determinarsi autonomamente nell'ambito di discrezionalità rimessogli dalla legge. Un' "invasione" di quest'ultima nel "campo" della discrezionalità amministrativa, invece, farebbe venir meno la stessa concepibilità logica dell'imparzialità, proprio perché i due piani del disporre e del provvedere verrebbero a sovrapporsi. La legge quindi dovrebbe sempre e solo disporre in modo generale ed astratto, lasciando all'esecutivo – amministrazione la differente fase dell'attuazione. In questa prospettiva è evidente che il fondamento dell'una e dell'altra funzione andrebbero ricercate in principi differenti, essendo il principio di imparzialità, con riferimento all'azione amministrativa, ad assumere un ruolo fondante del potere amministrativo, attribuendosi anche una rilevante connotazione di tipo sostanziale.

Sembra si possa cogliere in questa impostazione il riflesso della risalente convinzione in forza della quale la generalità e l'astrattezza della legge sono effettivamente elemento di garanzia in quanto espressione della fondamentale caratteristica dell'inclusività dei vari interessi che la legge, quale scelta politica, è chiamata ad operare. Ciò avvicina quanto più possibile la legge stessa ad un'idea di giustizia materiale, ulteriormente garantita dalla pubblicità delle procedure per adottarla e, secondo un'impostazione kelseniana, dalla sua reversibilità.[43]

---

43 Affronta il tema DOGLIANI M, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2008, 15 ss. il quale tuttavia, con impostazione critica, rileva come la "fiducia che la generalità della legge coincidesse con la generalizzazione degli interessi è stata sconfitta dalla ristrettezza della base sociale dello Stato liberale. Quando si parla di "resa" del principio di legalità di fronte

Quanto così sommariamente enunciato è nelle applicazioni concrete ben più complesso. Occorre individuare almeno due momenti di criticità.

In merito al primo sia permesso un mero accenno, che troverà ulteriore sviluppo nel prossimo paragrafo al momento dell'analisi di alcune pronunce giurisprudenziali. Si tratta di individuare il *quantum* necessario affinché un legge possa essere considerata conforme al precetto costituzionale relativamente all'obbligo di determinazione del contenuto dei futuri provvedimenti amministrativi. In effetti questo appare essere il principale limite all'invocazione dell'art. 97 Cost. come unico fondamento del principio di legalità. Si corre infatti il rischio di invocare un "contenitore" privo di un reale significato, incapace in altri termini di offrire concrete indicazioni al legislatore in ordine al contenuto delle norme da produrre ed a quanto determinate queste debbano essere al fine di ritenere assolto l'obbligo imposto dal principio di legalità sostanziale.

Immediatamente connesso è il secondo profilo problematico che si intende evidenziare. Valorizzato in tal modo l'art. 97 Cost., infatti, come accennato l'operatività del principio di legalità resterebbe connessa alla distinzione dei due momenti della normazione e della successiva amministrazione in modo tale che l'eventuale verifica giurisprudenziale in ordine al mancato rispetto del principio stesso debba congiuntamente valutare i due momenti. Questa necessaria distinzione dei due momenti, configurando una riserva di amministrazione, sarebbe passaggio fondamentale per garantire in pieno l'imparzialità

---

alle maggioranze tiranniche, si suole sovente fare riferimento alle maggioranze che hanno consentito l'instaurazione legale delle dittature; ma in realtà le dittature della maggioranza sono state quelle dello Stato liberale censitario, che non hanno garantito il massimo di espansione possibile all'inclusività della legge (che è un concetto più preciso e meno evocativo di quello di "uguaglianza"). E' allora che si è consumato lo scacco teorico del principio di legalità".

dell'amministrazione stessa. Ne risulterebbe l'immediata violazione del principio espresso dall'art. 97 Cost. ogni qual volta la legge stabilisca in modo tale da eliminare il momento discrezionale tipico delle scelte dell'amministrazione, ma disponga, per esempio, in modo tanto dettagliato da escludere ogni spazio di discrezionalità amministrativa. Quest'ultima troverebbe così un fondamento costituzionale, rafforzando il ruolo della Pubblica Amministrazione anche nei confronti del Legislatore, il quale non potrebbe eliminare del tutto l'intervento nel processo che porta all'applicazione concreta delle scelte politiche operate tramite leggi di un apparato tecnico ed imparziale come, appunto, quello della PA. Anche nell'attività amministrativa *vincolata* dovrebbe necessariamente permanere un momento di effettiva separazione tra quanto stabilito dalla legge e quanto concretamente disposto dalla Pubblica Amministrazione, ed in questo "spazio" troverebbe concreta applicazione il principio di legalità e ne sarebbe possibile la sua verifica anche giurisdizionale.

Tanto si dovrebbe desumere dall'art. 97 Cost. inteso come unico fondamento del principio di legalità, tuttavia simili considerazioni appaiono eccessive. L'attività vincolata della Pubblica Amministrazione viene infatti pacificamente intesa come quella in cui non residui facoltà di scelta alla PA, senza ulteriori distinguo in ordine al permanere di una seppur minima autodeterminazione della amministrazione stessa che non viene considerata dai più come valore costituzionalmente rilevante. Tanto che la discrezionalità amministrativa è, seppur con molte distinzioni fondamentali evidenziate da Autori e giurisprudenza, ricondotta alla stessa facoltà di scelta, lo "spazio di scelta che residua allorché la normativa di azione non predetermini in modo completo tutti i comportamenti dell'amministrazione"[44]. Tale facoltà di scelta può esservi, dove la legge la prevede, o non esservi. Dove non c'è discrezionalità, quindi, non c'è scelta ma una

44 CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, riprendendo una definizione già di Romano.

totale assimilazione tra la volontà della legge e quanto si traduce nel concreto provvedimento dell'amministrazione. Ecco allora che la finalità indicata dall'art 97 Cost., quella di assicurare l'imparzialità dell'agire della amministrazione attraverso la legalità, non potrebbe trovare garanzia laddove sia disposta legittimamente l'eliminazione del momento di scelta amministrativa.

La critica non è quindi distante da quella pocanzi accennata, oggetto di rinvio, consistente nell'esatta delimitazione del *quantum* di specificazione che la legge deve avere per assolvere all'obbligo imposto dal principio di legalità sostanziale. Tale specificazione dovrebbe quindi collocarsi tra un minimo non meglio precisato ma idoneo a non lasciare indeterminata la sostanza delle future scelte dell'amministrazione, ed un massimo che non deve sconfinare nel farsi essa stessa provvedimento, eliminando del tutto la funzione amministrativa o lasciandone una parvenza fatta di provvedimenti così vincolati da essere strumenti non idonei ad assicurare l'imparzialità voluta dall'art. 97 Cost.

Alla legge non è richiesta la ricerca di un simile equilibrio, "la riserva di amministrazione non è riconosciuta nel nostro ordinamento. Ciò si traduce nell'ammissibilità di leggi che disciplinano, in modo più particolareggiato e dettagliato di quanto basterebbe a soddisfare la riserva di legge che l'art. 97 pone nella materia dell'organizzazione dei pubblici uffici, organizzazione e procedimenti dell'amministrazione".[45] Si traduce altresì nell'ammissibilità di leggi che travalicano tanto questo limite da essere definite leggi – provvedimento.

Il principio di legalità, poi, come detto, si deve confrontare non solo con l'attività provvedimentale ma anche con quella regolamentare della pubblica amministrazione. Tale rapporto è senz'altro ancor più complesso se non altro in forza dell'accresciuto ruolo che i regolamenti governativi giocano nel sistema delle

45 MODUGNO F. (a cura di), *Lineamenti di Diritto Pubblico*, Torino, 2009, 118.

fonti e della loro valorizzazione anche con logica deflattiva rispetto alla legislazione ordinaria.

Si pensi alle categorie dei regolamenti c. d. indipendenti e delegati. Ambedue le categorie si fondano, infatti, sulla previsione legislativa più o meno generica della fonte subordinata, in modo da poter assicurare uno strumento di regolamentazione agile, che riduca al minimo il ruolo della legge.

Rispetto ai regolamenti indipendenti quest'aspetto emerge in tutta la sua evidenza. Unico aggancio alla fonte primaria sarebbe infatti rinvenibile nella norma che astrattamente prevede questi regolamenti come categoria normativa, senza alcuna maggior delimitazione del loro campo d'intervento, salva l'esclusione delle materie coperte da riserva di legge.

Non sono mancate prese di posizione contrarie alla loro ammissibilità, proprio alla luce della mancanza di conformità formale con le legge[46], in particolare sotto la vigenza della legge n. 100 del 31 gennaio 1926. Le medesime considerazioni sono state avanzate anche successivamente all'adozione della Carta costituzionale, che come visto pochi riferimenti spende nei confronti dei regolamenti, e , soprattutto, della legge n. 400 del 23 agosto 1988 che all'art. 17 lett. c)[47] che ha disciplinato i regolamenti in modo invero non molto più dettagliato della precedente legge n. 100/1926. Tuttavia può affermarsi che anche in dottrina, oltre che in giurisprudenza, ha prevalso la tesi favorevole alla loro ammissibilità, dalla

---

46 In questo senso, LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1970, 392; CARLASSARRE, *Il ruolo del Parlamento e la nuova disciplina del potere regolamentare*, in *Quad. Cost*. 1990.

47 Articolo 17 Regolamenti. Con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il parere del Consiglio di Stato che deve pronunziarsi entro novanta giorni dalla richiesta, possono essere emanati regolamenti per disciplinare: (…) c) le materie in cui manchi la disciplina da parte di leggi o di atti aventi forza di legge, sempre che non si tratti di materie comunque riservate alla legge;

quale non deriverebbe alcuna lesione al principio di legalità che verrebbe ricondotto in tal modo, necessariamente, ad una valenza solo formale. Diversi gli argomenti portati a sostegno di questa lettura. In primo luogo il riconoscimento operato in Costituzione dei regolamenti come fonti del diritto, riconoscimento che, seppur minimo, è comunque presente nell'art. 87 comma 5. Norma che, poi, risulta particolarmente avvalorata nella sua applicazione concreta dalla diffusa attribuzione della potestà regolamentare a favore del Governo operata dalla fondamentale legge n. 400/88.

Ulteriori conferme della piena ammissibilità dei regolamenti indipendenti vengono tratte poi dalla dottrina più recente[48] anche ragionando sul rapporto tra esecutivo e Parlamento. Si evidenzia in questo senso come lasciare spazio operativo ai regolamenti indipendenti permetta di concentrare l'utilizzo dello strumento della legge primaria per i grandi temi, lasciando materie di secondaria rilevanza alla potestà regolamentare del Governo nei soli spazi, tra l'altro sempre meno presenti, nei quali il Parlamento non sia intervenuto. La garanzia per la primazia della legge come fonte del diritto espressione della volontà popolare per mezzo dei suoi rappresentanti sarebbe poi assicurata dal fatto che, in ogni caso, i regolamenti indipendenti non possono intervenire in materie coperte da riserva di legge e che, in ogni momento, possono comunque essere sostituiti dalla legge. Infine, in regime di costituzione rigida, a garantire la posizione del Parlamento sono poste molte altre guarentigie, non ultima la giurisprudenza della Corte costituzionale, che riducono il ruolo in questo senso svolto dal principio di legalità.

48 CICCONETTI S. M., *Le fonti del diritto italiano*, Torino, 2007, 376.

Non è mancata una posizione intermedia[49], seppur difficilmente può nella pratica discostarsi dalla tesi restrittiva, secondo la quale oltre alla generale previsione operata dalla legge n. 400/88 occorrerebbe, in riferimento ai singoli regolamenti, che leggi specifiche circoscrivessero quanto meno l'oggetto del loro intervento.

Pur volendo prescindere in questo contesto dal merito del problema della giustificazione della ammissibilità di simili regolamenti, la loro esistenza pone fortemente in discussione l'idea di un principio di legalità che si fondi sull'art. 97 Cost. interpretato come momento di distinzione tra la legge e l'attività amministrativa.

Diverse sono, poi, le ricostruzioni che valorizzano, nella ricerca di un generale fondamento della legalità nel testo costituzionale, le disposizioni che prevedono riserve di legge come gli artt. 13 comma 2, 14 comma 2, 15 comma 2, 42 comma 3 e, soprattutto l'art. 23. Si entra così nel difficile rapporto tra riserva di legge e principio di legalità, che, diretti a governare il rapporto tra potere legislativo e potere esecutivo, devono essere correttamente bilanciati per evitare che la sopravvalutazione di uno porti all'annullamento dell'altro e viceversa. In altre parole, il rapporto tra riserva di legge e principio di legalità, ed in particolare tra le due espressioni del principio di legalità formale e sostanziale, è un rapporto essenzialmente di tipo quantitativo, per cui l'adozione dell'uno o dell'altro istituto, nel regolare i rapporti tra legislazione ed amministrazione in un determinato settore, comporta un differente grado di limitazione per l'Esecutivo, o, per osservare il fenomeno dalla prospettiva del legislatore, come sembra più corretto in presenza di una costituzione rigida, una più dettagliata necessità d'intervento. La riserva di legge, istituto pacificamente ed ampiamente accolto dalla costituzione, può essere soddisfatta dal solo intervento della fonte primaria,

49 G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 275.

ammettendo, eventualmente, regolamenti che si caratterizzino per una minima potestà discrezionale.

Ne discende che il principio di legalità sostanziale non può integralmente sovrapporsi alla riserva di legge e, soprattutto nell'ottica che in questa sede si sta affermando, non può trovare fondamento in Costituzione nelle stesse norme che dispongono delle riserve di legge. Ammettere, infatti, che dal complesso delle disposizioni che prevedono delle riserve di legge si possa desumere l'esistenza di un generale principio di legalità sostanziale nell'ordinamento, implica il totale assorbimento delle prime (riserve di legge) nella legalità. Ciò che il Costituente ha voluto adottare come disciplina estesa a determinati ambiti, appunto quelli coperti da riserve di legge, che nel nostro ordinamento non sono pochi, non può così essere applicato come regola generale a pena di confondere ed identificare i due istituti. Il principio di legalità in senso sostanziale, infatti, comporta per il legislatore ordinario un vincolo non distante da quello derivante dalle riserve di legge.[50]

Ogni ricostruzione sembra quindi scontrarsi con la difficoltà di ricostruire *ex ante* la portata del principio di legalità, in primo luogo come comando rivolto al legislatore. Quale sia, in altri termini l'effettivo vincolo che ricade sul legislatore dal momento in cui si afferma la costituzionalizzazione del principio in parola. Il suo fondamento nell'art. 97 cost., come visto, produce conseguenze non accettabili e per lo più escluse dalla realtà dei fatti. Anche l'interpretazione estensiva dell'art. 76 cost. non è apparsa idonea a conferire certezze, oltre che per il suo fondamento in un'interpretazione ultronea rispetto alla lettera della norma, perchè eccessiva dal punto di vista pratico dal momento in cui restringe la

50 Sulla distinzione tra riserva di legge e principio di legalità CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale II, 1, L'ordinamento costituzionale italiano (le fonti normative)*, Milano, 1993, 61 ss.

discrezionalità dell'amministrazione sempre nei limiti dell'esecuzione di una delega.

Anche dal confronto tra principio di legalità e riserva di legge emerge come la difficoltà a concretizzare la portata del primo (anche in rapporto alle riserve di legge) sia esattamente di tipo quantitativo. Sebbene appare corretto concludere per la diversità ontologica dei due istituti, sicché si respinge l'ipotesi che il principio di legalità possa trovare il proprio fondamento costituzionale nelle medesime norme che prevedono le riserve di legge, è condivisibile individuare nella legalità costituzionale un obbligo rivolto al legislatore simile a quello imposto dalle riserve di legge ma quantitativamente affievolito.

Appare allora valido, nella prospettiva di chi scrive, affrontare il tema del fondamento costituzionale della legalità tenendo fortemente in considerazione la necessità di dare concretezza al principio o, quanto meno, di far si che la base positiva sulla quale viene ricostruito offra le possibilità al giurista di non disperdere la funzione di garanzia che questo assume nel sistema. Se *ex ante* appare non definibile il ruolo che deve assumere la legge per assolvere all'obbligo imposto da tale principio, qualunque sia il parametro costituzionale assunto a suo fondamento, una conseguenza che invece costituisce *ex post* un presidio di garanzia è la giustizi abilità dello stesso.

Vi è, quindi, che individua il fondamento del principio in esame nell'art. 113 Cost. leggendo in tale norma non solo la costituzionalizzazione della tutelabilità in sede giurisdizionale dei diritti ed interessi nei confronti anche della pubblica amministrazione, ma la necessità di una *raffrontabilità* tra i provvedimenti e le leggi che li prevedono, proprio per rendere effettiva tale tutela giurisdizionale.

Ciò può avvenire in due modi differenti. La "raffrontabilità" può essere infatti affermata in presenza di una mera distinzione tra il "disporre" della legge ed il

"provvedere" dell'atto amministrativo, in modo che non se ne derivi alcun vincolo di tipo sostanziale per il legislatore. Si può invece ritenere soddisfatto il requisito della raffrontabilità solo in presenza di disposizioni di legge che siano strutturate in modo tale da indirizzare concretamente l'attività provvedimentale, in modo tale da garantire l'effettività del controllo giurisdizionale. Si ricade così nell'ambito di problemi già evidenziati trattando dell'art. 97 Cost.

E' evidente come all'interno della tesi in esame, che assume l'art. 113 Cost. a base positiva del principio di legalità, si riproponga la questione relativa alla valenza formale o sostanziale dello stesso, dovendosi però, in questa prospettiva, propendere decisamente per la seconda soluzione. Se infatti si assume l'esigenza di sindacabilità giurisdizionale degli atti dell'amministrazione a fondamento della legalità, questa potrà essere al meglio garantita solo in presenza di vincoli sostanziali che la legge rimette all'Amministrazione; è d'altro canto concetto ampiamente metabolizzato dalla giurisprudenza amministrativa che in presenza di ampi margini di discrezionalità il controllo del giudice di fronte alle scelte dell'amministrazione non potrà che essere debole.

Vi è chi afferma che l'intera costruzione non appare fondata su di un dato positivo sufficientemente saldo. Derivare il principio di legalità dalla necessaria giustiziabilità dei provvedimenti dell'amministrazione sembra infatti operare un ribaltamento della prospettiva, affermando l'esistenza di un principio di tale importanza da un suo corollario. Senza dubbio, infatti, la sindacabilità di tutti gli atti che possono portare alla lesione di diritti ed interessi deve essere garantita, ma non si può con ciò affermare che, al fine di garantirne l'effettività si possa rinvenire nell'intero sistema un principio di legalità di tipo sostanziale. La lettura in esame, quindi, non sarebbe tanto di tipo letterale, quanto ispirata a principi pur

insiti nel concetto di Stato di diritto, che tuttavia, come affermato, sono caratterizzati da una eccessiva ambiguità[51].

In stretta connessione, vi è poi chi ha individuato il fondamento del principio di legalità nell'art. 101 Cost., comma 2, dove si afferma che "I giudici sono soggetti soltanto alla legge"[52]. La formula costituzionale introdurrebbe un principio di "conformità formale" di ogni atto alla legge, dal momento che ogni eventuale difformità sarebbe sanzionata dal giudice con una pronuncia di illegittimità o, comunque, con la preferenza per l'applicazione della legge. In particolare l'espressione adottata dall'art. 101 Cost. farebbe riferimento ad un'accezione sicuramente tecnica di "legge"[53], in modo tale che risulti del tutto

---

51 Afferma al riguardo FOIS S., *Legalità (principio di)*, cit., 681, "in altri termini da un lato si presume un determinato modo di intendere lo «stato di diritto» sia accolto nel nostro ordinamento anche e specialmente sulla base dell'art. 113 Cost. mentre dall'altro lato e contemporaneamente(dal punto di vista logico), si presume che tale norma sancisca suddetto principio della «adeguata raffrontabilità» perché ciò sarebbe conforme alla (supposta) esistenza nel nostro diritto positivo, di un determinato modo di intendere il concetto di «Stato di diritto» o meglio di un determinato modo di concepire i valori ai quali tale formula si riferirebbe."

52 E' la tesi accolta da FOIS S., *Legalità (principio di)*, cit., 686.

53 Sono almeno tre le argomentazioni che vengono spese per escludere che il richiamo alla legge contenuto nell'art. 101 della Costituzione possa essere estensivamente riferito a norme giuridiche anche non primarie: in primo luogo vi è la considerazione di come, generalmente, i richiami operati in costituzione a favore delle "leggi" siano in effetti da riferirsi operati a favore delle leggi in senso formale; più nello specifico, poi, all'interno del titolo IV sez. I il termine legge assume sempre un significato tecnico, a maggior ragione lo deve assumere nella norma in esame, che si pone come principio fondamentale in materia; infine, si evidenzia l'argomento di tipo sistematico, che pone la necessità di leggere in modo congiunto il primo ed il secondo comma dell'art. 101 Cost., per cui il giudice deve fondare la sua decisione solo su atti che esprimano la sovranità popolare, in quanto espressione dell'organo che ne è rappresentativo.

esclusa l'ipotesi che fonti di provenienza non legislativa s'impongano al giudice indipendentemente dalla volontà del legislatore.

Il giudice potrà così applicare un diritto diverso da quello legislativo solo se sia convinto della sua compatibilità con la legge, che non si esaurisce nell'assenza di contrasti ma pretende una esplicita copertura delle differenti fonti da parte della legge formale.

Si ripropone, a questo punto, quella che risulta essere la maggior incertezza legata alle differenti teorie sul principio di legalità, il passaggio ulteriore che dovrebbe portare a meglio definire la reale essenza del principio in esame. Nell'affermare la necessità di una "conformità formale" delle fonti subordinate alla legge primaria non si chiarisce infatti quale sia la condizione che soddisfa questa esigenza; se sia sufficiente una legge che attribuisca la competenza alla fonte subordinata in via generale o se invece occorra una copertura puntuale, che si rinnovi di volta in volta ad ogni esercizio della potestà normativa secondaria.

La portata di questa interpretazione della norma costituzionale in esame si estenderebbe anche ai regolamenti dovendosi respingere l'impostazone che rinviene per questi ultimi, all'interno del nostro sistema costituzionale, un fondamento "istituzionale"[54] (proprio in una lettura congiunta degli articoli 87 e 95 Cost.) tale da far venire meno la necessità dell'*interpositio legislatoris* e quindi la conformità formale tra legge e regolamento come estrinsecazione del principio di legalità. Invero la tesi[55] che vuole rinvenire un fondamento istituzionale ai

---

54 Afferma l'esistenza di un fondamento del potere regolamentare del governo direttamente in Costituzione, senza necessità quindi dell'*interpositio legislatoris*, basato sulla stessa funzione di indirizzo politico ed amministrativo riconosciuta al Governo, CHELI, *Ruolo dell'esecutivo e sviluppi recenti del potere regolamentare*, in *Quad. Cost.* 1990, 62 ss.

55 Al riguardo si veda MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964, 45 e ss.; CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, 254 – 321 "*ove si faccia riferimento alle attuali*

regolamenti governativi che prescinda dal rapporto che questi debbono avere con la legge è oggi fortemente minoritaria, ed inoltre difficilmente potrebbe essere applicata anche in relazione ai regolamenti delle Autorità indipendenti, dal momento che la loro riconducibilità all'organizzazione del Governo è almeno dubbia. Ben si può, quindi, affermare la necessità che questi si fondino sulla non contraddittorietà con la legge e, secondo la tesi in esame, sulla conformità formale a questa.

Dall'applicabilità dell'art. 101 Cost. quale fondamento della legalità emergerebbe la necessità che l'attribuzione della potestà regolamentare sia caratterizzata da una certa puntualità, non potendosi ritenere soddisfatta la condizione di una conformità formale di regolamenti o provvedimenti che vengano autorizzati dalla legge una volta per tutte ed in modo, magari, anche generico.

Due le ragioni avanzate dalla dottrina che tale tesi propugna. La prima indirettamente desunta dallo stesso art. 101 cost. in forza del quale il giudice, chiamato a decidere una controversia, deve rivolgersi solo alla legge e, conseguentemente, alle altre regole non legislative che da quest'ultima siano specificatamente richiamate e nei limiti in cui lo siano. Non sarà sufficiente in

---

forme di organizzazione dei poteri e delle competene statuali, non appare affatto infondato ricercare la vera giustificazione dell'esistenza e la prima misura dell'estensione del potere regolamentare proprio ed essenzialmente nella posizione del Governo, in quanto organo investito in linea primaria di compiti afferenti ad attività non solo di esecuzione ma anche di formazione (a vari livelli): e questo indipendentemente dalla presenza, consueta ma non necessaria, di un'ulteriore disciplina specificativa eventualmente apportata attraverso la legge ordinaria. La novità di tale situazione comporta un'ulteriore conseguenza: e invero, una volta accertata la trasformazione della fonte regolamentare da prodotto di competenza eccezionale a prodotto di competenza orinaria, possono ormai considerarsi superati quei motivi che, in passato, avevano indotto a interpretare restrittivamente le norme attributive dei poteri di formazione secondaria".

questo senso una generica autorizzazione che la legge operi a favore di fonti subordinate.

Una seconda argomentazione, poggia invece su di una lettura sistematica dell'art. 101 cost. con gli artt. 95 comma 3 e 97 da queste ultime disposizioni emergerebbe, infatti, l'idea per cui gli organi dell'esecutivo – amministrazione possono avere solo competenze ben fissate da leggi, che individui tipologia e natura degli atti adottabili, come deve desumersi dall'art. 97 che impone che siano "determinate le sfere di competenza e le attribuzioni degli uffici". Non sarà idonea a ciò una mera e vaga autorizzazione o attribuzione della cura di un determinato settore, ma servirà una specifica attribuzione legislativa che determini competenza dell'organo, natura dei provvedimenti da adottarsi e materia nella quale intervenire.

Attraverso questa lettura dell'art. 101 Cost., quindi, non solo lo strumento "legge" deve fondare nei modi visti il potere regolamentare e provvedimentale dell'esecutivo – amministrazione, ma vincola lo stesso legislatore che non può trovare soluzioni alternative dirette ad attenuare o limitare la necessaria previsione di legge idonea ad affermare il diritto attraverso le pronunce giurisdizionali.

Quindi, anche la tesi del fondamento della legalità nell'art. 101 Cost. comporta non poche difficoltà di coordinamento con il complesso degli istituti previsti nell'ordinamento, soprattutto alla luce delle conseguenze che comporta in ordine al riconoscimento della potestà regolamentare di tipo indipendente dell'esecutivo.

Ciò che sembra di potersi affermare da una lettura congiunta delle differenti tesi proposte nel corso degli anni dalla dottrina, iniziatasi ad interrogare sul tema della legalità ben prima dell'avvento della costituzione repubblicana, è che questo principio fondamentale, strettamente connesso con la stessa natura

dello Stato di diritto, trascende in gran parte quelle che possono essere le opzioni di diritto positivo che ciascun ordinamento possa adottare. Tanto in presenza di una costituzione di tipo flessibile, quanto in vigenza dell'odierna costituzione rigida, per quanto siano rilevanti le differenze che il principio di legalità assume, così come riassunte nelle pagine precedenti, permane la sua funzione di limite all'esercizio ed all'articolazione dei pubblici poteri. Limite tuttavia estremamente flessibile e di difficile cristallizzazione. Non deve meravigliare quindi che si torni periodicamente a studiare il tema della legalità non potendo mai arrivare ad approdi che possano definirsi, anche con tutte le incertezze che sempre caratterizzano il mondo del diritto, definitivi.

1.4 Applicazioni giurisprudenziali del principio di legalità.

La grande incertezza in ordine al fondamento ed al ruolo del principio di legalità nel nostro ordinamento registrata in dottrina, trova un sostanziale corrispettivo nella giurisprudenza costituzionale, anche se in tale ambito si registrano minori problematicità in forza del fatto che non molte sono le pronunce della Corte costituzionale sul tema e che, correlativamente, molti problemi sollevati dagli studiosi non sono giunti in egual numero al vaglio della Consulta.

Certamente di grande interesse è, però, studiare le sentenze che hanno affrontato il tema del principio di legalità, tanto della Corte costituzionale quanto dei giudici di merito, in particolare amministrativi.

La Corte Costituzionale si è trovata a dare applicazione al principio di legalità in particolare in due contesti ordinamentali ben individuabili: nel diritto penale quale espressione del principio di tassatività delle fattispecie incriminatrici ex art. 25 Cost. e rispetto al rapporto tra atti legislativi e atti amministrativi, prevalentemente nell'ambito dei contrasti tra Stato e Regioni. Dovendo

considerarsi come non esattamente confacente al tema in questa sede trattato lo sviluppo della legalità in ambito penale, visti i diversi principi costituzionali che ne sono interessati, si analizzeranno nel prosieguo in particolare le sentenze della Corte Costituzionale che affrontano il tema del principio di legalità nella seconda delle due prospettive individuate.

Pronuncia di fondamentale importanza al riguardo è la sent. n. 150 del 1982[56] nella quale la Corte, affrontando il tema delle condizioni che legittimano l'adozione degli atti governativi di indirizzo e coordinamento, ha reso tali atti vincolanti per le Regioni anche in materie ad esse trasferite e già disciplinate da leggi regionali contrastanti con quanto disposto dall'atto di indirizzo. In questa sentenza il principio di legalità sostanziale viene individuato dalla Corte come criterio al quale il legislatore nazionale si deve attenere al momento di disciplinare la materia dei poteri di indirizzo e coordinamento affidati al Governo, in modo che questi non siano solamente circoscritti in modo negativo, ma siano effettivamente vincolati e diretti.

In particolare la questione sollevata da alcune Regioni con la proposizione di un conflitto tra poteri ha per oggetto un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri recante disposizioni di indirizzo e coordinamento con riguardo all'esercizio delle funzioni regionali in materia di interventi creditizi a favore delle imprese artigiane. Osservano al riguardo le Regioni ricorrenti che l'atto amministrativo aveva innovato rispetto alla normativa posta dallo Stato, e nei rispettivi ambiti dalle ricorrenti, laddove il principio di legalità - e dunque della necessaria subordinazione del provvedimento dell'organo esecutivo alle previsioni del legislatore - avrebbe richiesto l'adozione della legge, o di atto a questo equiparato nel sistema delle fonti. La Corte è pertanto chiamata a stabilire se lo

56 Corte Cost., sent. n. 150 del 19.7.1982, in *www.cortecostituzionale.it*.

Stato poteva nella specie esercitare la funzione di indirizzo e coordinamento, senza che ne risultasse la lamentata lesione della sfera delle attribuzioni regionali, in via amministrativa attraverso provvedimenti che dispongono di una materia trasferita alla Regione, e la regolano in difformità delle norme di legge che ciascuna di esse assume di avere legittimamente prodotto. Così, nella specie, l'atto amministrativo non sarebbe assistito da alcun titolo costituzionale per condizionare la potenzialità della fonte legislativa regionale, né per contrastare le disposizioni da essa scaturenti, e pertanto ancor più sentita è la necessità di una copertura legislativa (idonea ad integrare il principio di legalità in senso sostanziale) affinché la limitazione alla potestà legislativa regionale trovi fondamento, appunto, in una fonte costituzionale. La questione decisa dalla Corte ha quindi una forte peculiarità, perché s'inserisce nel rapporto tra Stato e Regioni, intervenendo su uno strumento, quello dei poteri di indirizzo e coordinamento, che permetteva allo Stato di perseguire l'interesse nazionale in un sistema che aveva visto attuato da poco il primo reale trasferimento di funzioni alle Regioni a Statuto ordinario. Proprio nel garantire la massima operatività della esigenze unitarie, e permettere che queste vengano affidate anche dal Governo attraverso il solo esercizio di poteri amministrativi, si rinviene nel principio di legalità lo strumento per far si che il sistema costituzionale, con ciò, non sia "*leso*"[57]. In questo contesto matura l'affermazione della necessaria sussistenza di una legge che detti in modo specifico i limiti che il Governo deve rispettare nell'adozione

[57] Corte Cost., sent. n. 150 del 19.7.1982, cit., punto 8 del considerato in diritto: "*Tale conseguenza resta però esclusa nell'opposto caso, in cui l'adozione dell'atto amministrativo, soddisfa, come si é testé avvertito, i requisiti per il corretto esercizio dell'indirizzo e del coordinamento. In quest'ultima evenienza, il vincolo nei confronti dell'attività dell'ente autonomo risale per vero alla norma di legge, dalla quale trae specifico fondamento il provvedimento sub - legislativo che lo configura. Il sistema costituzionale, con ciò, non é leso; né, dunque, la* Regione *é esonerata, come deducono le ricorrenti, dall'uniformarsi al provvedimento statuale, per il semplice fatto di aver dettato norme con esso incompatibili: altrimenti verrebbero frustrate le esigenze unitarie, che la funzione di indirizzo e coordinamento deve invece garantire, anche quando - fermo restando il rispetto del principio di legalità essa si eserciti mediante atto amministrativo*."

dei provvedimenti di indirizzo e controllo che verranno a costituire una limitazione all'attività della Regioni, esigenza che viene resa esplicita nella motivazione: "*L'esame della specie esige quindi che si enunci un criterio, grazie al quale l'esercizio in via amministrativa del potere statale di indirizzo e coordinamento possa essere delimitato nei suoi legittimi confini*"[58]. Il criterio al quale rivolgersi non può che essere, quindi, quello di legalità in modo tale che sia il legislatore nazionale ad adottare una legge, "*la quale, in apposita considerazione della materia, che volta a volta esige l'intervento degli organi centrali, vincoli e diriga la scelta del Governo, prima che questo possa, dal canto suo, indirizzare e coordinare lo svolgimento di poteri di autonomia. La fonte legislativa deve operare … in guisa che si abbia preventiva certezza delle competenze amministrative dello Stato e della Regione*". La Corte non si limita, quindi, a richiedere un intervento legislativo "di copertura", ma una disposizione normativa che sia tale da offrire certezze in ordine al contenuto del successivo provvedimento amministrativo di indirizzo e coordinamento, rendendo così vivo nel sistema un principio di legalità di tipo sostanziale.

Il *decisum* di questa sentenza è stato realmente incisivo nel conferire al principio di legalità in senso sostanziale una portata precettiva e, quindi, una "operatività" nel sistema, dal momento in cui ha ricevuto numerose conferme e specificazioni nella successiva giurisprudenza costituzionale[59].

---

[58] Corte Cost., sent. n. 150 del 19.7.1982, cit., punto 7 del considerato in diritto

[59] Si possono rinvenire, in termini, diversi precedenti nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: nella sent. n. 45 del 10.2.1993 si afferma "*l'esercizio della funzione di indirizzo e coordinamento dell'attività amministrativa delle regioni è soggetto all'osservanza di precisi requisiti di forma e di sostanza: di forma, perchè l'atto di indirizzo e coordinamento deve essere approvato, con delibera, dal Consiglio dei ministri; di sostanza, perchè occorre idonea base legislativa per salvaguardare il principio di legalità sostanziale*"; conclusioni analoghe si rinvengono ad esempio nelle sentenze nn. 384 del 1992; nn. 359, 204 e 37 del 1991; nn. 338 e 242 del 1989.

Inoltre, anche la riforma del Titolo V della Costituzione, pur modificando totalmente l'apparato normativo nel quale si innestava il ragionamento della Corte, non ha tuttavia comportato al riguardo l'abbandono dell'operatività del principio di legalità sostanziale che è divenuto parametro di legittimità costituzionale non più degli atti di indirizzo e coordinamento, bensì delle leggi regionali incidenti sulle prerogative statali nelle materie di competenza concorrente, realizzando in tal modo una sorta di "torsione del concetto"[60] che tuttavia non ha perduto l'impostazione iniziale. Nella sentenza n. 307 del 2003 in materia di prevenzione e controllo dell'inquinamento elettromagnetico è, così, l'art. 4 della legge regionale delle Marche n. 25 del 2001 (che prevede va: "*La Giunta regionale con proprio atto individua i contenuti della comunicazione ed il tempo massimo di collocazione dell'impianto, comunque non superiore a tre mesi"*) ad essere dichiarato incostituzionale in applicazione del principio di legalità sostanziale che vuole che sia la legislazione dello Stato a fissare principi e criteri *standard* che agiscano anche come limitazione alla legge regionale[61]; afferma la Corte: "*La totale libertà attribuita alla Giunta nel*

---

[60] BARAGGIA A., *Legalità sostanziale e (attuale) sostanza della legalità, Le Regioni,* 3-4- 2009, 709.

[61] Il ragionamento della Corte si articola prendendo le mosse dalla *ratio* della legge quadro statale che prevede la fissazione di valori soglia da parte del legislatore nazionale e rimette alle Regioni i compiti successivi quali la localizzazione degli impianti e la fissazione degli standard urbanistici. A fronte di questa netta divisione di competenze contenuta nella legge quadro, la Corte chiarisce che la fissazione a livello nazionale dei valori soglia di emissioni elettromagnetiche non è mai legittimamente derogabile dalle Regioni, neppure in senso più restrittivo: è così vietato alla legislazione regionale di stabilire limiti inferiori, regole più rigorose o tempi più ravvicinati per la relativa adozione (si veda il capo 7° del considerato in diritto), al contrario saranno rimessi alla legislazione regionale una serie di prerogative nella disciplina della materia in esame: I) sottoporre a valutazione di impatto ambientale l'installazione degli impianti radioelettrici (in quanto tale istituto afferisce all'uso del territorio e non contrasta con i principi fondamentali della legge quadro. E ciò anche in assenza di un'analoga previsione contenuta nella legislazione statale; II) imporre l'obbligatoria previsione negli strumenti urbanistici degli elettrodotti esistenti e dei "corridoi" per la loro localizzazione (in conformità alla specifica normativa e pianificazione statale) la cui ampiezza può essere definita con direttiva regionale; III) disciplinare l'attività di pianificazione del risanamento degli elettrodotti; IV) prevedere la fissazione di "aree sensibili" individuate

dettare tale disciplina, senza l'indicazione di alcun criterio da parte della legge, viola il principio di legalità sostanziale, oltre che consentire l'emanazione di discipline regionali eccedenti l'ambito dei poteri della Regione o contrastanti con i principi fondamentali desumibili dalla legislazione statale: e determina pertanto l'illegittimità costituzionale della disposizione impugnata.". In questo caso, quindi, la Corte Costituzionale annulla una norma legislativa regionale perché prevede un potere amministrativo di tipo regolamentare in capo alla Giunta lasciandolo del tutto indeterminato nel contenuto, avvalorando così l'idea, in linea con la sua giurisprudenza prima ricordata, che il nostro sistema costituzionale preveda una principio di legalità sostanziale. Precetto posto al legislatore regionale in questa sentenza, che è stata definita per la sua ampia portata e ambizione ricostruttrice della materia come "*decalogo della buona legge regionale in materia di inquinamento elettromagnetico*"[62], è quello per cui deve ritenersi precluso alla legislazione regionale in materia di elettrosmog attribuire alla Giunta regionale una totale discrezionalità. Anche in questo caso vi sono da salvaguardare

---

in ragione della densità abitativa, dell'interesse storico-artistico o paesistico, ovvero della presenza di strutture di tipo assistenziale, sanitario o educativo, in cui le amministrazioni comunali possano prescrivere localizzazioni alternative degli impianti; V) vietare l'installazione di impianti di emittenza radiotelevisiva e di stazioni radio base per la telefonia mobile su "ospedali, case di cura e di riposo, scuole e asili nido" in quanto tale previsione costituisce un criterio di localizzazione (sia pure in negativo) degli impianti e dunque rientra nell'ambito degli obiettivi di qualità di tipo "territoriale" e dunque di competenza regionale; VI) attribuire alla Giunta regionale, in caso di inerzia o inadempienza dei gestori, il potere di proporre al Ministero dell'ambiente il piano di risanamento degli elettrodotti con tensione superiore a 150 kV, in quanto la previsione regionale costituisce una mera facoltà di proposta rispetto alla quale l'organo centrale conserva la propria competenza decisionale.

[62] MATTEO CERUTI , *La Corte Costituzionale detta il "decalogo" della buona legge regionale in materia di inquinamento elettromagnetico sulla base dell'inderogabilità (anche in melius) dei valori soglia statali,* in Riv. giur. ambiente 2004, 2, 258

esigenze di unitarietà della disciplina del settore coinvolto, così che il principio di legalità, esattamente come avveniva nella giurisprudenza sopra ricordata, diviene argine alla proliferazione di normative differenti e permette di ricondurre la materia ad un sistema unitario, affidato alle fonti di rango legislativo statali e regionali. Anche questa sentenza non propone un ragionamento isolato, ma trova conferma nella successiva pronuncia del 29 ottobre 2003, n. 324, in cui, dopo aver ribadito la competenza regionale sulla disciplina della localizzazione degli impianti radioelettrici per telefonia mobile e radiotelevisivi (per cui l'individuazione dei siti non può considerarsi riservata all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni attraverso i "*piani di assegnazione delle frequenze*"), viene censurata la legge della Regione Campania n. 9/2002 che consentiva alla Giunta regionale di disciplinare con regolamento la localizzazione dei siti di trasmissione radiotelevisiva e per le telecomunicazioni in mancanza di criteri delimitativi o di indirizzo di detto potere regolamentare (oltre che per la mancanza della necessaria previsione del potere regolamentare della Giunta in sede di statuto regionale). Queste due sentenze da ultimo citate hanno tra l'altro una valenza particolare perchèapplicano il principio di legalità sostanziale, precedentemente formulato in relazione alle autonomie regionali (e locali), anche e tutela dei soggetti privati costituendo così una limitazione dell'ambito di intervento del potere amministrativo sulla sfera personale e permettendo di poter affermare in via generale che alla stregua di tale principio è invalida ogni legge che conferisca un potere senza disciplinarlo compiutamente[63].

Vi sono poi ulteriori pronunce nelle quali la Corte Costituzionale si è interessata della applicazione del principio di legalità, si tratta tuttavia di decisioni che non hanno dato vita ad un "filone giurisprudenziale" e non hanno mai contenuto in proposito affermazioni di particolare portata o valenza ricostruttrice,

[63] G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2008, 351.

e che pertanto non forniscono elementi particolarmente utili al fine di articolare in positivo una teoria sul valore del principio di legalità nel sistema costituzionale. Ad esempio nella sentenza n. 32 del 6.2.2009 la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità della legge regionale istitutiva del Comune di Cavallino Treporti a seguito dello scorporo dal Comune di Venezia nella parte in cui affidava alla Provincia (in modo asseritamene discrezionale e quindi irrispettoso del principio di legalità sostanziale ex art. 97 Cost.) il compito di ripartire il patrimonio in modo razionale tra i due Comuni. In questa occasione la Corte, richiamando i precedenti illustrati e invocando il principio ivi enunciato secondo il quale la "*assoluta indeterminatezza del potere demandato ad una pubblica amministrazione senza l'indicazione di alcun criterio da parte della legge viola il principio di legalità sostanziale*" si è limitata a rilevare come "*con riguardo al caso di specie, non è dato ravvisare una carenza di simile gravità nella disposizione censurata, specie se letta alla luce dei principi appena esposti, desumibili dalla disciplina della materia in oggetto*".

I contributi giurisprudenziali, limitatamente sin qui alla giurisprudenza della Corte Costituzionale, si caratterizzano quindi per offrire un apporto limitato e di scarsissima incidenza pratica del principio di legalità sostanziale quale criterio valutazione della legittimità delle leggi.

Al di la di una affermazione ripetuta nel tempo in ordine alla sua vigenza, il campo di applicazione pratica si è rilevato estremamente limitato e riferito per lo più a contesti in cui l'indeterminatezza del potere amministrativo conferito dalla legge veniva ad inserirsi in ambiti caratterizzati dalla difficile individuazione dell'ente territoriale designato a regolamentare la materia, evenienza che nella lettura delle sentenze ricordate appare spesso come un fattore di determinante importanza nell'equilibrio delle pronunce della Corte, apparentemente interessata più a bilanciare le esigenze di decentramento con quelle di unitarietà della

disciplina delle funzioni amministrative coinvolte che ad argomentare in ordine ai limiti che il potere amministrativo incontra nel rapporto con la legge.

La legalità viene quindi utilizzata come principio di competenza più che di validità della legge[64] anticipando in tal modo delle considerazioni che successivamente emergeranno proprio in relazione al potere regolamentare delle Autorità Indipendenti, che non può esser valutato in relazione del principio di legalità indipendentemente dalla sfera di competenze e cura di interessi che gli sono attribuiti.

E' quindi interessante poter individuare nell'analisi della giurisprudenza costituzionale sul tema come l'applicazione del principio di legalità sostanziale non sia mai svincolata da una valutazione che chiama in gioco diversi altri principi nella ricerca di un equilibrio nella gestione del potere. Recuperando un passaggio della motivazione della sentenza n. 307/2003 ciò appare evidente. La Corte afferma: "*In sostanza, la fissazione a livello nazionale dei valori-soglia, non derogabili dalle Regioni nemmeno in senso più restrittivo, rappresenta il punto di equilibrio fra le esigenze contrapposte di evitare al massimo l'impatto delle emissioni elettromagnetiche, e di realizzare impianti necessari al paese, nella logica per cui la competenza delle Regioni in materia di trasporto dell'energia e di ordinamento della comunicazione è di tipo concorrente, vincolata ai principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato*. L'applicazione successiva del principio di legalità altro non è che la salvaguardia di questo punto di equilibrio rinvenuto dalla Corte costituzionale nella legge – quadro nazionale sull'inquinamento elettromagnetico, affinché non venga compromesso dalle amministrazioni locali in sede di attuazione amministrativa. Ciò che sembra realmente motivare la decisione della Corte nel caso specifico, ma con procedimento logico estendibile a molte delle altre sentenze citate, non è tanto la

[64] F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, 10.

previsione contenuta nella legge regionale di un potere amministrativo indeterminato che possa costituire un vulnus alla tutela dei cittadini quanto la possibilità che tale indeterminatezza porti nel tempo ad una regolamentazione amministrativa tale da compromettere l'equilibrio stabilito dalla legge - quadro statale.

Rimane così irrisolto dalla giurisprudenza costituzioanle il problema del *quantum* di discrezionalità che può caratterizzare la legge: se esso cioè equivalga a circoscrivere, a stabilire limiti negativi o se equivalga, invece, a vincolare il contenuto degli atti amministrativi, e rimane irrisolto, a parere di chi scrive, proprio perché non affrontato "in via principale", ma ripetutamente coinvolto nelle motivazioni della sentenze della Corte Costituzionale nella composizione di differenti valori. Vi è così l'impossibilità di ricavare dall'analisi della giurisprudenza costituzionale criterio valido *ex ante* ed in astratto per definire la legalità sostanziale, e la stessa estensione (debole o forte) del principio viene in rilievo in modo variabile e seconda della materia in cui lo stesso opera e in relazione alla composizione e alla ponderazione degli interessi concreti da tutelare[65].

Ecco allora che la concreta operatività del principio di legalità anche in relazione alla sua applicazione verso il legislatore, come vincolo allo stesso potere legislativo, vive solo se posta in relazione ad altri principi che ne rendano concreto il significato, passando attraverso la loro composizione in sede giurisdizionale. In altre parole spetterà alla Corte Costituzionale rilevare se al di la della fonte utilizzata per disciplinare un determinato potere, regolamentare una

[65] BARAGGIA A., *Legalità sostanziale e (attuale) sostanza della legalità, Le Regioni,* 3-4- 2009, 711 la quale afferma: "Non è, in altri termini, possibile ricavare dalla giurisprudenza costituzionale un significato chiaro e univoco della sostanza del principio: quest'ultimo risulta essere un concetto elastico, la cui estensione assume forme e dimensioni diverse di fronte alla eterogeneità e irriducibilità dei casi concreti cui aderisce; risulta altresì un concetto dinamico, come già autorevole dottrina ha osservato, suscettibile di trasformazioni successive collegate in genere ad una progressiva e più piena realizzazione"..

certa materia o esercitare una funzione amministrativa vi sia un criterio sostanziale a legittimarne la disciplina proprio perché "*la legittimazione delle politiche non deriva loro dal fatto di assumere la forma della legge o di attività amministrative autorizzate dalla legge, ma dal rispondere a criteri sostanziali: a una particolare applicazione di un diritto costituzionale che un giudice (in primis la Corte) abbia ritenuta concettualmente plausibile (e dunque costituzionalmente implicita), oppure ad una particolare applicazione di concetti quali efficacia, efficienza, razionalità economica, semplicità procedimentali, in quanto ritenuti espressivi di principi costituzionalmente dovuti*"[66].

Certamente più ampia è la portata applicativa del principio in esame nella giurisprudenza amministrativa. In questo caso non sarà direttamente oggetto delle pronunce giurisprudenziali il contenuto delle leggi che danno attuazione al principio di legalità costituzionale, bensì il rispetto da parte di queste ultime da parte dei provvedimenti dell'amministrazione. Ciò comporta che l'analisi della giurisprudenza amministrativa sul punto offre minori occasioni per indagare quale sia la portata del principio di legalità sostanziale nell'ordinamento, tuttavia offre interessanti spunti.

Innanzitutto, occorre rilevare come sia consolidato l'orientamento giurisprudenziale che afferma "*che ogni provvedimento deve essere espressione di un potere riconosciuto all'amministrazione da una norma specifica*".

Inoltre derivano da questo principio importanti corollari applicativi, primo tra tutti il principio della tipicità dei provvedimenti amministrativi che spesso assume tale rilevanza da confondersi con il principio di legalità, fino ad esaurirne l'intera portata applicativa. Tipicità che viene indicata dalla giurisprudenza come "oggettiva", riferita cioè alla tipologia di provvedimenti adottabili, e "soggettiva"

---

[66] M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2008.

se riferita agli organi che possono adottare i provvedimenti, venendosi a confondere in tal modo con la competenza. Non mancano ipotesi nelle quali i due profili devono essere correttamente distinti, evidenziando la loro differente portata, come nel caso delle ordinanze di necessità (o di urgenza) che sono provvedimenti amministrativi che, in quanto previsti da norme apposite (a seguito di calamità naturali, catastrofi o altri eventi connessi anche ad errore dell'uomo) stanno nel principio di legalità, ma costituiscono un'eccezione rispetto alla regola della "tipicità", senza importare violazione dei principi fondamentali e inderogabili concernenti i più importanti istituti giuridici[67].

Sono quindi molte le occasioni in cui la giurisprudenza amministrativa fa applicazione del principio di legalità, tuttavia sembra prevalere un'attenzione alle sue implicazioni accessorie e minore, invece, l'indagine sulla sua diretta influenza sul provvedimento amministrativo. In altre parole, la legalità sostanziale, come detto, dovrebbe far si che quanto previsto nelle leggi ordinarie vincoli il potere amministrativo in modo non solo formale, non arrestandosi quindi a far salva la tipicità e nominatività dei provvedimenti amministrativi senza che questa sia supportata da una predeterminazione dei contenuti o dei principi che debono perseguire.

Eppure la tendenza che sembra guidare l'evoluzione del diritto amministrativo è quella, differente, di una logica di risultato, in cui il legislatore indica attraverso leggi sempre più indeterminate i fini ai quali l'attività amministrativa deve puntare, lasciando ampia discrezionalità in ordine alle scelte concrete.

In questo processo si perde la forza operativa del principio di legalità che necessariamente subisce una "contaminazione" con altri principi, come quelli

[67] In questo senso C. Conti, Sez. contr., 15/06/1993, n. 98

dell'efficienza, dell'efficacia, del raggiungimento dello scopo, in un bilanciamento che molto spesso trova la sua sede naturale nel processo, dove la legalità effettivamente opera non come un criterio astratto ed indeterminato che risulta difficile colmare di significato, ma come sintesi dei differenti principi coinvolti che permettono realmente di parlare di legalità sostanziale. In questa prospettiva s'inserisce la riforma che maggiormente, negli ultimi anni, ha reso evidente il processo di trasformazione del diritto amministrativo, l'art. 21 *octies,* co II[68], della legge n. 241 del 1990 così come modificato dalla legge n. 15 del 2005.

La disposizione consente al giudice di verificare l'efficienza causale del vizio fatto valere sulla validità del provvedimento, con la conseguenza che non si dovrà dar luogo ad annullamento nel caso in cui emerga che il vizio non abbia inciso sugli assetti determinati dal provvedimento stesso. Vivacissimo è stato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale, non ancora sopito, sulla portata sostanziale o solo processuale della disposizione, derivando dalla soluzione di tale interrogativo conseguenze di ampia portata: la possibilità di applicare la disposizione anche in sede di autotutela; l'eventuale limite che questo costituisca anche alla disapplicazione dell'atto da parte del giudice ordinario; la possibilità dell'atto venga comunque valutato come illecito ai fini della responsabilità della pubblica amministrazione ai sensi dell'articolo 2043 cc; infine l'applicabilità della disposizione ai provvedimenti adottati prima della data di entrata in vigore della legge numero 15 del 2005.

---

[68] La norma 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".

La tesi che per prima si è affermata in giurisprudenza ha sostenuto la natura solo processuale della norma, attraverso la quale avrebbe fatto ingresso nel processo amministrativo il principio del raggiungimento del risultato, per cui: "*La novella legislativa si limita a codificare quelle tendenze già emerse in giurisprudenza mirante a valutare l'interesse a ricorrere, che viene negato ove il ricorrente non possa attendersi, dalla rinnovazione del procedimento, una decisione diversa da quella già adottata (sulla base dell'articolo 21 octies il provvedimento non è annullabile non perché assoggettato ad un diverso regime di invalidità o irregolarità, ma perché la circostanza che il contenuto non possa essere diverso, priva il ricorrente dell'interesse a coltivare un giudizio, da cui non potrebbe ricavare alcuna utilità*"[69]. Da ultimo, tuttavia, il Consiglio di Stato sembra aver preso posizione a favore della differente tesi sostanzialistica[70] che ancor più evidenzia quanto nell'attuale diritto

[69] Cons. St., sez. VI, 17.9.2006, n. 6194, in www.giustizia-amministrativa.it.

[70] Cons. St., 19.3.2007, n. 1307, in www.giustizia-amministrativa.it : "39. Secondo un consistente indirizzo interpretativo, la norma avrebbe valenza meramente processuale, non intaccando il giudizio di illegittimità del provvedimento adottato in violazione della prescrizione formale e, pertanto, sarebbe applicabile anche nei giudizi in corso, in relazione a provvedimenti adottati prima della sua entrata in vigore. La Sezione non condivide questa impostazione e propende per la tesi della natura sostanziale della norma, per le ragioni di seguito esposte. 40. Anzitutto, occorre chiarire il senso della formula "naturaprocessuale" o "sostanziale" della norma. Sono prospettabili due significati diversi. Il primo riguarda la definizione del contenuto degli effetti derivanti dalla norma. Con la qualificazione processuale si vuole affermare che le conseguenze applicative della norma non toccano mai il piano sostanziale del provvedimento, che resta viziato. Gli esiti operativi della disciplina si pongono, invece, sul solo terreno del processo amministrativo e consistono nella limitazione del potere decisorio del giudice, cui è preclusa, in ogni caso, l'adozione della pronuncia costitutiva di annullamento. 41. In tale prospettiva, si dice, la sentenza che accerta la presenza di un vizio formale non invalidante non dovrebbe concretizzarsi in un rigetto della domanda, ma dovrebbe avere un diverso contenuto: l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse della parte attrice ad ottenere l'annullamento dell'atto impugnato, oppure la dichiarazione "mera" dell'illegittimità non invalidante del provvedimento impugnato. 42. Il secondo significato della formula "natura processuale" riguarda, invece, le modalità temporali e procedimentali attraverso cui la norma trova applicazione. Secondo la qualificazione processuale, gli effetti giuridici derivano da un "fatto processuale", in senso ampio, identificato nell'accertamento compiuto dal giudice in ordine al possibile "contenuto dispositivo dell'atto". Secondo questa impostazione, la "fattispecie" da cui deriva la conseguenza voluta dalla norma si colloca

all'interno del processo amministrativo, senza operare in ambito sostanziale. 43. La Sezione osserva che la formula letterale "non èannullabile" (utilizzata dalla disposizione) presenta, ma solo a prima vista, forti argomenti a supporto della configurazione meramente processuale dell'effetto. Si potrebbe sostenere, infatti, che la disposizione intenda operare solo nell'ambito del potere di reazione dell'ordinamento all'accertata difformità tra il provvedimento e la norma che lo disciplina. 44. Il peso lessicale della locuzione, tuttavia, non deve essere sopravvalutato. Infatti, il linguaggio utilizzato dal comma 2 è perfettamente omogeneo a quello presente nel comma 1 dello stesso articolo 21-octies, che contiene il "catalogo" generale dei vizi del provvedimento, connettendolo alla categoria giuridica dell'annullabilità. Questa, pur non "qualificata" dalla legge, appare decisamente situata nell'ambito delle nozioni sostanziali di disciplina dell'atto. 45. Affermando la valenza sostanziale della nozione di annullabilità, anche il comma 2 si dovrebbe inscrivere, a pieno titolo, all'interno della classe, anche alla luce del sistema definito dalla legge n. 241/1990. Il comma 1 enuncia, in termini generali e "positivi", il concetto di annullabilità sostanziale. Il comma 2 delimita e chiude la stessa nozione, mediante un enunciato espresso in forma "negativa". 46. Per affermare la natura processuale della norma, si è richiamata l'attenzione sulla dizione dell'articolo 21-nonies, secondo cui "Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio (...)". A giudizio di alcuni commentatori, la norma qualificherebbe espressamente come illegittimo il provvedimento viziato ai sensi dell'articolo 21-octies, comma 1, ancorché non annullabile ai sensi del comma 2. Sarebbe codificata, quindi, la categoria del provvedimento meramente illegittimo, perché contrastante con la disciplina sostanziale del procedimento o della forma, ma non annullabile in sede giudiziaria. 47. Ma proprio il confronto tra i due articoli sembra offrire ulteriori argomenti a favore della tesi sostanziale. L'art. 21-nonies, infatti, non richiama affatto il solo comma 1, bensì l'intero articolo 21-octies. Quindi, deve considerarsi illegittimo solo il provvedimento annullabile sulla base dell'integrale applicazione del 21-octies, senza che possa residuare alcuno spazio alla classe del provvedimento "meramente illegittimo". 48. La tesi dell'effetto meramente processuale, poi, svolge una più sottile considerazione dell'aspetto strutturale del presupposto applicativo della norma. In sintesi, si sostiene che la "non annullabilità", proprio perché ancorata alla formula negativa aggiunta alla disciplina del comma 1, si collocherebbe al di fuori del tema dei vizi sostanziali del provvedimento, impedendo la produzione del normale effetto di annullamento dell'atto. 49. Tuttavia, anche ammettendo, per ipotesi, che il giudizio sul contenuto indefettibile del provvedimento indichi un dato esterno all'atto amministrativo, non per questo sarebbe dimostrata la natura meramente processuale della norma e degli effetti che essa determina. 50. Per un verso, un fatto esterno al provvedimento potrebbe essere considerato, semplicemente, come presupposto di applicazione di un fenomeno di sanatoria: al di fuori dell'atto, ma sempre sostanziale, perché diretto a "recuperarne" o confermarne la validità. Per altro verso, poi, il fatto esterno al provvedimento, anche quando si concretizza in un atto processuale (la decisione del giudice che accerta la congruenza del contenuto dispositivo dell'atto), determina effetti giuridici che ricadono sull'efficacia o sulla stessa validità dell'atto, rilevanti in ambito sostanziale. 51. Giova sottolineare, ancora, che il carattere

amministrativo il principio del raggiungimento del risultato stia sottraendo spazio all'applicazione del principio di legalità. Ciò sarà sostenibile, scongiurando in primo luogo ogni dubbio in ordine alla costituzionalità dell'art. 21 *octies* in particolare, e trovando un saldo rapporto tra legalità e altri principi presenti nell'ordinamento in generale, solo adottando una differente lettura della legalità che risiede sempre meno nel rapporto formale tra le fonti del diritto e sempre più nel bilanciamento di valori che ha luogo principalmente nel processo.

Secondo tale interpretazione, quindi, non pare ipotizzabile un problema di compatibilità costituzionale in ordine all'osservanza del principio di legalità. Il

---

meramente processuale della norma non potrebbe essere ricavato nemmeno dalla formulazione "negativa" utilizzata dalla legge, incentrata sulla locuzione "non è annullabile". Sul piano della "logica" del linguaggio normativo, la fattispecie della annullabilità può essere descritta sia ricorrendo esclusivamente ad elementi a contenuto "positivo", sia utilizzando dati a contenuto "negativo", che si integrano insieme. Il comma 2, se considerato alla stregua di un'eccezione alla "regola" del comma 1, avrebbe solo lo scopo di delimitare il raggio di operatività della nozione - sempre sostanziale - di annullabilità. 52. Il collegio ritiene, allora, che l'art. 21-octies, comma 2, contribuisca a specificare il significato della formula "violazione di legge", contenuta nel comma 1. Detta nozione, isolatamente considerata, resta intrinsecamente caratterizzata da un elevato grado di generalità. La norma contenuta nel comma 2 per un verso delimita la rilevanza del vizio di illegittimità derivata dalla violazione realizzata nell'ambito del procedimento, per altro verso circoscrive la prescrizione formale, stabilendo che essa è surrogabile dal particolare contenuto del provvedimento. 53. Altri argomenti, di carattere sistematico, del resto, rafforzano la conclusione della natura sostanziale degli effetti prodotti dalla norma. La giustificazione dell'intero articolo 21-octies è stata ricondotta alla asserita opportunità di condurre il tema dell'illegittimità amministrativa al livello della disciplina sostanziale dell'atto, superando la prospettiva processuale dell'articolo 26 del TUCDS e della legge TAR. La premessa argomentativa di tale scelta sistematica è stata quella di abbandonare definitivamente la suggestione processuale della vecchia collocazione dei vizi, che si rifletteva - in qualche misura - sulla originaria configurazione meramente formale e strumentale dell'interesse legittimo. 54. La legge n. 15/2005 ha scelto di introdurre la nuova norma sostanziale, non in sostituzione, ma in aggiunta a quella collocata in un testo legislativo di carattere processuale. Non sembra trascurabile, ora, questa persistente duplicità di norme sostanziali e processuali, entrambe dirette ad elencare i vizi del provvedimento amministrativo, ma in prospettive diverse. Ebbene, si può notare che la disciplina della non annullabilità dell'atto è situata proprio nella legge sostanziale e non in quella processuale."

meccanismo di "degiuridicizzazione", se considerato nel suo valore sostanziale, rende sí irrilevante l'inosservanza delle disposizioni procedimentali, tuttavia è disposto dallo stesso legislatore, ed è, per questo, espressione del principio di legalità formale. Ma ciò non basta, a ben vedere, infatti, l'azione amministrativa non cessa neppure di essere sottoposta al vincolo della legalità inteso in senso sostanziale. Il legislatore, infatti, attraverso il meccanismo dell'art. 21 *octies*, ha modificato l'oggetto della disciplina, deregolando la forma ed intensificando il peso del risultato dell'attività amministrativa, che, dal meccanismo della norma in oggetto, diviene il vero e proprio (ed anche l'unico) parametro sostanziale della legittimità del provvedimento. Quindi, la tutela delle ragioni del cittadino è demandata sempre meno a situazioni soggettive procedimentali, e sempre più a pretese di spettanza sostanziali; il tutto in forza di chiare indicazioni legislative. Mentre potrebbe ben porsi un problema di compatibilità con il principio di legalità se la norma fosse considerata processuale. Infatti, ciò porterebbe - senza una scelta legislativa chiara, né espressa ed esplicita, né implicita - a demolire *ex post*, con efficacia retroattiva, obblighi-doveri d'adozione di determinate forme o di realizzazione di determinate prestazioni procedimentali, con riguardo ai quali sono maturate in capo al cittadino posizioni sostanziali perfette.

Il contrasto, allora, sarebbe realizzato, non solo dal non riconoscere protezione giurisdizionale a queste ultime, ma dal consentire che, senza un'inequivoca manifestazione di volontà del legislatore, le norme che hanno regolato l'azione amministrativa e consolidato posizioni soggettive, siano private, con effetto *ex tunc*, nella dimensione contenziosa e processuale, di ogni valore giuridico-prescrittivo.

Di per sé non è inammissibile concepire una norma sostanziale retroattiva di questa natura; il problema è, nel nostro caso, che la retroattività non è legata ad una consapevole scelta del legislatore, ma deriva dalla qualificazione della norma

come processuale. In altre parole, la norma non appare pienamente conforme al dato costituzionale se intesa come processuale nel senso indicato dal Consiglio di Stato in un precedente indirizzo giurisprudenziale[71]. Infatti, per i suoi evidenti effetti, considerarla "processuale" significherebbe soltanto applicare una serie di prescrizioni sostanziali con effetto retroattivo, non per un'identificabile manifestazione di volontà del legislatore, né implicita né esplicita, ma solo per la qualificazione della norma in senso processuale[72]. Invero, se il disposto fosse

---

[71] Sul punto, da ultimo, appare rilevante la sent. Cons. St., sez. VI, 4 .9.2007, n. 4614 nella quale il Consiglio di Stato, pur condividendo la tesi processualistica della norma, evidenzia che non si tratta di un'ipotesi esimente che permette di mantenere vigente nell'ordinamento un provvedimento *ab origine* viziato, ma di una irregolarità valutabile come tale solo ex post dal giudice il quale, rilevata comunque la illegittimità dell'atto, in base ad una valutazione attinente al contenuto del provvedimento, ed in particolare alla circostanza per cui questo non poteva essere diverso, non ne dichiara la illegittimità. E' interessante il passaggio della sentenza: "Con le stesse decisioni citate, la Sezione ha anche rilevato che l'art. 21-octies non determina alcuna degradazione di un vizio di legittimità a mera irregolarità, né integra una "fattispecie esimente" che affranca ab initio il provvedimento amministrativo dalle violazioni vizianti contemplate dall'art. 21-octies; mentre l'irregolarità opera ex ante e in astratto, per cui il provvedimento amministrativo affetto da vizio formale minore è un atto ab origine meramente irregolare, nel caso dell'art. 21-octies, comma II, la violazione continua ad integrare un vizio di legittimità, che non comporta l'annullabilità dell'atto a causa di valutazioni, attinenti al contenuto del provvedimento, effettuate ex post dal giudice, che accerta che il provvedimento non poteva essere diverso. Il provvedimento è, e resta affetto, da un vizio di legittimità. Il legislatore non ha, dunque, inteso intervenire sulla qualificazione dei vizi procedimentali o formali e del vizio della violazione dell'art. 7 della legge n. 241/90, che restano tutti vizi di legittimità, ma ha voluto incidere sulle conseguenze connesse all'invalidità del provvedimento viziato nella forma o nel procedimento. L'art. 21-octies rende irrilevante la violazione delle norme sul procedimento o sulla forma dell'atto per il fatto che il contenuto dispositivo dell'atto "non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato". Mentre con riguardo alla prima parte del comma II dell'art. 21 octies, deve essere "palese" che il contenuto dei provvedimenti (vincolati) non poteva essere diverso, per la seconda parte della norma, relativa alla violazione dell'art. 7 della legge n. 241/90, è richiesta una prova particolarmente rigorosa che il provvedimento non poteva essere diverso."

[72] In questo senso F. MIDIRI, *L'art. 21 octies della legge sul procedimento amministrativo è una disposizione di carattere sostanziale o processuale?,* in *Foro Amministrativo C.D.S.,* 1, 2007.

interpretato in modo tale da negare l'annullabilità di un provvedimento illegittimo, è chiaro che si porrebbe in palese contrasto con l'art. 113 Cost. comma II, in base al quale la tutela giurisdizionale contro gli atti della Pubblica Amministrazione non può essere limitata a particolari mezzi d'impugnazione[73].

Appare evidente, quindi, come la giurisprudenza amministrativa, nel recepire le recenti riforme legislative, tra le quali *in primis* quella introdotta con l'art. 21 octies l. n. 241/90, stia abbracciando una concezione del principio di legalità in cui l'elemento strettamente formale della conformità al precetto legislativo è recessivo rispetto a quello "pragmatico"[74] della idoneità dell'atto a raggiungere lo scopo segnato dall'interesse collettivo per il quale viene adottato. Ciò però, nella lettura del complessivo fenomeno che in questa sede s'intende proporre, non implica che altri principi, quali effettività, efficacia, proporzionalità stiano senz'altro risultando prevalenti rispetto alla legalità, ma che sia quest'ultima a subire un necessario processo di trasformazione che la sta portando ad essere non tanto *il criterio* di regolazione del sistema delle fonti da cui tutto muove, quanto un fondamentale principio il cui rispetto dovrà essere successivamente vagliato in relazione a tutti gli altri principi che arricchiscono una democrazia pluralista. La sua verifica, quindi, non potrà che aver sede nel processo, sia esso costituzionale o amministrativo, confermando così quanto sostenuto in ordine al fondamento costituzionale del principio stesso che si è rinvenuto negli art. 101 e 113 Cost. che impongono la giurisdizionalizzazione di tutti gli atti della Pubblica Amministrazione. Non a caso, proprio l'art. 21 octies comma II in esame è norma attenta, ben più delle altre che compongono la disciplina generale del procedimento amministrativo, a delineare la ripartizione dell'onere probatorio.

---

[73] Sul punto M. CORRADINO, *Diritto Amministrativo, seconda edizione*, Padova, 2009, 494.

[74] M. CORRADINO, *Diritto Amministrativo, seconda edizione*, Padova, 2009, 490.

1.5 Una proposta ricostruttiva.

L'analisi della letteratura che con considerazioni tanto complesse ed elaborate ha nel tempo studiato il fondamento costituzionale del principio di legalità, e che in questa sede si è tentato di puntualizzare brevemente, pur essendo giunta ad alte riflessioni, appare tuttavia incapace di offrire conclusioni definitive.

Ciò che in parte è emerso, e che sembra essere il vero aspetto critico delle ricostruzioni prospettate, è la difficoltà di superare l'impostazione meramente formalistica, oggi inaccettabile anche alla luce delle diverse criticità evidenziate, per un approccio sostanzialistico che non risulti però concretamente inattuabile. Rispetto alle tre alternative della "non contrarietà" della "legalità formale" e della "legalità sostanziale" si deve oggi andare oltre nella consapevolezza e certezza che ciò non significa abbandonare l'idea (rassicurante) che il principio di legalità sia pienamente affermato ed operante nel sistema, ma che lo stesso nella complessità del sistema delle fonti e dell'articolazione dei principi che regolano gli odierni ordinamenti viva non solo nel rapporto tra le fonti bensì nella concreta applicazione delle regole giuridiche che passa attraverso le istituzioni, i loro atti o regolamenti, le procedure variamente partecipate, i controlli giurisdizionali.

Se astrattamente la verifica del rispetto del principio di legalità passa per una mera raffrontabilità tra norme, con la conseguenza che dovrebbe considerarsi viziato l'atto adottato in assenza di una base legale o di in forza di una legge che attribuisca il potere senza null'altro aggiungere in ordine alle modalità di esercizio dello stesso, in concreto nelle medesime ipotesi ben potremmo ritenere soddisfatto il giudizio di legalità dello stesso atto qualora estendessimo l'indagine al complesso delle regole vigenti nell'ordinamento e dei principi applicabili, colmando così ogni eventuale lacuna nell'immediato fondamento legislativo.

Certamente la soluzione interpretativa che si prospetta, seppur non inedita, appare ancora in parte inesplorata e deve preliminarmente superare la prima delle critiche alle quali si espone, se in sostanza si possa ancora parlare di principio di legalità se tanto ci si allontana nel definire il suo contenuto proprio dalla legge per riempirlo di qualcosa(principi di diritto, valori, interpretazioni offerte dalle più alte Corti) che in fondo legge non è. Ebbene parere di chi scrive è che questa sia conclusione ampiamente sostenibile se non l'unica che permetta i ritenere ancora operante nel nostro sistema il principio di legalità con una qualche utilità sia teorico ricostruttiva che pratica.

Momento di fondamentale sintesi diviene quindi quello giurisdizionale, nel quale il giudice è chiamato sempre più spesso a misurarsi con un ordinamento di crescente complessità ed arricchito in modo rilevante di concetti indeterminati e dalla discrezionalità crescente che un sistema delle fonti scosso dal pluricentrismo, dai vari livelli di *governance* e, più in generale dalla crisi della legge contribuiscono a creare. Nel momento giurisdizionale tale caos deve trovare componimento, i principi del giusto processo, della prevedibilità delle decisioni giurisprudenziali e quindi della certezza del diritto devono trovare soddisfazione. E' quindi in questo momento che la legalità così intesa deve trovare affermazione, una legalità che non è più assoluta fiducia nella primazia della legge generale ed astratta nella quale rinvenire ogni regola che governa le infinite situazioni della vita, ma è la legalità che si apre ai principi all'interno di una democrazia pluralista.

Vi è totale svuotamento del concetto? Vi sarà assoluta perdita di certezza, imprevedibilità delle regole giuridiche, discrezionalità delle scelte dell'amministrazione tale da dover essere qualificata come arbitrio? Questi sono gli interrogativi che devono maggiormente devono preoccupare, rispetto ai quali tuttavia, è opinione di chi scrive, non vi sarà maggior allarme aderendo all'idea che la legalità oggi percorra strade in parte differenti che rimando legati a concetti

propri di un diritto che non è più quello delle nostre società. Qualche certezza ricostruttiva potrà in questa sede essere offerta solo in relazione al tema affrontato, la potestà regolamentare delle Autorità Indipendenti, sebbene in questa fase vi sia ancora la necessità di ricostruire un fenomeno che si caratterizza in primo luogo proprio per l'ampissima portata che assume.

Proprio perché posta all'interno di un ordinamento pluralista, che nessun principio afferma come assoluto ad eccezione del pluralismo stesso, oggi la legalità deve trovare contemperamento con gli altri principi presenti nell'ordinamento (complesso). Il bilanciamento spetterà in primo luogo al giudice, che è chiamato a svolger, al fianco dell'attività di *iurisdictio* anche una "funzione ordinante"[75] che dia certezza all'ordinamento attraverso la prevedibilità delle decisioni giurisprudenziali e la ragionevolezza delle stesse.

Infatti la ragionevolezza deve potersi tradurre in regole stabili, che favoriscono la continuità e la sicurezza dei comportamenti dell'Amministrazione, come del resto la trasparenza e la percettibilità delle regole per il cittadino. "*Mai come oggi infatti la certezza del diritto e la semplificazione dell'ordinamento sono obiettivi che proprio il giudice è tenuto – anch'egli dal basso – ad assecondare, nei limiti del possibile. Garantendo continuità ai criteri di ragionevole applicazione delle norme; salvaguardando l'armonia e l'unità giuridica ed economica dell'ordinamento quando si è costretti a combinare norme statali e norme regionali o locali*"[76].

---

75 Dogliani, Garanzie d'indipendenza della Magistratura, in Garanzie costituzionali e diritti fondamentali, Roma, 1997, 55.

76 F. Cintoli, Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione", Milano, Giuffrè, 2005, 49. il quale valorizza il ruolo del giudice come attore istituzionale capace di offrire certezza all'ordinamento dal momento in cui "La crisi del principio di legalità vede oggi la sua dimensione in un modo d'essere del sistema che non è neppure più il prodotto della prima revisione del modello weberiano. Non si tratta semplicemente di rilevare che le leggi-provvedimento, da un lato, e l'attività governativa di indirizzo, dall'altro, scuotono le basi della razionalità legale e segnano la prevalenza e la centralità della

Il bisogno di certezza dell'ordinamento attraverso la prevedibilità anche delle decisioni giurisprudenziali avvicina in modo significativo la giurisdizione alla funzione legislativa in un'ottica sempre più prossima a quella della *common law*. In tal modo si espresse già a suo tempo l'autorevole Dottrina, allorché segnalò come si potesse ritrovare almeno formalmente l'autorità del principio dello *stare decisis* in Italia in due principi affermati dalla Cassazione: quello della motivazione semplificata in caso di richiamo al precedente di legittimità che si conferma[77] e quello dell'obbligo di motivazione rafforzata nel caso in cui il precedente venga disatteso[78]. Entro tale cornice – come è stato Autorevolmente scritto – la Suprema Corte diventa "*uno dei luoghi essenziali in cui la "legge" si definisce e si manifesta*".

Di recente, poi, vi è stata anche l'occasione di ragionare in ordine all'applicabilità nel nostro ordinamento cd. *overruling*: un cambiamento delle regole del gioco a partita già iniziata e dunque una somministrazione al giudice del potere-dovere di giudicare dell'atto introduttivo in base a forme e termini il cui rispetto non era richiesto al momento della proposizione della domanda. L'*overruling* pone il (serio)

---

politica. Oggi accade qualcosa di ancor più significativo, perchè la razionalità legale non sembra neppure soppiantata da una centralità della politica, ma dall'espansione di nuove sedi tecniche nelle quali sono prese le decisioni. Tutti questi eventi, però, concorrono nel minare alla radice l'attitudine della legge a guidare le scelte amministrative, sembrano amplificarne la crisi e accrescere l'importanza della tecnica nel precetto positivo".

77 sentenza Cass., 13 maggio 1983, n. 3275: Soddisfa l'obbligo della motivazione della sentenza di cui all'art. 132 n. 4, c.p.c., il mero riferimento da parte del giudice del merito alla giurisprudenza della Corte di Cassazione in relazione alla soluzione di una questione univocamente espressa dalla Suprema Corte

78 sentenza Cass., 3 dicembre 1983, n. 7248: Nell'esercizio del suo potere-dovere di interpretazione della norma applicabile alla fattispecie sottoposta al suo esame, il giudice può anche non seguire l'interpretazione proposta dalla Corte di cassazione (salvo che si tratti di giudizio di rinvio). Tale libertà non esclude, peraltro, l'obbligo dello stesso giudice di addurre ragioni congrue, convincenti a contestare e far venir meno l'attendibilità dell'indirizzo interpretativo rifiutato

problema dell'efficacia nel tempo dell'abrogazione del precedente che è del tutto affine, per effetti, all'abrogazione della norma, soprattutto per il destinatario finale del servizio di Giustizia: in ambo i casi, sopravviene una regola di diritto neofita, in un contesto in cui, sino al nuovo pronunciamento, ne vigeva una diversa o addirittura contraria nell'imperativo che ne costituisce il contenuto[79].

---

79 Il problema della limitazione della retroattività del mutamento giurisprudenziale è risolto nel *Common Law* con il metodo del cd. *prospective overruling:* il giudice stabilisce che la soluzione adottata dal nuovo precedente varrà solo per il caso deciso e per le future fattispecie ma non per le fattispecie precedentemente disciplinate per le quali avrà sempre valore il precedente *overruled*. Il sistema qui richiamato riguarda solo casi speciali e particolari come, ad esempio, quelli in cui il mutamento giurisprudenziale modifichi, in senso peggiorativo per il cittadino, le norme di accesso al processo e, dunque, alla Giustizia. In questi casi, la retroattività del nuovo *stare decisis* andrebbe a vulnerare rapporti quesiti dal punto di vista sostanziale in ragione dell'improvviso mutamento delle regole processuali che ad essi sono sottesi. Diventa, invero, fisiologico interrogarsi circa la regola della retroattività nell'ambito della teoria della natura puramente dichiarativa della interpretazione giudiziale. Orbene, dai rilievi che precedono, è evidente come siano condivisibili le osservazioni di Autorevole Dottrina afferma che la retroattività "*sorprende gli interessati e quindi attenua o esclude la prevedibilità*" del comando legislativo: da qui, invero, una precisa risposta della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che, come noto, impone la "*conoscibilità della regola di diritto e la (ragionevole) prevedibilità della sua applicazione*" (cfr. Sunday Times c. Regno Unito, sentenza del 29 aprile 1979, 48-49) limitando, pertanto, l'efficacia del mutamento giurisprudenziale "creativo" ai casi futuri o individuandone la data di decorrenza da un dato oggettivo di pubblicità della decisione (per verificare i principi della CEDU in tema di overruling: Cocchiarella c. Italia, sentenza del 29 marzo 2006, 44; Di Sante c. Italia, decisione del 24 giugno 2004; Midsuf c. Francia, decisione della Grande Chambre dell' 11 settembre 2002. Il punto di partenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è che il termine legge riguarda anche la norma di diritto vivente ("*englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle*") con conseguente estensione del principio di irretroattività all'ipotesi di mutamento giurisprudenziale imprevedibile con effetti *in malam partem* (soprattutto nel diritto penale). Anche la Corte di giustizia della CE ha recepito il principio di irretroattività della giurisprudenza creativa (cfr. da ultimo, CGCE, 8 febbraio 2007, C-3/06 P, Groupe Danone c. Commissione) stabilendo che deve essere impedita l'applicazione retroattiva di una nuova interpretazione di una norma nel caso in cui si tratti di un'interpretazione giurisprudenziale il cui risultato non era ragionevolmente prevedibile nel momento in cui l'infrazione è stata commessa. È vero che tali pronunciamenti riguardano in specifico il settore penale, ma il problema investe la problematica generale della principio di Legalità, che salvaguardia lo stesso accesso del cittadino alla Giustizia. Una simile conclusione non può che qualificarsi come violento strappo

al tessuto connettivo degli artt. 24 e 111 Cost. con manifesta violazione dei soggettivi coinvolti che non troverebbero sbocco in una pronuncia del merito per motivi estranei in modo assoluto alla condotta, volontà o colpa dei litiganti e dei difensori. Da qui la necessità, secondo questo giudice, di applicare una interpretazione conforme a Costituzione. In tempi recenti, l'esigenza di preservare il cittadino dai rischi dell'overruling è stata avvertita anche dalla Suprema Corte, nella importante pronuncia: Cass. civ., sez. II, ordinanza 2 luglio 2010, n. 15811. Nella decisione, la Corte afferma che l'overruling si risolve in un cambiamento delle regole del gioco a partita già iniziata e in una somministrazione all'arbitro del potere-dovere di giudicare dell'atto introduttivo in base a forme e termini il cui rispetto non era richiesto al momento della proposizione dell'atto di impugnazione". Secondo il Collegio, "*allorché si assista, come nella specie, ad un mutamento, ad opera della Corte di cassazione, di un'interpretazione consolidata a proposito delle norme regolatrici del processo, la parte che si è conformata alla precedente giurisprudenza della stessa Corte, successivamente travolta dall'overruling, ha tenuto un comportamento non imputabile a sua colpa e perciò è da escludere la rilevanza preclusiva dell'errore in cui essa è incorsa*"; Il Collegio riferisce che in questa direzione orienta il principio costituzionale del "giusto processo", la cui portata non si esaurisce in una mera sommatoria delle garanzie strutturali formalmente enumerate nell'art. 111 Cost., comma 2, (contraddittorio, parità delle parti, giudice terzo ed imparziale, durata ragionevole di ogni processo), *ma rappresenta una sintesi qualitativa di esse (nel loro coordinamento reciproco e nel collegamento con le garanzie del diritto di azione e di difesa), la quale risente dell'"effetto espansivo" dell'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo* (cfr. Corte cost., sentenza n. 317 del 2009, punto 8 del Considerato in diritto). Il Collegio conclude ritenendo "contrario alla garanzia di effettività dei mezzi di azione o di difesa e delle forme di tutela – la quale è componente del principio del giusto processo – che *rimanga priva della possibilità di vedere celebrato un giudizio che conduca ad una decisione sul merito delle questioni di diritto veicolate dall'impugnazione, la parte che quella tutela abbia perseguito con un'iniziativa processuale conforme alla legge del tempo – nel reale significato da questa assunto nella dinamica operativa per effetto dell'attività "concretizzatrice" della giurisprudenza di legittimità -, ma divenuta inidonea per effetto del mutamento di indirizzo giurisprudenziale*. La Suprema Corte conclude attingendo al bacino della remissione in termini per consentire al ricorrente di proporre l'impugnazione secondo le nuove regole giurisprudenziali (poiché inammissibile secondo le vecchie). Possono, dunque, trarsi delle conclusioni: in caso di radicale mutamento giurisprudenziale che abbia ad oggetto le regole del processo e introduca, di fatto, una regola da ritenersi nuova alla luce del costume giurisprudenziale costantemente seguito sino al pronunciamento neofita (*overruling*) la parte che abbia posto in essere un'iniziativa processuale conforme al precedente indirizzo, ma divenuta inidonea per effetto del mutamento di indirizzo giurisprudenziale, conserva il diritto ad una decisione nel merito. Tale approdo è espressione ed applicazione del principio "*tempus regit actum*" che, come regola e orienta lo jus superveniens, in materia processuale, così deve guidare e disciplinare l'overruling. In altri termini, in caso di decisioni alle quali non può riconoscersi effetto meramente dichiarativo, alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento civile

Insomma, sempre più anche nel nostro sistema si richiede alle pronunce giurisprudenziali di ricondurre a razionalità un sistema complesso ed in crisi di certezza, e per fare ciò di rispettare delle regole necessarie affinché vi sia certezza in primo luogo all'interno delle pronunce giurisprudenziali medesime.

italiano, deve escludersi l'efficacia retroattiva delle nuove regole interpretative in materia processuale e di accesso alla Giustizia.

Capitolo 2

Amministrare le società complesse. Il potere regolamentare tra legalità e poteri impliciti.

2.1 I poteri impliciti.

E' quindi da questa prospettiva che si vuole approcciare lo studio del principio di legalità, per indagare quali possono essere le sue possibili declinazioni, rispetto ad un diritto costituzionale che si deve misurare con le diverse istanze alle quali si è fatto cenno.

Il riconoscimento di un potere di regolazione delle Autorità implica tanto la necessità di affermare la compatibilità delle stesse con la Costituzione, che sembra oggi pacificamente accolta sebbene differenti siano ancora gli esisti ai quali la dottrina e la giurisprudenza provengono, quanto poi valutare la legittimità dell'esercizio di potestà normative con riferimento proprio al primato della legge ed al rispetto del principio di legalità.

L'attribuzione di potestà normative alle Autorità, infatti, ha storicamente registrato un *deficit* di legittimazione, nonostante il fenomeno abbia conosciuto un'espansione rilevantissima, da alcuni anche criticata già più di un decennio fa[80]. Principale causa delle perplessità sollevate dalla dottrina, non solo italiana, all'ingresso nell'ordinamento di Autorità dotate di un potere che in vario modo può definirsi di regolazione deriva proprio dalla compatibilità con il principio di legalità, questione che si pone unitamente con la principale caratteristica che ha

80 A. PREDIERI, *L'erompere delle Autorità Indipendenti*, Firenze, 1997.

segnato il nascere stesso delle Autorità, la loro scarsa regolamentazione in via legislativa sotto l'aspetto dei poteri esercitabili.

Soprattutto in Italia, infatti, come noto, il fenomeno ha conosciuto un'evoluzione tanto rapida quanto contraddistinta da disomogeneità e mancanza di un disegno unitario.

Eppure si deve oggi riconoscere che, prescindendo da specifiche valutazioni di settore, le Autorità Indipendenti non hanno mai realmente conosciuto momenti di contrasto "istituzionale" tale da ipotizzare una loro reale inidoneità a costituire anche solo modulo organizzatorio dell'amministrazione né hanno subito alcuna forma di depotenziamento delle potestà anche normative che le vengono riconosciute. Anzi, rispetto a queste ultime, spesso la prassi ha anticipato o sostituito la previsione normativa, tanto che diverse Autorità hanno svolto o svolgono un'importante funzione di regolamentazione o di indirizzo normativo del settore al quale sono preposte, pur avendo in questo senso un ridottissimo riconoscimento legislativo.

Non è ancora questa la sede per indagare quali sono le motivazioni che hanno reso possibile l'affermarsi di un reale potere di regolazione *prima facie* estraneo al rapporto di legittimazione democratica ed al vincolo politico fiduciario, potendosi però affermare che si tratta delle medesime esigenze che, anche rispetto ad altri ordinamenti, hanno portato alla nascita stessa delle Autorità, e che in via di prima approssimazione si rinvengono nella necessità di individuare organi che possano regolare con grande indipendenza e neutralità settori caratterizzati dalla convergenza di interessi sensibili e di diritti fondamentali, nonché nella forte tecnicità dei settori stessi, tale da fondare ragionevolmente la convinzione della preferenza per una regolamentazione eminentemente tecnica rispetto alla gestione che fosse, secondo diversi modelli, comunque riconducibile a scelte politiche.

In via di prima approssimazione, infatti, si possono riconoscere come tratti fondamentali che caratterizzano il modello delle *Autority* l'indipendenza, non assoluta ma effettiva, sia dal Governo che dagli operatori del settore al quale sono preposte; l'intreccio di differenti poteri diretti alla regolazione del mercato (*rulemaking*) ma anche di tipo attuativo più propriamente amministrativo (*enforcement*) e quasi giurisdizionale (*adjudication*); l'attribuzione di una funzione istituzionale, da perseguire attraverso la combinazione di questi poteri, che consiste nella regolazione dei settori e delle materie attribuitegli dal legislatore il quale spesso interviene per mezzo di generiche disposizioni (*vague statutory standards*).

Il fenomeno della regolazione, poi, non coincide necessariamente con l'esercizio di poteri normativi, ma anche rispetto alla funzione assolta dalle Autorità Indipendenti assume contorni ben più ampi, essendo riconducibile al compito che consiste nell'assicurare in un determinato settore il tipo di equilibrio fra gli interessi voluto dalla legge attraverso l'impiego di una pluralità di strumenti anche preventivi, informali o di arbitrato tra gli operatori.

Tuttavia i poteri normativi sono spesso ampi e, soprattutto nel mondo anglosassone dove il fenomeno nasce ed al quale è necessario guardare anche per studiare le nostre prospettive future, portano ad investire le Autorità di una sfera discrezionale in ordine alla politica da perseguire nella gestione del settore tracciata dal legislatore solamente con indicazioni di massima. Proprio questa combinazione di poteri tipicamente normativi, con altri differentemente qualificati ma ugualmente efficaci nell'indirizzare l'attività degli operatori di un determinato settore, conferiscono grande efficacia alla attività di regolazione delle Autorità[81].

---

81 LONGOBARDI N., *Le Autorità Indipendenti laboratori di un nuovo diritto amministrativo*, pubblicato da ultimo in LONGOBARDI N., *Autorità Indipendenti e sistema giuridico – istituzionale, seconda edizione*, Torino, 2009, 65.

Si può quindi identificare la "*regulation*" come quel controllo "prolungato e focalizzato", esercitato da una *agency* pubblica, su una attività cui una comunità attribuisce rilevanza sociale[82], controllo attuato attraverso poteri normativi coadiuvati dal compimento di indagini e di attività di raccolta di informazioni e dati nonché da funzioni paragiurisdizionali dirette in via di precontenzioso alla risoluzione di controversie sorte tra gli operatori. L'attività di regolazione, pertanto, essendo necessariamente connessa alla cura prolungata nel tempo di un determinato settore, non assolvibile in un unico intervento legislativo o regolamentare, necessita dell'attribuzione in forma altrettanto prolungata e continuativa della correlativa potestà che permetta di adottare politiche d'intervento dettate dalla miglior tecnica di settore e non contaminate dall'orizzonte limitato della decadenza degli organi politici né tanto meno dalla convenienza dei partiti al momento espressione di correnti maggioritarie[83].

---

82 Nella definizione del concetto di *regulation* assumono oggi valore di "classico" gli scritti di SELZNICK, *Focusing organizational research on regulation, in Regulatory policy and the social sciences*, Los Angeles, 1985; STIGLER G. J., *A theory of regulation, Regulation: the confusion of means to ends, Law enforcement, malfeasance and compensation of enforces*, pubblicati in Italia in STIGLER G. J., *Mercato, informazione, regolamentazione*, Bologna, 1994. In Italia…

83 RAVERAIRA M., *Qualità della normazione* cit. "ne deriverebbe pertanto la necessità di attribuire tale funzione ad organismi ad hoc i quali, in forza della legge che li istituisce, siano competenti per una determinata materia circoscritta; siano di elevata specializzazione per poter meglio comprendere i nuovi problemi determinati dalla rapida evoluzione tecnologica, organizzativa ed economica e poter individuare le soluzioni più adeguate; siano indipendenti, anche se non per questo impermeabili, dalla politica dei partiti e degli interessi dei gruppi "regolati". Collocati volutamente fuori dal circuito del processo decisionale politici – rappresentativo, la loro legittimazione (e la stessa ragione della loro previsione) sarebbe fondata sulla *èxpertise*, di modo che le loro scelte regolative - normative non sarebbero inficiate da quella che viene definita la sindrome del "breve terminismo" propria delle *elites* politiche rappresentative, nel senso che queste sarebbero orientate piuttosto verso politiche con obbiettivi che colpiscono l'opinione pubblica nella ricerca del consenso a fini elettorali."

Ecco allora che il modello non poteva non sollevare contrasti con il principio, differentemente affermato ma sempre presente nelle democrazie occidentali, della primazia del ruolo della legge. Si pone, infatti, la necessità di coniugare il riconoscimento di un potere di regolazione "prolungato e focalizzato", sorretto *in primis* da potestà normativa, con il mantenimento, all'interno del sistema, della legge quale atto non solo cardine, ma pressocché esclusivamente legittimato a porre in essere le scelte politiche sottese alla funzione di regolamentazione. Quanto e come il Parlamento possa delegare la funzione normativa ad altri soggetti, per di più non costituzionalmente previsti in modo esplicito, è questione di non poco momento e dipende certamente dal ruolo più o mono stringente che il principio di legalità assume nel sistema.

Interessante, come sempre in questo campo, è conoscere il dibattito avvenuto nel mondo anglosassone in relazione alla *nodelegation clause* nata negli Stati Uniti d'America, in forza della quale l'organo legislativo, investito del relativo potere, non potrebbe delegarlo ad altri. Secondo la *doctrine of nondelegation* questo sarebbe principio previsto, esplicitamente o in modo implicito, in ogni Costituzione che adotta la separazione dei poteri e troverebbe la propria origine già nel pensiero di Jhon Locke[84]. I primi casi in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America ha avuto modo di occuparsi della *nodelegation clause* risalgono così

84 The Legislative cannot transfer the Power of Making Laws to any other hands. For it being but a delegated Power from the People, they, who have it, cannot pass it over to others. (…) And when the people have said, We will submit to rules, and be govern'd by Laws made by such Men, and in such Forms, no Body else can say other Men shall make Laws for them; nor can the people be bound by any Laws but such as are Enacted by those, whom they have Chosen, and Authorised to make Laws for them. The power of the Legislative being derived from the People by a positive voluntary Grant and Institution, can be no other, than what the positive Grant conveyed, which being only to make Laws, and not to make Legislators, the Legislative can have no power to transfer their Authority of making laws, and place it in other hands. in *Second Treatise of Civil Government (1690) Two treatises of government*, Cambridge, 1988, pubblicato in italiano *Due trattati sul governo e altri scritti politici* , Torino, 1982.

alla seconda metà degli anni '800, con le importanti decisioni *Wayman v. Southard* (1825)[85] e *Field v. Clark* (1892)[86], sino a giungere agli anni trenta del 1900, periodo in cui la *nodelegation doctrine* ha avuto il suo massimo sviluppo, proprio in relazione all'insorgere del modello delle *indipendent commissions*. Noto il caso *Panama Refining v. Ryan* che originava dall'attribuzione, da parte del Congresso di ampi poteri all'Esecutivo al fine di combattere efficacemente la Grande Depressione. Al Presidente era delegata, in forza del National Industrial Recovery Act, la potestà di determinare e proibire le spedizioni interstatali ed internazionali di petrolio che

---

85 Nel caso *Wayman v. Southard* (1825) veniva contestata la possibilità per il Congresso di rimettere alle Corti la fissazione delle regole processuali, legando così in modo incostituzionale il potere giudiziario attraverso l'esercizio di poteri legislativi. Proprio sul rapporto che lega l'esercizio del potere legislativo al conferimento di altri poteri costituzionali la Corte osservò: "The line has not been exactly drawn which separates those important subjects, which must be entirely regulated by the legislature itself, from those of less interest, in which a general provision may be made, and power given to those who are to act under such general provisions to fill up the details. To determine the character of the power given to the Courts by the Process Act, we must inquire into its extent. It is expressly extended to those forms and modes of proceeding in suits at common law, which were used in the State Courts in September, 1789, and were adopted by that act. What, then, was adopted?- We have supposed, that the manner of proceeding under an execution was comprehended by the words 'forms and modes of proceeding in suits' at common law. The writ commands the officer to make the money for which judgment has been rendered. This must be understood as directing a sale, and, perhaps, as directing a sale for ready money. But the writ is entirely silent with respect to the notice; with respect to the disposition which the officer is to make of the property between the seizure and sale; and, probably, with respect to several other circumstances which occur in obeying its mandate. These are provided for in the Process Act. The modes of proceeding used in the Courts of the respective States, are adopted for the Courts of the Union, and they not only supply what is not fully expressed in the writ, but have, in some respects, modified the writ itself, by prescribing a more indirect and circuitous mode of obeying its mandate than the officer could be justified in adopting. In some instances, the officer is permitted to leave the property with the debtor, on terms prescribed by the law, and in others, to sell on a prescribed credit, instead of ready money." Pubblicata in *www.findlaw.com*

86 Anch'essa in *www.findlaw.com,* nella quale la Corte afferma "That congress cannot delegate legislative power to the president is a principle universally recognized as vital to the integrity and maintenance of the system of government ordained by the constitution."

superassero determinate quote. La Corte suprema dichiarò l'illegittimità di una simile statuizione, rilevando proprio come il Congresso avesse delegato questa funzione al Presidente senza tuttavia aver predeterminato "*no criterion to govern the President's course*", violando così l'art. 1, capitolo 1, della Costituzione che sancisce "*all legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives*" [87].

Tuttavia la Corte Suprema non ha mai veramente accolto al *nodelegation doctrine* almeno nelle sue implicazioni più restrittive, ed in tempi più recenti raramente ha invalidato delle leggi proprio in forza di questa argomentazione, arrivando ad affermare anche esplicitamente come il governo di società complesse

87 In questo caso (293 US 388 Panama Refining Co v. Ryan Amazon Petroleum Corporation, in http://openjurist.org/293/us/388) la Suprema Corte fu quanto mai esplicita nell'affermare il l'eccessività del conferimento di poteri normativi da parte del Congresso nei confronti del Presidente per stabilire criteri e modalità attraverso le quali doveva essere regolamentata la gestione di quelle che venne definito "hot oil": "The Congress did not prohibit that transportation. The Congress did not undertake to say that the transportation of 'hot oil' was injurious. The Congress did not say that transportation of that oil was 'unfair competition.' The Congress did not declare in what circumstances that transportation should be forbidden, or require the President to make any determination as to any facts or circumstances. Among the numerous and diverse objectives broadly stated, the President was not required to choose. The President was not required to ascertain and proclaim the conditions prevailing in the industry which made the prohibition necessary. The Congress left the matter to the President without standard or rule, to be dealt with as he pleased. The effort by ingenious and diligent construction to supply a criterion still permits such a breadth of authorized action as essentially to commit to the President the functions of a Legislature rather than those of an executive or administrative officer executing a declared legislative policy. We find nothing in section 1 which limits or controls the authority conferred by section (...)The Constitution provides that «All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.» Article 1, § 1. And the Congress is empowered «To make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution» its general powers. Article 1, § 8, par. 18. The Congress manifestly is not permitted to abdicate or to transfer to others the essential legislative functions with which it is thus vested.".

come la nostra esiga oggi una maggior flessibilità del sistema delle fonti [88]. In quella occasione, in particolare, il principio della *nodelegation* risultava recessivo rispetto a considerazioni che difficilmente possono essere elevate a principio costituzionale, rilevandosi quale *ratio* giustificatrice della possibilità per il Congresso di delegare legittimamente i poteri legislativi anche le necessità di "government co-ordination" e, semplicemente, il "common sense". Il superamento della *nodelegation doctrine* è divenuto in questo modo l'affermazione del suo contrario, dell'imporsi della *delegation doctrine*[89], in considerazione della necessità di aprire il sistema delle fonti del diritto, e della stessa collaborazione di differenti *Branches* alla gestione di società complesse.

Si è cos' ammesso proprio in relazione alle *Agency* la pacifica coesistenza di differenti poteri, facendone salva l'attribuzione per mezzo di atto legislativo, anche se piuttosto indeterminato (*vague statutory standards*) qualora accompagnato da regole procedurali e decisionali che permettano un recupero di legittimità. L'ipotesi di una partecipazione forte nella fase della regolazione, essenziale anche

---

88 Nel 1989, nel caso *Mistretta v. United States,* in *www.findlaw.com,*, la Corte Suprema afferma la piena legittimità di una delega della funzione di regolazione che abbia a presupposto, rispetto a settori caratterizzati da problemi tecnici sempre più complessi, la mera indicazione di direttive e finalità da perseguire: *Applying this "intelligible principle" test to congressional delegations, our jurisprudence has been driven by a practical understanding that in our increasingly complex society, replete with ever changing and more technical problems, Congress simply cannot do its job absent an ability to delegate power under broad general directives. Accordingly, this Court has deemed it "constitutionally sufficient if Congress clearly delineates the general policy, the public agency which is to apply it, and the boundaries of this delegated authority."*

89 Si veda al riguardo *The Role of Congress in Monitoring Administrative Rulemaking – Testimony of Jerry Taylor*, Cato Institute, before the Subcommittee on Commercial and Administrative Law, Committee on the Judiciary, September 12, 1996; *The Delegation Doctrine*, Madelon Lief, Wisconsin Legislative Reference Bureau, January 2004, Vol. IV, 1; *The Recent Controversy Over the Non Delegation Doctrine*, Jeffrey Bossert Clark, 2001.

al fine di recuperare la stessa compatibilità dello strumento con il principio di legalità, ha avuto, come si vedrà, importante rilievo anche nel nostro ordinamento.

Certamente le peculiarità del diritto costituzionale di impostazione anglosassone rendono ardito ogni paragone, d'altra parte però le assonanze sono molte. In questi primi passaggi sembra già di potersi cogliere qualche linea guida che costituisce la premessa per lo sviluppo della tesi sottesa al presente studio. L'idea che la legge, intesa quale atto formale adottato dall'organo detentore del potere legislativo possa arrivare con elevato grado di determinatezza a disciplinare ogni settore della vita pubblica e dell'attività dei pubblici poteri appare poco sostenibile.

Con differenti sfumature, quest'idea è presente nel pensiero di moltissimi Autori. L'insorgere negli ordinamenti del potere regolamentare, o meglio, secondo quanto sin qui affermato, di regolazione, attribuito ad organismi *nuovi* , quali possono essere le Autorità Indipendenti, certamente parte da questo assunto.

Non a caso il principio di legalità ne è immediatamente interessato, e non certo solo nel nostro ordinamento. La vicenda legata alla evoluzione della *nodelegation doctrine* satunitense è particolarmente indicativa, come indicativo è rilevare proprio rispetto alle *Autorities* nell'ordinamento statunitense siano nati i più accesi dibattiti in ordine al fondamento della potestà di *regulation*. L'ingresso nel sistema delle Autorità Indipendenti negli Stati Uniti d'America, prima, ed in Europa ed in Italia, dopo, è stato ugualmente accompagnato da una profonda riflessione sul ruolo che la legge deve ricoprire nell'ordinamento.

Il principio di *nodelegation* e quello di legalità esprimono in questa prospettiva le medesime frizioni con esigenze legate allo sviluppo di una pluralità di fonti del diritto nell'ordinamento. Con effetto contrario alla loro *ratio* originaria acquisiscono però, nella prospettiva che in questa sede si accoglie, non valenza di

maggior democraticizzazione del sistema ma di irrigidimento che contrasta con l'espressione di tutti i valori e principi presenti nella società.

Il problema non riguarda infatti, il solo rapporto tra le fonti del diritto, ma più in generale l'organizzazione del sistema costituzionale e la sua capacità di inglobare e metabolizzare nuove forme di essere e di dettare regole giuridiche. Il potere regolamentare deve misurarsi nel contempo con il necessario fondamento legislativo e con il ruolo istituzionale dell'organo dal quale deriva. In questo senso occorre parlare di *mitezza* del diritto costituzionale, come di quell'attributo che lo rende permeabile a nuove esigenze che possono concretizzarsi nel vivere e svilupparsi delle Istituzioni.

Vi è la possibilità, quindi, che la legge limiti il proprio intervento, in alcuni campi, alla predeterminazione dei soli più alti fini da perseguire, astenendosi dal disciplinare puntualmente anche l'azione dei pubblici poteri chiamati alla regolazione, anzi delegandogli la stessa funzione, con ampio margine di discrezionalità. Se quindi il legislatore è chiamato ad intervenire per fondare la potestà regolamentare dell'organo, al contempo lo deve fare attenendosi ad un limite negativo consistente nel porre una legislazione che sia solamente di principio.

Tanto la rigidità della Costituzione nel prevedere e ripartire i poteri, argine spesso posto al proliferare in numero e funzioni delle Autorità Indipendenti, quanto il principio di legalità, invocato a contenimento dell'espandersi del loro potere regolamentare, trovano disconoscimento nello stesso carattere di *mitezza* della Carta costituzionale, manifestazione più alta del principio del pluralismo come "*unico contenuto solido, che la scienza di una costituzione pluralista dovrebbe difendere rigorosamente e vigorosamente contro le aggressioni dei suoi nemici*"[90].

90 ZAGREBELSKY G., op.cit., 16.

Si pone quindi un contrasto che si colloca al più alto livello dei principi costituzionali, modificando profondamente la stessa concezione di Stato di diritto. Tanto che, è stato osservato, negli ordinamenti contemporanei il sistema delle garanzie non trova più nei principi di legalità e di separazione dei poteri nel loro significato ottocentesco un baluardo di tutela, ma rinviene nel principio del pluralismo e nel controllo di costituzionalità degli atti legislativi il proprio fondamento, in tale quadro il principio del pluralismo istituzionale svolge la stessa funzione di garanzia che tradizionalmente si pone alla base del principio di distinzione dei poteri.

Anche l'ammissibilità dei poteri impliciti deve quindi essere riconsiderata in questa prospettiva; come dire, l'esercizio di un potere non esplicitamente riconosciuto in un testo di legge, oggi, ben può essere giustificato in un'ottica più ampia che prenda in considerazione l'intero sistema normativo. Ciò non significa rinunciare all'esistenza del principio di legalità ed alla sua effettiva vigenza, quanto accettare la nuova veste che lo stesso viene ad assumere nel sistema secondo quanto precedentemente affermato. E' una prospettiva che senz'altro responsabilizza l'interprete del diritto, in primo luogo il giudice data la vincolatività della sua interpretazione, ma è necessaria e soprattutto sostenibile in un sistema avanzato e dalla "*buona coscienza del passato costituzionale*" affinchè sulla legislazione dispersa ben possa estendersi un diritto dottorale e giurisprudenziale elaborato ed autorevole; e dunque, nei limiti del possibile, solido, produttore di certezze e capace di "fare il limite", e dunque di assumere su di sé le molteplici funzioni del principio di legalità[91]. la dottrina dei poteri impliciti è, quindi, in

[91] Si vedano al riguardo le appassionate pagine conclusive del saggio di M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Diritto Pubblico,* 1, 2008, 26, nelle quali è esplicito l'auspicio ad una responsabilizzazione dei giuristi essenziale al fine di rendere effettiva la legalità negli ordinamenti contemporanei: "Contro il degrado della legge non si può continuare a parlare di patologia, né predicare la restaurazione della legge generale e astratta espressione dell'interesse generale e

primo luogo e soprattutto un "criterio interpretativo, talvolta indubbiamente esercitato in maniera discutibile, ma che è funzionale alla individuazione del contenuto del precetto legislativo"[92].

---

proiettato sul futuro: sarebbe ingenuo e, peggio ancora, mistificatorio. Il problema sta nell'uscire da questa contrapposizione, della quale sono sbagliati entrambi i termini, e che produce una sorta di disperazione ingiustificata perché fondata su basi inesistenti. Il presupposto perché un incauto storicismo si sviluppi come forma di pensiero dominante tra i giuristi sta non solo nell'accettazione della lunga storia del modello "Stato costituzionale", e nella piena consapevolezza delle sue debolezze e dei suoi fallimenti, come insegna Haeberle, ma anche la "buona coscienza" della storia del nostro diritto pubblico. Un ceto di giuristi può pretendere di essere l'artefice della rielaborazione di un diritto non più solo legislativo, ma anche giurisprudenziale e dottorale, solo in quanto si presenti come il rielaboratore delle proprie esperienze d'attività passate, giacché il "diritto all'ultima parola dei giuristi" (con tutti i limiti entro i quali l'espressione deve essere usata) non può avere altro fondamento se non la fiducia che tale parola venga spesa in ragionevole continuità con le parole del passato. In questo senso la giurisprudenza e la scienza possono essere espressione di un'oggettività che risponde all'idea regolativa insita nel principio di legalità. Se la "buona coscienza del passato costituzionale" non esiste, e se i giuristi si trovano nella necessità di discostarsi radicalmente dal loro passato attraverso il richiamo ai parametri ad esso estranei, per quanto soggettivamente nobili, allora il carattere decisioni stico del loro operare balza agli occhi, e può essere difeso solo in termini di condivisione ideologica degli esiti … Ma la storia del nostro diritto costituzionale e pubblico, invece, è buona. È un'eredità da non disperdere. Ripreso il filo del senso della legalità - la fiducia che la storia dello Stato costituzionale (come modello) e la storia della nostra Costituzione positiva meritino di essere coltivate, con pietas, come ratio storicamente oggettiva - si potrà riprendere il filo dei problemi pratici. Potrà venire l'impulso per un gusto della ricostruzione, e della critica, del dettato legislativo (o della sua assenza, o della sua abdicazione di fronte alle pretese che le singole forme di razionalità scientifica pensano di poter imporre nell'economia o nell'organizzazione dei poteri amministrativi): gusto ricostruttivo che oggi manca. La scienza giuridica non deve la sua origine alla semplicità delle forme ma esattamente al suo contrario. Sulla legislazione dispersa può ben estendersi un diritto dottorale e giurisprudenziale elaborato ed autorevole; e dunque, nei limiti del possibile, solido, produttore di certezze è capace di fare il limite, e dunque di assumere su di sé le molteplici funzioni del principio di legalità".

[92] G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.*, 2007, 4, 703.

2.2 La prospettiva comunitaria.

La problematica dei poteri impliciti e della loro compatibilità con il principio di legalità non può essere oggi affrontata prescindendo dalle influenze del diritto comunitario. Ai sensi dell'art. 5 del Trattato CE la Comunità agisce sulla base di poteri specifici che tuttavia possono non essere esplicitati ma anche dedotti in modo implicito. Ne è esempio paradigmatico la modalità di stipula di accordi internazionali da parte della Comunità che la Corte di Giustizia ha riconosciuto anche in assenza di una competenza specifica, purchè diretta al raggiungimento di quegli obbiettivi per cui sono stati attribuite competenze sul piano interno.

In effetti, per rigore terminologico, si deve constatare come né il Trattato Istitutivo nè il Trattato dell'unione Europea prevedono la formulazione "*principio di legalità*". Con il Trattato di Lisbona, all'articolo 1 bis, è stata invece introdotta la seguente formulazione: "*Ispirandosi alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto*". Anche prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, pur in assenza di una esplicita formulazione coincidente con quella storicamente utilizzata dalla dottrina dalla giurisprudenza interna, era ben presente nell'ordinamento comunitario una nozione del tutto assimilabile a quella del principio di legalità inteso come principio posto a disciplinare l'esercizio di poteri normativi ed amministrativi delle istituzioni politiche: "comunità di diritto".

Dall'esistenza di una comunità di diritto, la Corte di Giustizia europea ha desunto una funzione del trattato istitutivo di parametro rispetto alla legittimità degli atti di diritto comunitario derivato, facendone una "carta costituzionale di

una comunità di diritto"[93] alla quale le Istituzioni comunitarie devono conformarsi.

Ebbene, nella concezione del principio comunitario di legalità espresso con la nozione di comunità di diritto appare essenziale la funzione esercitata dal controllo giurisdizionale che costituisce la garanzia di conformità dell'azione delle istituzioni alle norme superiori; tanto che è possibile parlare di legalità solo in funzione del controllo giurisdizionale esercitato dalla Corte. Così, ad esempio, vi è chi ha rilevato come sia difficile obiettare al rilievo che l'assetto del secondo pilastro precedente alle riforme introdotte dal Trattato di Lisbona[94] collida con il principio di legalità dal momento in cui non esistevano strumenti per ottenere dalla Corte o dal Tribunale di primo grado un controllo sulla legittimità di norme del secondo pilastro che pregiudicano i diritti delle persone attraverso l'imposizione di misure restrittive e di sanzioni, generalmente adottate dal consiglio. Come dire, in ambito comunitario dove non vi è controllo giurisdizionale senz'altro non vi è rispetto del principio di legalità. Tanto che un'analisi diretta a verificare come operi il principio di legalità nell'autonomia dell'ordinamento comunitario porterebbe senz'altro ad esiti deludenti qualora l'attenzione si ponesse esclusivamente nella prospettiva della separazione dei poteri e della gerarchia delle fonti (anche alla luce della peculiarità il tema delle fonti comunitarie di tipo derivato che sono prive di un criterio di gerarchia: regolamenti, direttive e decisioni pur avendo caratteristiche diverse si trovano tutte sullo stesso piano, tanto che non è possibile rinvenire nel diritto comunitario un

---

[93] Parere 1/91 del 14.12.1991

[94] Successivamente alla entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ai sensi dell'art. 240 *bis* del Trattato FUE (che riproduce l'art. III- 376, 2° comma della Costituzione) la Corte conosce delle azioni di annullamento promosse da persone fisiche o giuridiche contro decisioni che adottano misure restrittive a finalità politiche.

principio simile a quello di riserva di legge). L'operatività del principio della comunità di diritto è quindi prettamente giurisprudenziale e diretta a trovare un equilibrio tra i poteri riconosciuti alle differenti istituzioni.

Molto spesso è infatti la ricerca di questo equilibrio istituzionale, nell'attuazione del fondamentale principio della leale collaborazione, ad essere la reale ispirazione della Corte nel ritenere soddisfatto o meno il principio di legalità fra atti generali ed atti di esecuzione.

Un esempio può aiutare ad interpretare il pensiero della Corte. È normale prassi largamente consolidata, e ritenuta quindi dalla Corte conforme al Trattato, quella di seguire un procedimento normativo semplificato per l'adozione di atti di esecuzione che hanno la funzione di integrare il contenuto di un regolamento-base o di una direttiva-base, trovando in questi il proprio fondamento giuridico. Una simile prassi è evidentemente diretta a riconoscere maggiore flessibilità all'ordinamento comunitario, semplificando le procedure di adozione degli atti normativi di esecuzione. Al riguardo la Corte ha affermato che: "*non si può pretendere che tutti i particolari dei regolamenti e delle direttive relativi alla politica agricola siano fissati dal consiglio mediante il procedimento di cui all'articolo 43 del trattato*" essendo invece sufficiente che i soli "*punti essenziali*"[95] della disciplina siano regolati da un atto-base adottato secondo le procedure previste dal Trattato.

Ebbene, è evidente come tale interpretazione, più che diretta a ricostruire i principi che regolano il rapporto tra le varie fonti di diritto comunitario derivato, sia motivata dall'esigenza di evitare che la prassi di adozione di norme di esecuzione secondo un procedimento semplificato, pur utile dal punto di vista del funzionamento dell'organizzazione, si traduca in uno strumento suscettibile di pregiudicare l'assetto dei poteri delle istituzioni voluto al Trattato.

---

[95] Sent. 18.6.1996 in causa n. C 303-94 Parlamento c/Consiglio

Si ritrova, quindi, nell'interpretazione data dalla Corte di Giustizia del principio della comunità di diritto in primo luogo quella caratteristica d'essere anche criterio di ripartizione delle competenze tra Istituzioni, come abbiamo visto accadere anche nell'ordinamento interno in relazione al principio di legalità, ma soprattutto una forte connessione ineliminabile con il principio di tutela giurisdizionale. Anche nell'ordinamento comunitario, quindi, il fondamento della comunità di diritto si rinviene nella tutela giurisdizionale che l'ordinamento offre rispetto agli atti emanati dalle sue Istituzioni. Afferma da ultimo al riguardo il Tribunale di primo grado che "*Orbene, dalla giurisprudenza risulta che, poiché la Comunità europea è una comunità di diritto nella quale le istituzioni sono soggette al controllo della conformità dei loro atti con il Trattato, le modalità di procedura applicabili ai ricorsi per i quali il giudice comunitario è adito devono essere interpretate, nella misura del possibile, in modo tale che possano ricevere un'applicazione che contribuisca all'attuazione dell'obiettivo di garantire una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti che i singoli derivano dal diritto comunitario (v. sentenza della Corte 17 luglio 2008, causa C-521/06 P, Athinaïki Techniki/Commissione, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 45, e la giurisprudenza ivi citata). L'esigenza di un controllo giurisdizionale costituisce infatti un principio generale di diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che ha trovato la sua consacrazione negli artt. 6 e 13 della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, CEDU, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (v. sentenze della Corte 15 maggio 1986, causa 222/84, Johnston, Racc. pag. 1651, punto 18; 27 novembre 2001, causa C-424/99, Commissione/Austria, Racc. pag. I-9285, punto 45, e 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores/Consiglio, Racc. pag. I-6677, punto 39). Il diritto ad un ricorso effettivo è stato inoltre riaffermato dall'art. 47 dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza (GU 2000, C 364,).*"[96]

[96] Tribunale I grado C.e.e. sez. VI, 09 settembre 2009, n. 437

Si deve quindi rilevare come secondo parte della dottrina[97] si può affermare che si stia creando nella giurisprudenza una qualche convergenza col nostro principio di legalità, proprio in relazione alla predeterminazione legislativa dei poteri dell'Amministrazione. Nel caso deciso dal Tribunale di primo grado, nella causa Sez. V, 8 ottobre 2008, in causa T-69/04, si poneva la questione della ampiezza dei poteri sanzionatori riconosciuti alla Commissione, ed, in particolare, della loro previa determinazione nel *quantum* (le ricorrenti sostenevano che l'art. 15 n. 2 del regolamento n. 17 conferiva alla Commissione un potere discrezionale quasi illimitato nella determinazione dell'ammenda in contrasto con il principio di legalità, definito dall'art. 7 n. 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali come interpretata dai giudici europei). In questo caso, il Tribunale di primo grado, pur respingendo l'addebito[98], ha dichiarato di ispirarsi proprio al principio di legalità e in particolare al principio di legalità delle pene (applicabile anche alle sanzioni amministrative) che "*è corollario del principio di certezza del diritto, che costituisce un principio generale del diritto comunitario ed esige, in particolare, che ogni disciplina comunitaria, in particolare quando impone o permette di imporre sanzioni, sia chiara e precisa, affinché le persone interessate possano conoscere con certezza i loro diritti e obblighi e possano regolarsi di conseguenza*". Si tratta, in effetti, di un avvicinamento all'idea del principio di legalità sostanziale come inteso nel nostro diritto interno, nella arte in cui il Tribunale ha confermato che la legalità delle

---

[97] G. GRECO, *Il potere amministrativo nella (più recente) giurisprudenza del Giudice comunitario,* in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2009, 05, 819

[98] Il Tribunale ha, nella sentenza citata, altresì precisato che il principio implica che la normativa, in particolare quando impone o consente di imporre sanzioni, sia chiara e precisa in modo che le persone interessate possano essere consapevoli dei diritti e degli obblighi che ne derivano e possano agire di conseguenza (pt. 66). Il principio si applica non solo alle norme che stabiliscono gli elementi costitutivi di un'infrazione, ma altresì a quelle che definiscono le conseguenze derivanti dall'infrazione delle stesse (pt. 67).

pene, in quanto corollario del principio della certezza del diritto, è parte del diritto comunitario.

Il Tribunale, tuttavia, riferendosi sia alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, sia alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, ha rilevato che esso non esige che i termini delle norme sanzionatorie siano precisi al punto tale da rendere prevedibili con assoluta certezza le conseguenze di un illecito. Il fatto che una legge contenga termini vaghi e conferisca un potere discrezionale non è in contrasto di per sé con l'esigenza di prevedibilità, a condizione che l'estensione e le modalità di esercizio di tale potere siano definite con sufficiente chiarezza, per fornire all'individuo una tutela adeguata contro l'arbitrio[99]. Il Tribunale ha rilevato che un certo grado di imprevedibilità del *quantum* della sanzione deve essere ammesso, al fine di evitare una eccessiva rigidità normativa e di permettere l'adattamento della regola di diritto alle circostanze del caso concreto.

Vi sono, quindi, dei momenti di avvicinamento tra l'ordinamento comunitario e quello interno sul punto della legalità, tuttavia profonde permangono le differenze sostanziali, come risulta principalmente da due istituti propri del diritto comunitario, vicini tra loro ma comunque distinti: i c.d. poteri impliciti; il potere generale riconosciuto dall'art. 308 del Trattato CE (oggi art. 352 del T.F.U.E.) in

[99] Con riferimento all'art. 15, par. 2, il Tribunale ha osservato che i limiti minimi e massimi ivi stabiliti rappresentano soglie esprimibili in cifre e assolute, calcolate per ciascuna impresa e per ogni singolo caso di infrazione, in modo che l'importo massimo dell'ammenda irrogabile ad una determinata impresa risulta predeterminabile *Ibidem*, punto 75 e precedentemente nella sentenza *Jungbunzlauer* Trib. I grado 27 settembre 2006, causa T-43/02, *Jungbunzlauer AG c. Commissione*.

ordine alla acquisizione di poteri necessari per perseguire uno degli scopi della Comunità, ma non espressamente compresi nel Trattato[100].

Quest'ultimo infatti è un potere normativo, eccezionale, che può essere esercitato in limitati casi. Infatti è stato giudicato che "*l'art. 308 CE, essendo parte integrante di un ordinamento istituzionale basato sul principio delle competenze di attribuzione, non può costituire il fondamento per ampliare la sfera dei poteri della Comunità al di là dell'ambito generale risultante dal complesso delle disposizioni del detto Trattato, in particolare di quelle che definiscono i compiti e le azioni della Comunità*" (Corte giust. CE, Grande Sez., 3 settembre 2008, nei procedimenti riuniti C-402/05 e C-415/05).

La giurisprudenza sui c.d. poteri impliciti riguarda, viceversa, una implementazione in via interpretativa dei poteri conferiti e risulta ribadita anche dalla giurisprudenza più recente (Trib. I° grado, sez. III, 16 novembre 2006, in causa T-120/04).

Vero è che nel caso deciso il potere implicito era facilmente desumibile da quello formalmente intestato alla Commissione (si trattava del potere di accertamento di un'infrazione, che è stato correttamente desunto come il più contiene il meno dal potere di comminare ammende). Vero è peraltro che le implicazioni che sono state tratte appaiono alquanto eterodosse, dato che si è ritenuto che il potere di accertamento dell'infrazione (ricavato implicitamente e ritenuto autonomo dopo il suo accertamento) potesse continuare a sussistere e ad essere esercitato anche quando il potere di comminare ammende risultava definitivamente prescritto: dunque un potere implicito che esorbita da quello esplicitamente riconosciuto[101].

---

[100] Sul punto R. CALVANO, *I poteri impliciti comunitari. L'art. 308 T.C.E. come base giuridica per l'espansione dell'azione comunitaria,* in *Ordinamento europeo*, Milano, Giuffré, 2006, vol. 2, pagg. 91-124.

[101] Trib. I° grado, sez. IV ampliata, 6 ottobre 2005, in cause riunite T-22/02 e 23/02.

2.3 I poteri impliciti nel nostro ordinamento, con riferimento al potere regolamentare delle Autorità Amministrative Indipendenti.

Come precedentemente rilevato, quindi, i poteri impliciti nel nostro ordinamento agiscono come un criterio interpretativo, che permette di superare a certe condizioni lo stretto dato normativo, nell'esercizio dell'interpretazione che è attività sempre più complessa, data la complessità crescente degli ordinamenti.

L'ammissibilità di un'attribuzione implicita a favore dell'Amministrazione si pone essenzialmente come un problema di interpretazione che non può avere una risposta aprioricamente univoca.

Il principio di legalità non è sufficiente ad escludere che il fondamento di un atto possa essere implicito nella legge. E' necessario stabilire invece in che modo l'amministrazione deve rapportarsi alla norma che ne disciplina l'azione: se cioè la stessa trova nella legge solo un vincolo a cui conformarsi, o se deve attenersi ad essa, agendo soltanto come questa prevede[102].

Soprattutto in relazione al potere regolamentare, l'interpretazione delle disposizioni legislative attributive della relativa potestà è di primaria importanza, costituendone i fondamento. Rispetto alle Autorità Indipendenti tale attività è complicata dalla formulazione delle leggi istitutive, generalmente tanto ampia da non permettere una reale determinazione, attenendosi al solo dato testuale, della entità del potere attribuito.

Ricorrere alla teoria dei poteri impliciti diviene così un criterio interpretativo diretto ad espandere sostanzialmente quanto previsto nelle leggi istitutive, adeguando la minima previsione legislativa a quelle che sono le finalità

---

[102] In questo senso V. MILANI, *Principio di legalità e poteri dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1/2003, 35.

perseguite dall'istituzione dell'Autorità. Certamente il limite a tale possibilità ermeneutica deriva, in primo luogo, dal rispetto del principio di legalità e di riserva di legge, attraverso i quali si tutela la stessa essenza dello Stato di diritto e del principio democratico[103].

---

[103] N. BASSI, *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell'azione amministrativa fra regole costituzionali e norme comunitarie*, in *Foro amm. TAR* 2002, 6, 1900 "Ma l'accondiscendenza nei confronti delle dinamiche istituzionali effettive deve pure incontrare un limite insuperabile, destinato ad ergersi quanto non riescano a funzionare altri contro-bilanciamenti posti a presidio di valori ordinamentali da ritenersi insopprimibili: e tali sono, a parere di chi scrive, appunto quelli di democraticità del processo decisionale pubblico e di salvaguardia dell'autonomia dei membri dell'ordinamento, principi che trovano il loro punto di contatto proprio nella regola della necessaria base legale di ogni singolo potere amministrativo di carattere autoritativo. Tali valori rimangono in qualche misura comunque salvaguardati quando lo spostamento del reale potere decisionale riduce la forza dell'organo parlamentare nazionale a favore di organi comunque dotati di una solida base rappresentativa democratica, sebbene strutturalmente differente (è il caso degli organi rappresentativi locali, del governo nazionale o del parlamento europeo, almeno nella misura in cui gli atti normativi comunitari debbano essere adottati secondo la procedura di codecisione. La ferita inferta a questi principi diviene però drammatica nel momento in cui al centro del processo decisionale pubblico vengono collocati organi privi di base rappresentativa ed anzi, per definizione, posti al riparo per quanto possibile da eventuali interferenze provenienti da organi politici: il riferimento, ovvio, è proprio alla posizione delle autorità indipendenti. In questi casi, se si vuole mantenere un minimo di coerenza al sistema e se, soprattutto, si vuole evitare il rischio di assecondare con il proprio silenzio il graduale abbandono di una forma realmente democratica di organizzazione politica a favore del ritorno di strutture istituzionali non dissimili nella sostanza da quelle che caratterizzavano lo Stato amministrativo (ove era il bene pubblico, come apprezzato soggettivamente di volta in volta dall'autorità governativa, l'unico fondamento legittimante della decisione pubblica, l'unica via percorribile appare appunto di resuscitare in tutta la sua pienezza la portata precettiva del principio di legalità dell'azione amministrativa ed esigere sempre e comunque che qualsiasi intervento unilaterale incidente sull'autonomia dei consociati avvenga solo se e nella misura in cui stato previamente tipizzato da una fonte a diretta legittimazione democratica, quale appunto la legge in tutte le sue possibili espressioni formali: di tale esigenza la sentenza annotata si è fatta portavoce ed anche solo per questo essa merita un plauso."

L'antitesi tra la teoria dei poteri impliciti e la necessaria legalità dell'azione dei pubblici poteri, quindi, è di pronta evidenza. Vedremo come tale contrasto può essere composto, secondo la tesi che s'intende sostenere, essenzialmente in sede di controllo giurisdizionale dei regolamenti stessi. In questa sede, infatti, sarà possibile valorizzare ogni elemento, operando in concreto una comparazione di principi ed interessi contrapposti, e giungere così a circoscrivere l'ambito all'interno del quale la potestà regolamentare può esplicarsi. Si giungerà così ad una valutazione complessiva che tenga conto dei principi del diritto, dei principi regolatori della materia, della motivazione dell'atto e della partecipazione degli interessati. Saranno, questi, tutti elementi che il giudice terrà in conto al fine di valutare la complessiva compatibilità del regolamento con il principio di legalità.

La giurisprudenza amministrativa sembra escludere che vi sia un possibile pieno riconoscimento della teoria dei poteri impliciti nel nostro ordinamento, proprio a causa dell'insanabile contrasto con il principio di legalità. Tuttavia in una serie di pronunce si riconosce la possibilità di colmare il contenuto del principio di legalità con elementi non direttamente riferibili alla legalità sostanziale. In particolare la partecipazione ai processi decisionali e la motivazione degli atti possono supplire, in veste di legalità procedurale, a quelle che sono le mancanze della norma che fonda il potere, e quindi della legalità sostanziale.

L'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione, è giustificato proprio in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative.

In assenza di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a

condizione che siano assicurative le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale.

Del resto, non è pensabile che l'attività di *regulation* venga svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati: 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. In questo senso la dottrina ha sottolineato che si instaura una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle Autorità Indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessanti nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori[104].

Uno strumento essenziale per arricchire la base conoscitiva dell'attività di regolazione è costituito dalla consultazione preventiva, volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti interessati.

Tali concetti sono stati di recente affermati anche dal Consiglio di Stato in sede consultiva in occasione dell'espressione del parere sul c.d. codice appalti

---

[104] Secondo R. Chieppa, in *Tipologie procedimentali e contraddittorio davanti alle Autorità indipendenti* in *Relazione al Convegno Imparzialità e indipendenza delle Authorities nelle recenti dinamiche istituzionali e amministrative*, Roma, Consiglio di Stato 14 dicembre 2005, "la partecipazione dei privati fornisce una risposta alla crisi della legge. Le Autorità operano in settori, in cui vi è una evoluzione tecnologica talmente rapida da rendere molto difficile per il legislatore il compito di porre una disciplina completa, immune da una rapida obsolescenza. Quindi, la partecipazione viene ad essere un correttivo sia della perdita della legalità sostanziale, sia del deficit di legittimazione democratica".

(Cons. Stato, Sez. cons. atti norm., 6 febbraio 2006, n. 355[105]); in tale occasione era stato sottolineato che l'attribuzione di poteri normativi alle autorità indipendenti deve ormai ritenersi compatibile con il nostro sistema ordinamentale, ma è necessario che le Autorità prevedano idonee garanzie partecipative e si dotino di sistemi di consultazione preventiva, volti a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti vigilati.

Considerazioni che sono state ribadite dal Consiglio di Stato nella sentenza sez. VI, sentenza 27 dicembre 2006, n. 7972/06[106]. Inoltre il rapporto tra consultazione e qualità della regolazione è sottolineato anche, a livello comunitario, dal Protocollo n. 7 al Trattato di Amsterdam, in quanto una regolamentazione negoziata e concordata ha maggiori probabilità di essere accettata e quindi applicata.

La previsione di una fase di consultazione e della facoltà di presentazione di osservazioni vincola l'Autorità al rispetto di alcune basilari regole procedimentali, non essendo corretto ritenere che la partecipazione degli interessati ha una mera funzione collaborativa e non impone all'Autorità alcun conseguente obbligo motivazionale. La partecipazione procedimentale e l'obbligo di motivazione viaggaino così su binari paralleli.

L'Autorità è, infatti, tenuta ad indicare la finalità dell'intervento regolatorio e a motivare la decisione finale, anche con riguardo alle osservazioni presentate;

---

[105] Il Consiglio di Stato, sez. consultiva, nel parere del 25 febbraio 2005, n. 11603, sullo schema di Codice delle assicurazioni, in *www.giustizia-amministrativa.it* ha sostenuto che "*le Autorità indipendenti costituiscono una tipologia speciale di soggettivita` pubblica che deve trovare in un profilo legislativo primario la fonte attributiva del potere e i criteri di fondo che devono presiedere all'esercizio di tale potere. L'attribuzione, accertato il rispetto del principio di legalità, di un potere regolamentare a soggetti diversi dal governo trova quindi la sua giustificazione nelle specifiche discipline di settore*".

[106] In Giornale di Diritto amministrativo, 4, 2007, 377 con commento di S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle autorità indipendenti.*

l'Autorità deve dare conto delle ragioni giustificative dell'atto di regolazione, soprattutto in quei casi in cui vengono contestati i presupposti dell'azione regolatoria.

La giurisprudenza amministrativa ha anche preso apertamente posizione sulla inammissibilità dell'ingresso nel nostro ordinamento della teoria dei poteri impliciti, nella sentenza Tar Lombardia, Milano, sez. II, 4 aprile 2002, n. 1331[107]. Osserva il Tribunale come il principio di legalità dell'azione amministrativa, deducibile sul piano interno dall'art. 97 cost., impedisce di ammettere la configurabilità, in capo alle amministrazioni nazionali, di poteri impliciti, di poteri cioè non attribuiti espressamente da alcuna norma ma derivanti direttamente dall'esigenza di garantire il soddisfacimento degli obiettivi posti alle amministrazioni stesse in sede legislativa. Precisa il giudice amministrativo che la conclusione non muta neppure nel caso in cui gli obiettivi in questione siano stati fissati dalla normativa europea, dal momento che il dovere di ciascuna istituzione statale di contribuire all'attuazione concreta dei principi e delle norme poste dal

[107] In Foro amm. TAR 2002, 6, 1900, con nota di N. BASSI, *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell'azione amministrativa fra regole costituzionali e norme comunitarie.* In senso conforme T.A.R. Lazio Roma Sez. III, 12/08/2003, n. 7060, "alla luce dei principi di legalità, da cui deriva il principio di tipicità e nominatività degli atti e dei provvedimenti amministrativi, volti ad escludere provvedimenti adespoti ed atitolati, è esclusa la possibilità per l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici di disporre di poteri sanzionatori ulteriori rispetto a quelli direttamente attribuiti dall'ordinamento e frutto di un autoconferimento derivante da una interpretazione autonome di quelle che sono le proprie attribuzioni".

diritto comunitario non può prevalere sull'esigenza, di rango primario, operante nel diverso campo del principio di legalità e tipicità dei provvedimenti amministrativi, che non può che essere inteso in senso restrittivo quando la p.a. agisca, comprimendole, nel campo delle facoltà riconosciute ai privati anche dalla previsione di cui all'art. 41 cost.

Capitolo 3

I regolamenti delle Autorità Amministrative Indipendenti.

3.1 Il fondamento costituzionale dei regolamenti e la tensione tra il principio di competenza e quello di gerarchia.

Non v'è dubbio che l'ampia portata pratica e la grande diffusione che il fenomeno delle Autorità Indipendenti ha conosciuto nel nostro sistema, in un periodo temporale che oggi è misurabile in decenni e che, pertanto, può essere considerato qualcosa in più di una novità all'interno dell'ordinamento costituzionale, abbia generato una complessiva rivisitazione giurisprudenziale e dottrinale dei principi regolatori della potestà regolamentare. La riflessione teorica ha portato a confrontare e verificare la tenuta, rispetto alle nuove forme di potestà regolamentare, di principi di primaria rilevanza teorica tanto che le sue implicazioni, lungi dal rimanere settoriali, hanno investito in pieno l'intero sistema delle fonti del diritto, rivisitando i principi fondamentali che ne sono alla base.

Non vi è, infatti, riflessione dottrinale o giurisprudenziale sui regolamenti delle Autorità indipendenti che non prenda le mosse da una più ampia riflessione in ordine all'organizzazione teorica delle fonti del diritto nel nostro ordinamento ed al loro pratico operare, con particolare attenzione a quel processo di "crisi della legge" che avrebbe costituito il principale motivo storico-giuridico dell' affermarsi di questi regolamenti. Ampio ed articolato, quindi, è stato il dibattito su ciascuno dei fattori che ha contribuito, in diverso modo, all'affermarsi della potestà regolamentare delle Autorità Indipendenti: fattori prettamente giuridici quali l'influenza della normativa comunitaria e l'affermarsi del fenomeno della delegificazione ad elementi più vicini alla politica del diritto, come l'emergere dei cosiddetti "settori sensibili", e di un tipo di regolamentazione di tali settori

ideologicamente lontano da quello dell'imperatività della norma giuridica (come la *soft law)* , nonché la valutazione della credibilità delle autorità indipendenti come elemento su cui fondare la stessa legittimazione dei loro atti. Va da sé che una riflessione tanto ampia sull'articolazione e sui rapporti tra le fonti del diritto nel nostro ordinamento non poteva prescindere dal chiamare in gioco i principi stessi che li regolano, sino a valutarne le ripercussioni sul modello democratico rappresentativo della nostra forma di Stato. Nella prospettiva che si è scelta in questo lavoro, occorrerà a questo punto trarre alcune considerazioni sulla compatibilità del potere regolamentare delle autorità con il principio di legalità, prescindendo quindi da una disamina analitica di tutti i fattori, prima brevemente indicati, che hanno condotto all'affermarsi del fenomeno. In particolare, occorrerà indagare se vi sia la possibilità di considerare compatibile il principio di legalità, così come precedentemente ricostruito, con l'evoluzione della legislazione ordinaria in materia. È innegabile, infatti, come l'enorme impatto che i regolamenti delle autorità hanno avuto sul sistema, abbia portato a considerare sostanzialmente arricchito il livello primario delle fonti stesse, visto che la specializzazione dei regolamenti e l'ampio margine di manovra che a questi è stato riconosciuto dalle leggi istitutive delle autorità ha portato ad una seria crisi dei rapporti tra fonti primarie e fonti secondarie nonché a rendere più difficoltoso per il legislatore riaffermare le sue prerogative.

Il dato che emerge, quindi, è la menomazione del ruolo della legge tra le fonti primarie. Tuttavia tale problema può essere affrontato in due sue diverse accezioni. Si deve partire da una considerazione: la legge ha in concreto abdicato a parte del suo ruolo a favore di altre fonti, "delegando" la disciplina di determinati rapporti a fonti regolamentari, perdendo in parte la prerogativa di fonte generale e di copertura di ogni campo al quale si può estendere il diritto.

Si tratta di un fatto non nuovo e non certamente legato a filo diretto con il solo fenomeno dei regolamenti delle *Autorities*, si pensi ad esempio all'affermarsi della categoria dei regolamenti indipendenti. In effetti in fenomeno appare evidente dallo studio delle leggi istitutive delle Autorità, che con previsioni realmente ampie lasciano alla potestà regolamentare una discrezionalità elevatissima.

Ciò ha portato Alcuni a ritenere non componibile il contrasto con il principio di legalità vigente nel nostro ordinamento, tanto che questo ne uscirebbe irrimediabilmente trasformato in qualcosa i molto diverso: non più principio fondamentale di organizzazione dell'intero sistema delle fonti e, ancor di più, espressione della stessa natura del nostro sistema democratico rappresentativo, ma principio che può trovare un contemperamento con altri non nella prospettiva dinamica accolta in questo lavoro, ma già nella sua prospettiva statica. In altre parole, la legalità, posta sullo stesso piano del principio di competenza, non opererebbe per quelle fonti che, appunto, hanno una propria sfera di operatività.

Non si richiede, quindi, una verifica in concreto da compiersi, nel nostro caso, sui singoli regolamenti per vagliare se l'esercizio del potere normativo secondario abbia superato i limiti a questo imposti dalla legge. Bensì, valutata l'ampia discrezionalità rimessa dal legislatore all'Autorità Indipendente, si rinuncia ad una valutazione del regolamento prodotto assumendo come parametro anche il principio di legalità, rispetto al quale quindi l'indagine si arresta nell'accoglimento di una sorta di eccezione pregiudiziale che porta ad affermare la superfluità della verifica, stante la sicura inoperatività del principio.

D'altra parte vi è chi non rinuncia a ritenere ancora operante il principio di legalità nella sua accezione più ampia, essendo tuttavia innegabile che un contemperamento con altri principi debba essere pure compiuto. Ciò avverrà, però, in concreto rispetto ad ogni regolamento che di volta in volta venga ad

essere oggetto d'indagine e non in accoglimento di tesi che pregiudizialmente ne postulino il non operare.

Dall'analisi specifica delle due diverse impostazioni emergeranno puntuali differenze, che tuttavia debbono essere anticipate nelle loro evidenti considerazioni più ampie. La prima impostazione, infatti, conduce, una volta estremizzata, a sottrarre alla disciplina di rango legislativo interi settori rilevantissimi dell'ordinamento. Ammesso infatti, che in forza di una competenza specializzata ai regolamenti delle Autorità sia sostanzialmente affidata la cura di alcuni settori sensibili loro affidati, non è innegabile come ciò debba condurre ad un ritrarsi della legge dall'interferire con questa disciplina ed, ancor prima, dal sottrarre alle Autorità una simile potestà regolamentare in modo esplicito, modificando le leggi istitutive, o in modo implicito, andando direttamente a legiferare sulla materia.

Si tratta, con tutta evidenza, di considerazioni che assolutizzano le conseguenze derivanti da una certa lettura del fenomeno, che però non sono affatto tacciabili di assoluta astrattezza, essendo già state percorse da alcune pronunce giurisprudenziali (della Corte di Giustizia della Comunità Europea).

D'altra parte ritenere comunque compatibile con il principio di legalità un simile assetto della legislazione ordinaria non è del tutto scontato, pertanto pur volendo aderire alla seconda delle impostazioni presentate, è necessario comunque desumere dal sistema elementi tali da permettere che l'indagine sul principio di legalità sia effettiva.

3.2. La tesi che vuole rinvenire nel principio di competenza un autonomo fondamento costituzionale della potestà regolamentare delle Autorità Amministrative Indipendenti.

Secondo una prima impostazione, quindi, la specializzazione dei regolamenti delle Autorità fonderebbe la loro stessa legittimazione, alla luce della peculiare funzione riservata. Così, le caratteristiche di alta specializzazione tecnica e di neutralità tipiche delle Autorità Indipendenti fanno si che queste siano le uniche che possano regolamentare i peculiari settori loro affidati. Molto spesso, poi, l'ampia discrezionalità affidata alle Autorità fa si che i regolamenti emanati possano essere ricompresi nella categoria dei regolamenti indipendenti. Il conferimento di poteri di questa natura comporta, infatti, notevoli deviazioni rispetto alle regole su cui si fonda il nostro sistema delle fonti, per l'eterogeneità che lo contraddistingue rispetto al tradizionale sistema gerarchico/competenziale, comunque strettamente connesso al principio di legalità nelle diverse accezioni cui è stato declinato (legalità formale e sostanziale)[108].

A ciò si deve aggiungere un'ulteriore considerazione in ordine alla prassi concretamente registrata. Partendo infatti, da un sistema dettato dalla legislazione ordinaria improntato, al riconoscimento di ampia discrezionalità, si deve rilevare come la prassi applicativa sia andata nel senso di estremizzare le conseguenza di tale assetto. Le Autorità infatti, lungi dall'osservare un *self restraint* che pure si sarebbe potuto mantenere, hanno valorizzato fortemente le potenzialità delle proprie leggi istitutive andando a occupare, normativamente, quanto più spazio

[108] In questo senso P. CARETTI, *Introduzione*, in *Osservatorio sulle fonti* 2003 – 2004, *I poteri normativi delle Autorità Indipendenti,* a cura di P. CARETTI, Giappichelli, 2005, XII.

queste le concedessero, ed, a volte, esorbitandone anche i limiti[109]. La prassi è, in questo senso, quanto mai significativa. Ed in effetti vi si possono ritrovare elementi valorizzabili in ogni senso. A volte i regolamenti emanati sono in effetti ampiamente inquadrabili in quelli tipici di attuazione – integrazione. Altre volte, invece, viene loro riconosciuto un "*larghissimo margine di manovra*".[110]

In via generale, tuttavia, vi è chi sostiene che la potestà regolamentare delle Autorità Indipendenti goda di una sfera di competenza ben determinata, tanto da costituire un limite allo stesso potere legislativo[111]. Ciò sarebbe un frutto del pluralismo istituzionale ormai accolto nella nostra Costituzione, dal quale non solo sarebbe possibile desumere, quindi, la legittimazione ampia di nuove istituzioni, come le Autorità Amministrative indipendenti, ma anche la correlativa potestà regolamentare, che ne sarebbe forma di espressione. Questa potestà regolamentare troverebbe quindi fondamento direttamente in Costituzione, ponendosi, come espressione del principio del pluralismo istituzionale, in antitesi anche al principio di legalità, tanto che la legge ordinaria vedrebbe ridotto il suo ruolo da un limite positivo, consistente nell'obbligo imposto al legislatore di rendere effettiva la possibilità per questi organi di esplicare la loro autonomia

---

[109] P. CARETTI, *Introduzione*, cit. parla di "un carattere più generale rappresentato da quello che potremmo chiamare l'irresistibile attrazione nell'ambito dei poteri delle Autorità di funzioni di tipo normativo, quasi che queste ne costituissero in qualche modo un connotato necessario".

[110] G. MORBIDELLI, *Il potere regolamentare ISVAP dopo il codice delle assicurazioni*, in *Scritti in onore di G. Grottanelli Dé Santi*

[111] M.A. CABIDDU, D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle Autorità Indipendenti*, in *Amministrare*, 200, 39; N. MARZONA, *il potere normativo delle Autorità Indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 101 "Quanto al criterio essenziale e ai caratteri del potere normativo, si coglie agevolmente come sia , al fondo delle attività normative delle Autorità indipendenti, un canone o criterio di competenza che con riguardo alla collocazione nel sistema delle fonti, si sostituisce al principio gerarchico, in coerenza con la posizione indipendente delle entità in esame e con la signoria della conoscenza dei problemi del settore che abbiamo visto ad esse appartenere".

costituzionalemente garantita, e da un limite negativo, nel senso che la legge deve porre una disciplina soltanto di principio, non potendo invadere l'ambito di autonomia riservato al soggetto titolare del relativo potere[112]. Questa potestà normativa sarebbe, quindi, fondata sull'autonomia costituzionalmente riconosciuta ad uno dei molteplici e differenziati centri di decisione politica posti dalla carta.

È evidente come una simile ricostruzione finisca per modificare la stessa nozione di "*Stato di diritto*", che non risulterebbe più fondarsi sul principio di legalità e di separazione dei poteri ma sul principio del pluralismo, e sulla garanzia offerta al controllo dei costituzionalità degli atti legislativi.

In questa prospettiva, il principio del pluralismo viene a svolgere, appunto, una funzione di garanzia, che passa attraverso una ripartizione del potere latamente legislativo. Sottrarre un ambito di potere regolamentare all'imperio della legge viene ad essere un passaggio di consolidamento del potere democratico dell'ordinamento, proprio perché è necessario alla corretta espressione di un pluralismo istituzionale. Certamente ciò sarà possibile solo nella misura in cui una differente modalità di legittimazione democratica ricada in questi regolamenti, e questa viene individuata nella partecipazione degli interessati ai processi regolatori che avvengono presso le Autorità Indipendenti.

A fronte della critica, assolutamente evidente, di come questa impostazione, nell'annullare la supremazia della legge sul regolamento, finisca per sminuire eccessivamente il ruolo delle Assemblee rappresentative della sovranità popolare, sostituendolo con una forma eccessivamente mediata quale la condivisione degli interessati ai processi di regolazione, si ribatte con l'argomento

---

[112] In questo senso: F. POLITI, *La potestà normativa delle Autorità Indipendenti: nuovi profili di studio,* in N. LONGOBARDI, *Autorità Indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, seconda edizione, Torino, 2009, 301.

per cui è la stessa nozione di "forza di legge" ad essere, nell'ordinamento contemporaneo, ormai superato. Oggi infatti, la nozione di forza di legge e di primarietà non sarebbero più interamente coincidenti e fungibili, segnando anzi proprio la differente operatività dei principi di gerarchia e di competenza. Infatti, la nozione di forza di legge attiene alla capacità dell'atto di modificare nell'ordinamento altre fonti, di livello pariordinato o subordinato, incidenti però sulla medesima materia. La primarietà, invece, sarebbe caratteristica dell'atto normativo che vede il proprio rapporto con la legge regolato non già al principio di gerarchia, bensì da quello di competenza. In tali casi si tratta non di rapporto tra le fonti, ma di delimitazione dei rispettivi ambiti di competenza. Si potrebbe in questo senso ipotizzare, ragionando in ordine al rapporto che lega la legge agli atti normativi delle Autorità Indipendenti, una duplice alternativa: 1) la potestà regolamentare si può esplicare negli ambiti lasciati liberi dalla legge ordinaria, potendo però questa riappropriarsene in ogni momento; 2) una volta che la legge ordinaria abbia delimitato un ambito di competenza proprio della potestà regolamentare delle autorità, cosa che normalmente avviene con la legge istitutiva delle autorità stesse, a determinare una "*attribuzione permanente e stabile di competenza*"[113] che costituirà vincolo per lo stesso legislatore, almeno fino a quando con una legge generale non ridetermini l'intera materia.

Il primato della legge viene, quindi fortemente ridimensionato, e del principio di legalità viene data una lettura che tiene in considerazione, attribuendogli una grande portata, il soggetto titolare della potestà normativa secondaria. Infatti, questo principio, per sua stessa origine, è direttamente espressione all'interno del sistema delle fonti del diritto, della posizione istituzionale dell'organo parlamentare. E' pertanto il riflesso di una serie di rapporti che interessano, in primo luogo , le Istituzioni. Tant'è che di vincoli derivanti dal principio di legalità

[113] S. NICCOLAI, *Autorità Indipendenti come autorità di garanzia*, in *Rass. Parl.*, 1998, 358.

si parla tradizionalmente assumendo come secondo soggetto istituzionale coinvolto l'Esecutivo, nella potestà regolamentare che gli è riconosciuta. Il principio del necessario fondamento legislativo del potere regolamentare si atteggia dunque diversamente a seconda del soggetto titolare del potere normativo secondario, proprio perché il rapporto che lega il potere legislativo a quello esecutivo non è necessariamente lo stesso che caratterizza i rapporti con altre Istituzioni.

Una volta che nell'ordinamento costituzionale, come espressione del principio del pluralismo istituzionale, si siano affermate differenti istituzioni pure dotate di poteri di normazione, lo schema del vincolo imposto dal principio di legalità all'attività regolamentare del Governo non può essere meccanicamente ripetuto.

L'affermazione del principio democratico non passa più, quindi, solo attraverso il rapporto di gerarchia che subordina le altre fonti normative alla legge, espressione dell'organo rappresentativo della volontà popolare, ma entra in rapporto diretto con altre esigenze, come l'efficienza e la competenza tecnico – professionale.

E' quindi il principio pluralista a permettere, secondo la tesi qui ricostruita, di riconoscere un fondamento diretto di una certa potestà regolamentare nella costituzione, affinchè questa possa operare in regime di separazione di competenza rispetto alla legge. Si possono richiamare, allora, tutta una serie di principi presenti in costituzione, che confortano tale ragionamento: il riconoscimento delle autonomie (art. 5 Cost.) ; l'affermazione esplicita di alcuni poteri regolamentari (Parlamento, comuni, enti locali); la delineazione del sistema delle fonti del diritto non strutturato rigidamente intorno al principio di gerarchia, ma permeato anche dal principio di competenza e, soprattutto, sostanzialmente indeterminato nell'individuazione delle fonti che lo compongono almeno nel livello secondario; la previsione, laddove voluto, di riserve di legge. Questa pluralità di elementi porta a ritenere che la legge non assuma più il ruolo di fonte

privilegiata, ma si inserisca, certo con una posizione di rilievo, all'interno di un ampia rete di fonti, rispetto alla quale sarà proprio il principio di competenza a svolgere un ruolo di fondamentale importanza.

Correlativamente, anche il ruolo delle Istituzioni nel sistema ne risente. Il Parlamento sarà, quindi, organo centrale ma non accentratore, da solo, dell'intera potestà normativa. Se da un lato non potrà negarsi la necessaria *interpositio legislatoris* per il corretto esercizio del potere regolamentare, dall'altra non potrà sostenersi una totale indifferenza rispetto al soggetto istituzionale che questo potere andrà ad esercitare.

Questo dato è di centrale rilevanza nella riflessione in esame. Se si accetta, infatti, che il pluralismo istituzionale renda flessibile la valutazione sulla conformità di un potere regolamentare assumendo come parametro di valutazione non solo le norme, ma anche il soggetto istituzionale chiamato ad esercitare la potestà[114], allora gli scenari che si aprono sul potere regolamentare delle Autorità Indipendenti divengono amplissimi. E ciò proprio in relazione ai caratteri principali che contraddistinguono le Autorità: neutralità, cura di un determinato settore "sensibile", specializzazione tecnica.

Nei loro confronti, quindi, assumendo come parametro quanto la legge costituisca limite all'esercizio della potestà regolamentare del Governo, il suo ruolo sarà fortemente ridimensionato, essendo rinvenibile direttamente in costituzione il fondamento di tanta autonomia. Si assisterebbe, quindi ad una "*ripartizione di aree tra potere legislativo e potere governativo e potere amministrativo, all'interno del quale la soglia*

---

[114] A. CERRI, REGOLAMENTI, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1991, 5 "*la posizione dell'organo nel sistema costituzionale non è irrilevante, ma non è da sola sufficiente a fondare il potere, e coiè non esclude la necessità di una* interpositio legislatoris".

delle 'autonomie normative' delle singole autorità (governative e amministrative) viene delimitato all'interno di un sistema pluriarticolato"[115].

3.2.1 segue. Può il diritto comunitario fondare la competenza della potestà regolamentare delle Autorità Amministrative Indipendenti ?

Si devono considerare le implicazione che su tale ricostruzione ha il diritto comunitario. Che le Autorità Indipendenti lavorino in settori nei quali l'influenza del diritto comunitario è di assoluta rilevanza è un dato ormai assodato. Inoltre, sempre più spesso, le stesse operano in coordinamento con le corrispondenti Autorità degli altri Paesi membri, all'interno di una rete europea.

Ancora poco indagato è, però, il riflesso che tale influenza ha sul riconoscimento dei poteri regolatori delle Autorità. Alcune affermazioni significative, tuttavia, si hanno da parte della Corte di Giustizia, e sembrano decisamente sostenere quanti, nell'ambito della tesi che si viene ricostruendo, affermano l'esistenza di un'area di competenza riservata all'attività regolamentare delle Autorità. La Corte di Giustizia, infatti, non ha esitato, anche recentemente, a conferire massima rilevanza e tutela al potere regolamentare delle Autorità Indipendenti conferito dallo stesso diritto comunitario, rilevando come l'esistenza di tale potere implichi una correlativa limitazione ai legislatori nazionali, i quali si devono astenere dal sottrarre, al potere regolamentare delle Autorità Indipendenti, ambiti ad esse riconosciuti dal diritto comunitario.

E' interessante, al riguardo, valutare il caso deciso con la sentenza 3 dicembre 2009, causa C-424/07 – Commissione delle Comunità europee c.

---

[115] A. M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione (origini – funzioni – caratteri),* Napoli, 1970, 57.

Repubblica federale di Germania, n. a. p.[116]. La Commissione europea promuove un ricorso per inadempimento contro la Repubblica federale di Germania, che, nel 2007, aveva modificato la legge nazionale sulle comunicazioni elettroniche, il *Telekommunikationsgesetz* ("Tkg"), introducendo il principio di deregolamentazione dei mercati delle reti di prossima generazione (c.d. next generation networks, "Ngn"). Secondo le nuove disposizioni, tali mercati, in linea di principio non assoggettati alla regolamentazione prevista dal *Tkg* (art. 9a, c. 1, Tkg), avrebbero potuto essere regolamentati solamente qualora, in difetto, "*lo sviluppo di un mercato competitivo e sostenibile nel settore dei servizi e reti di telecomunicazioni sarebbe ostacolato a lungo termine*". Il regolatore tedesco, la Bundesnetzagentur, in tal caso, avrebbe allora avuto facoltà di assoggettare il nuovo mercato a misure regolamentari, con l'obiettivo di promuovere l'innovazione e investimenti efficienti in materia di infrastrutture[117].

A fronte di tale normativa, che di fatto accordava una vacanza regolamentare a *Deutsche Telekom* ("DT") nei nuovi mercati, la Commissione decide di avviare una

---

[116] Per una descrizione del fatto e commento alla sentenza B. BRANCOLI BUSRDRAGHI, *I regolatori nazionali delle comunicazioni elettroniche: finalmente agenti comunitari?*, in *Giornale di Dir. Amm.,* 6, 2010, 589. Si veda anche F. DONATI, *Integrazione europea e regolazione*, Atti del Convegno Cesifin *La regolazione dei servizi di interesse economico generale,* Firenze, 6 novembre 2009.

[117] Ai sensi dell'art. 9a del TKG, intitolato "Nuovi mercati": "1. Fatto salvo quanto disposto dal seguente comma, i nuovi mercati non sono soggetti, in linea di principio, alla regolamentazione ai sensi del Titolo 2. 2. Qualora taluni fatti consentano di presumere che, in assenza di regolamentazione, lo sviluppo di un mercato competitivo e sostenibile nel settore dei servizi e reti di telecomunicazioni sarebbe ostacolato a lungo termine, la "Bundesnetzagentur" [l'ANR tedesca], in deroga al comma 1 di cui sopra, può assoggettare un nuovo mercato alla regolamentazione ai sensi del Titolo 2, in conformità agli artt. 9, 10, 11 e 12. Al fine di valutare la necessità di una regolamentazione e nell'imposizione di misure specifiche, [l'ANR tedesca] deve tenere conto, in particolare, dell'obiettivo di promuovere investimenti efficienti in materia di infrastrutture e incoraggiare l'innovazione".

procedura d'infrazione. Secondo Bruxelles, le nuove norme avrebbero ridotto la discrezionalità della *Bundesnetzagentur*, nonchè eluso la procedura di definizione dei mercati rilevanti. La Commissione fa valere, infatti, che le nuove norme introdotte dagli artt. 3, n. 12b, e 9a del TKG riducono il potere discrezionale dell'Autorità Nazionale di Regolamentazione. Tali disposizioni eluderebbero le procedure di definizione e di analisi del mercato, nonché quelle volte ad imporre misure di regolamentazione correttive, predisposte dal quadro normativo comune sulle comunicazioni elettroniche. I presupposti per imporre obblighi regolamentari *ex ante*, inoltre, sarebbero stati più restrittivi di quelli imposti dal diritto comunitario. Infine, la novella legislativa avrebbe ristretto il campo di valutazione del regolatore, confinandolo a perseguire uno solo degli obiettivi previsti dalle direttive comunitarie. La Commissione adisce così la Corte. La Germania resiste in giudizio contestando alla Commissione di non aver individuato la base giuridica della "discrezionalità" dell'Autorità Nazionale di Regolamentazione e ribadisce che le nuove norme costituirebbero solamente una "preconfigurazione" del potere discrezionale della Bundesnetzagentur. Secondo la Repubblica federale di Germania, infatti, dal ventisettesimo "considerando" della direttiva "quadro", dal punto 32 delle linee direttrici nonché dal quindicesimo "considerando" della raccomandazione della Commissione emerge che, in via generale, i nuovi mercati non dovrebbero essere assoggettati a una regolamentazione *ex ante*. A tale proposito, l'art. 9a del TKG non produrrebbe l'effetto di introdurre una nuova procedura di verifica isolata, ma preciserebbe, relativamente ai nuovi mercati, le disposizioni relative alla procedura di regolamentazione generale del mercato, previste dagli artt. 10 e 11 del TKG. In tal modo, la necessità di regolamentare un mercato verrebbe esaminata in ogni caso, ma sarebbe esclusa, in forza dell'art. 9a, n. 1, del TKG, l'adozione di misure di regolamentazione da parte dell'Autorità Nazionale di Regolazione qualora non si riscontri una siffatta necessità.

La Corte di Giustizia, nel decidere questa controversia, afferma sostanzialmente l'esistenza di un'area di regolamentazione che il diritto comunitario affida alle Autorità nazionali di regolazione e che viene a costituire, per gli stessi legislatori nazionali, un limite. La Corte afferma che, "*in ogni caso, … la direttiva «quadro» incarica l'ANR, e non il legislatore nazionale, a valutare la necessità di regolamentare i mercati*"[118].

---

[118] E' utile riportare i passaggi principali della motivazione: "Giudizio della Corte - 53 In via preliminare si deve rilevare che, conformemente all'art. 1, n. 1, della direttiva «quadro», quest'ultima istituisce un quadro armonizzato per la disciplina dei servizi di comunicazione elettronica, delle reti di comunicazione elettronica e delle risorse e servizi correlati. Tale direttiva definisce le funzioni delle ANR ed istituisce le procedure atte a garantire l'applicazione armonizzata del quadro normativo nella Comunità. 54 Ai sensi dell'art. 3, nn. 2 e 3, della direttiva «quadro», nonché dell'undicesimo 'considerando' della stessa, in conformità con il principio della separazione delle funzioni di regolamentazione dalle funzioni operative, gli Stati membri sono tenuti a garantire l'indipendenza delle ANR affinché queste ultime esercitino i loro poteri in modo imparziale e trasparente. 55 La direttiva «quadro» conferisce alle ANR funzioni specifiche di regolamentazione dei mercati di comunicazioni elettroniche. Conformemente all'art. 15 della direttiva «quadro», e in particolare al suo n. 3, le ANR definiscono, in stretta collaborazione con la Commissione, i mercati rilevanti nel settore delle comunicazioni elettroniche. 56 Conformemente all'art. 16 della direttiva «quadro», le ANR procedono poi all'analisi dei mercati così definiti e determinano se tali mercati siano effettivamente concorrenziali. Se un mercato non è effettivamente concorrenziale, l'ANR interessata impone obblighi di regolamentazione ex ante alle imprese che dispongono di un significativo potere su tale mercato. … 61 Nell'esercizio di tali funzioni di regolamentazione, le ANR dispongono di un ampio potere che consente loro di valutare caso per caso la necessità di regolamentare un mercato in funzione della singola situazione (v., in tal senso, sentenza 24 aprile 2008, causa C-55/06, Arcor, Racc. pag. I-2931, punti 153-156). 62 È proprio alla luce di tali considerazioni che la Corte deve valutare la fondatezza del presente ricorso. … 73 Da tutte le suesposte considerazioni risulta che, per quanto il ventisettesimo 'considerando' della direttiva «quadro», il punto 32 delle linee direttrici e il quindicesimo 'considerando' della raccomandazione della Commissione lascino intendere che, in materia di mercati nuovi, le ANR devono operare con prudenza, tali disposizioni non introducono, tuttavia, alcun principio di deregolamentazione dei citati mercati. 74 Occorre aggiungere che, in ogni caso, come si evince dai punti 53-61 della presente sentenza, la direttiva «quadro» incarica l'ANR, e non il legislatore nazionale, a valutare la necessità di regolamentare i mercati. 75 A tale proposito, occorre rilevare che gli artt. 15 e 16 della direttiva «quadro», espressamente rivolti alle ANR, costituiscono il fondamento giuridico su cui poggiano le linee direttrici e la

Certamente una simile affermazione si regge proprio sulla valutazione delle Autorità Amministrative Indipendenti, come soggetti regolatori dotati di autonomia, neutralità verso i soggetti interessati e di ampia partecipazione nei procedimenti che conducono all'adozione degli atti regolamentari. Come dire, nell'ambito del diritto comunitario senz'altro vi è un'attenzione alla posizione istituzionale che le Autorità rivestono quando esplicano la funzione di Autorità nazionali di regolazione.

Vi è poi, certamente, anche un'ottica tutta comunitaria con la quale guardare la pronuncia in esame e le sue conseguenze. Garantire un ambito di potestà regolamentare delle Autorità Indipendenti nel settore dell'energia significa, infatti, garantire un potere rilevante di controllo del mercato da parte della stessa

---

raccomandazione della Commissione, e che questi due strumenti giuridici orientano le ANR nella definizione e nell'analisi dei mercati rilevanti al fine di determinare se assoggettarli ad una regolamentazione ex ante. 76 Infatti, ai sensi del punto 1 delle linee direttrici, queste ultime enunciano i principi sui quali le ANR devono fondare la loro analisi dei mercati e dell'effettiva concorrenza, in applicazione del quadro normativo comune sulle comunicazioni elettroniche. Il punto 6 di tali linee direttrici prevede parimenti che esse intendono fornire un orientamento alle ANR nell'esercizio delle nuove competenze acquisite nella definizione dei mercati e nella valutazione del significativo potere di mercato. 77 Conformemente al punto 1 della raccomandazione della Commissione, si raccomanda alle ANR di analizzare i mercati di prodotti e servizi specificati nell'allegato della stessa prima di individuare determinati mercati rilevanti ai sensi dell'art. 15, n. 3, della direttiva «quadro». 78 Di conseguenza, contenendo una disposizione normativa ai sensi della quale, in via generale, resta esclusa la regolamentazione dei nuovi mercati da parte dell'ANR, l'art. 9a del TKG influisce sull'ampio potere conferito a quest'ultima in forza del quadro normativo comunitario, impedendole di adottare misure di regolamentazione adatte al singolo caso. Orbene, come emerge dal paragrafo 54 delle conclusioni dell'avvocato generale, il legislatore tedesco non può modificare la decisione del legislatore comunitario e non può, in via generale, esentare i nuovi mercati dalla regolamentazione. … 100 Dalle suesposte considerazioni deriva che la censura relativa alla limitazione del potere discrezionale dell'ANR dev'essere accolta".

Commissione, che gioca un ruolo di vertice nella rete dei Regolatori degli Stati Nazionali.

Tuttavia le implicazioni di tale pronuncia sono rilevantissime se valutate dalla prospettiva assunta in questo lavoro. Si può, infatti, affermare che per il diritto comunitario già esistano ambiti di competenza sottratti al legislatore nazionale, non in favore delle Istituzioni comunitarie e, quindi, in attuazione del principio di primazia del diritto comunitario, ma a favore di istituzioni interne, come le Autorità Indipendenti, con correlativa valorizzazione del loro ruolo e del loro modo di operare.

Né d'altronde questa pronuncia rimane isolata nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale pur non essendo mai giunta ad affermazioni tanto perentorie quali quelle contenute nella sentenza in esame, aveva già ampiamente affermato l'esistenza di una sfera di potestà riconosciute alle Autorità Indipendenti.. Nella sentenza della sez. IV, 24 aprile 2008, n. 55, (Arcor AG & Co. KG c. Bundesrepublik Deutschland e altro) in materia di accesso alla rete locale di telecomunicazioni e di fissazione dei relativi prezzi, la Corte afferma il necessario rispetto del principio di orientamento ai costi dei prezzi per l'accesso disaggregato alla rete locale, che deve essere inteso come l'obbligo imposto agli operatori notificati, nell'ambito della graduale apertura alla concorrenza del mercato delle telecomunicazioni, di orientare tali prezzi ai costi sostenuti per la realizzazione della rete locale anche in vista di un ragionevole profitto ed in modo da assicurare lo sviluppo ed il miglioramento delle infrastrutture di telecomunicazione esistenti. Nella fissazione di tali prezzi viene riconosciuto l' "ampio potere" delle Autorità Nazionali di Regolazione. Le Autorità dispongono di un ampio potere riguardante la valutazione dei vari aspetti dei prezzi in questione, potere che si estende fino alla possibilità di modificare i prezzi e le tariffe proposte. L'Autorità nazionale può altresì stabilire gli altri elementi da considerare: le voci di costo, gli interessi

afferenti al capitale investito, gli ammortamenti delle immobilizzazioni attive, la base di calcolo di questi ultimi nonché i modelli di documentazione contabile dei costi stessi. Mentre, al contrario, importanti limiti vengono posti alla possibilità concessa agli Stati membri di adottare misure nazionali dettagliate che rendano inapplicabile il principio di orientamento ai costi dei prezzi per l'accesso disaggregato alla rete locale. Come dire, anche in questa materia viene riconosciuto un potere discrezionale ampissimo alle Autorità sottraendolo agli stessi Governi degli Stati Membri[119].

---

[119] Corte di Giustizia, sez. IV, 24 aprile 2008, n. 55, Arcor AG & Co. KG c. Bundesrepublik Deutschland e altro,: " la facoltà di mantenere o introdurre misure riguardanti disposizioni più dettagliate, attribuita dall'art. 1, n. 4, del regolamento n. 2887/2000, autorizza gli Stati membri a prevedere, nell'ambito della loro legislazione nazionale, disposizioni idonee a concretizzare il principio dell'orientamento ai costi dei prezzi dell'accesso disaggregato alla rete locale, a condizione che esse rispettino i limiti dettati dall'art. 1, n. 4, del citato regolamento. 144 Si deve per altro verso ricordare che l'adozione del citato regolamento è intervenuta, come precisato nel suo quattordicesimo 'considerando', nel rispetto del principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 del Trattato, e solamente in questo contesto si precisa espressamente che gli Stati membri conservano la facoltà di introdurre norme specifiche nel settore di cui trattasi. … 146 È stato, al contrario, sostenuto che il principio tariffario di cui trattasi nella causa principale deve essere concretizzato mediante disposizioni nazionali nell'ambito della discrezionalità concessa in materia agli Stati membri e che, in ogni caso, nella fattispecie tale ambito discrezionale non è stato superato. … 149 Infatti, le citate disposizioni nazionali applicano, nel rispetto del diritto comunitario, il principio di orientamento ai costi dei prezzi per l'accesso disaggregato alla rete locale facendo ricorso a misure tecniche relative, segnatamente, alle tariffe e ai documenti che devono essere prodotti dall'impresa che ha presentato domanda di autorizzazione dei prezzi. 150 Risulta da quanto precede che la prima questione deve essere risolta nel senso che la possibilità concessa agli Stati membri, in base all'art. 1, n. 4, del regolamento n. 2887/2000, di adottare misure nazionali dettagliate non può rendere inapplicabile il principio di orientamento ai costi dei prezzi per l'accesso disaggregato alla rete locale, quale enunciato all'art. 3, n. 3, del citato regolamento. *Sulla terza questione, sub e), relativa al potere discrezionale delle ANR nell'ambito dell'applicazione del principio di orientamento ai costi dei prezzi per l'accesso disaggregato alla rete locale* 151 Occorre ricordare che l'art. 4 del regolamento n. 2887/2000, dal titolo "Vigilanza da parte dell'[ARN]", prevede al suo n. 1 che l'ANR vigila affinché la fissazione dei prezzi per l'accesso disaggregato alla rete locale promuova una concorrenza leale e sostenibile. 152 In tal senso, il n. 2 del medesimo articolo dispone che l'ANR ha la facoltà, per un verso, di imporre modifiche all'offerta di riferimento per l'accesso disaggregato alla rete locale e alle risorse

3.3. Potere regolamentare delle Autorità Amministrative Indipendenti e riforma del Titolo V della Costituzione.

Con la riforma dell'art. 117, comma 6, si sono introdotti nel testo della Costituzione alcuni rilevanti principi sulla potestà regolamentare nel nostro

---

connesse, compresi i prezzi, sempre che tali modifiche siano giustificate e, per altro verso, di chiedere agli operatori notificati di fornire informazioni pertinenti all'applicazione del regolamento stesso. 153 Risulta da tali disposizioni che le ANR dispongono di un ampio potere di intervento sui vari aspetti della tariffazione per la fornitura di un accesso disaggregato alla rete locale, che si estende fino alla modifica dei prezzi e delle tariffe proposte. 154 Si deve in proposito ricordare che, in conformità al principio sancito dall'art. 3, n. 3, del regolamento n. 2887/2000, il livello dei prezzi per l'accesso disaggregato alla rete locale deve essere stabilito in funzione dei costi reali, vale a dire i costi già sostenuti dall'operatore notificato, nonché dei costi preventivi sostenuti dallo stesso. 155 Ne discende, pertanto, che il vasto potere attribuito dal regolamento n. 2887/2000 alle ANR per quanto riguarda la valutazione degli aspetti tariffari dell'accesso disaggregato alla rete locale si riferisce altresì alla valutazione dei costi sostenuti dall'operatore notificato. 156 Si deve quindi rilevare che l'ampio potere di cui dispongono le ANR in forza dell'art. 4, n. 2, del regolamento n. 2887/2000 riguarda altresì i costi presi in considerazione, quali gli interessi afferenti al capitale investito e gli ammortamenti delle immobilizzazioni attive, la base di calcolo di questi ultimi nonché i modelli di documentazione contabile dei costi stessi. 157 Si deve inoltre precisare che risulta dalle disposizioni dell'art. 4, n. 2, del regolamento citato che, nell'ambito degli ampi poteri loro attribuiti da tali disposizioni, le ANR dispongono altresì di competenze per avviare la procedura di controllo della tariffazione dell'accesso disaggregato alla rete locale, nel senso che possono richiedere informazioni riguardanti, in particolare, i costi sostenuti nell'ambito dell'applicazione del principio di orientamento dei prezzi ai costi. 158 Ne discende che il regolamento n. 2887/2000 attribuisce alle ANR non solo un ampio potere, ma anche strumenti appropriati che consentono loro di verificare nel modo più efficace la corretta applicazione del principio enunciato dall'art. 3, n. 3, del regolamento stesso. 159 Occorre quindi risolvere la terza questione, sub e), nel senso che dalle disposizioni dell'art. 4, nn. 1 e 2, del regolamento n. 2887/2000 risulta che, in sede di esame dei prezzi degli operatori notificati per la fornitura di un accesso disaggregato alla loro rete locale alla luce del principio tariffario enunciato all'art. 3, n. 3, del regolamento citato, le ANR dispongono di un ampio potere riguardante la valutazione dei vari aspetti dei prezzi in questione, potere che si estende fino alla modifica dei prezzi e delle tariffe proposte. Tale vasto potere ha altresì ad oggetto i costi sostenuti dagli operatori notificati, quali gli interessi afferenti al capitale investito e gli ammortamenti delle immobilizzazioni attive, la base di calcolo di questi ultimi nonché i modelli di documentazione contabile dei costi stessi.

ordinamento. In particolare si è provveduto ad un ripartizione della potestà regolamentare tra Stato e Regione agganciandola alle materie individuate dallo stesso articolo per ripartire le competenze legislative.

Vi è chi ha valorizzato questo elemento anche in relazione ai poteri regolamentari delle Autorità Indipendenti, partendo dalla considerazione che il riconoscimento in Costituzione di un potere regolamentare dello Stato non si esaurisce certo in quello tradizionalmente affidato al Governo[120]. A ciò si deve aggiungere una considerazione che può portare ad affermare la natura primaria dei regolamenti dello Stato non di provenienza governativa, che prende spunto da un confronto tra la potestà regolamentare del governo e quella delle altre autorità che pure si fonderebbe sull'articolo 117, comma 6, della costituzione.

Con ragionamento *a contrario*, infatti, si è evidenziato come mentre per il governo la Costituzione prevede una potestà normativa di livello primario (esercitabile in casi straordinari di necessità ed urgenza, il decreto-legge, o su delega dello stesso Parlamento, il decreto legislativo) e pertanto sarebbe una "*inutile duplicazione*"[121] il riconoscimento di un ulteriore potestà normativa fondata direttamente sull'articolo 117 della Costituzione, nell'ipotesi di potestà regolamentare esercitata da altri poteri dello Stato che non siano, appunto, il governo questa duplicazione non esisterebbe. Non vi è infatti nella costituzione il riconoscimento di atti con forza di legge che non siano quelli che gli articoli 76 e 77 affidano al governo,

---

[120] La tesi è sostenuta, nel modo più completo, da G. GRASSO, *Le Autorità Indipendenti della Repubblica, tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, 2006,il quale parte, appunto dalla "convinzione, infatti, [è] che i regolamenti dell'art. 117, comma 6, comprendano al loro interno i regolamenti dell'art. 87 comma 5, e non viceversa, e che questi ultimi siano realmente i regolamenti governativi disciplinati, ad esempio, dalla legge n. 400 del 1988 e dalla legge n. 86/1989 e oggi dalla legge n. 11/2005, per quello che riguarda l'attuazione delle direttive comunitarie, mentre nell'art. 117 comma 6, rientrerebbero anche ulteriori regolamenti, come quelli delle Autorità Indipendenti".

[121] G. GRASSO, *Le Autorità Indipendenti della Repubblica*, cit., 245.

pertanto, rispetto agli altri poteri pure dotati di potestà regolamentare, non avrebbe giustificazione l'estensione del medesimo ragionamento di tipo residuale. Accertato quindi fondamento costituzionale, la natura primaria degli atti prodotti ne sarebbe conseguenza logica.

Anche nella prospettiva della tesi che si va illustrando, tuttavia, l'*interpositio legislatoris* rimane un passaggio ineliminabile. La costituzione infatti, non contempla materie sottratte alla potestà legislativa, sarà quindi la legge che nel dare attuazione a valori e principi costituzionali ricorrerà alla specifica attribuzione di potestà regolamentare alle Autorità Indipendenti.

Ciò potrà avvenire attraverso una libera scelta del legislatore, o, in alcuni casi, attraverso l'adempimento di un vero e proprio obbligo al quale questo sarebbe chiamato. La disciplina delle libertà fondamentali prevista della Costituzione, infatti, renderebbe sempre attuale per il legislatore dare risposta ad un preciso quesito: può una certa libertà essere tutelata a pieno mediante una regolamentazione affidata all'equilibrio che le forze politiche trovano nell'adozione di atti legislativi e regolamentari o, invece, occorre, per una sua piena attuazione, la creazione di un'autorità che in posizione di neutralità si occupi di regolamentare il settore? Ecco, come la risposta a questo interrogativo segna il confine, per il legislatore, tra una facoltà a questi riconosciuta, di istituire un'Autorità Indipendente per vigilare, controllare e regolamentare un determinato settore o, invece, l'esistenza di uno specifico obbligo in tal senso.

Lungi dal divenire un mero accidente, pertanto, l'intervento del legislatore ordinario statale rimane, anche nella prospettiva di chi vuole riconoscere nella nuova formulazione dell'articolo 117, comma VI, Cost. il riconoscimento di una potestà regolamentare delle Autorità Indipendenti, un passaggio ineliminabile ed anzi in alcuni casi addirittura doveroso.

Quindi, l'indicato fondamento costituzionale comporterebbe un immediato riconoscimento di una sfera di competenza riservata a questi regolamenti, sebbene l'effetto pratico conclusivo della teoria in esame non si discosti eccessivamente dalla precedente ricostruzione che individua una competenza riservata alle fonti regolamentari delle Autorità. Se si ammette un fondamento di questa potestà nella stessa costituzione, riconoscendo così il valore primario delle norme che ne derivano, e se si delinea un regime per il quale il legislatore statale, dalla lettura dell'art. 117, comma VI in combinato disposto con gli articoli dettati a tutela delle singole libertà fondamentali, potrebbe addirittura rinvenire un limite all'esercizio della funzione legislativa consistente nell'obbligo di affidare il settore ad una istituenda Autorità, allora il confine con il riconoscere una specifica competenza agli atti delle Autorità concorrente con quella statale è realmente labile.

A conferma di ciò, vi è il particolare regime giuridico al quale, sempre nell'ottica prospettata, andrebbero assoggettate le leggi istitutive delle Autorità, le quali verrebbero a cristallizzare una scelta difficilmente rivedibile dallo stesso legislatore che non avrebbe la forza giuridica o, secondo alcuni, politica[122], di modificare le proprie scelte, cosicchè "*la legge – ferma restando la sua preminenza sul piano formale nella 'distribuzione' delle competenze – si ritrae sostanzialmente dal campo attribuito alla fonte speciale*"[123]. E' evidente, quindi, come ci muova esattamente nella stessa prospettiva assunta dalla tesi precedentemente analizzata, che si articolava in termini di competenza riservata per i regolamenti delle Autorità. Di meglio delineato, in questa seconda prospettiva, vi sarebbe il fondamento costituzionale, rinvenuto appunto nell'art. 117 comma VI Cost.

---

[122] BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, 2000, 337.

[123] P. LAZZARA, *La potestà regolamentare della Commissione nazionale per la società e la borsa in materia di intermediazione finanziaria*, in *Riv. amm.*, 1995, p. 715.

3.4. Impercorribilità delle tesi fondate su un riparto di competenza tra legge ordinaria e potestà regolamentare.

In entrambe le ricostruzioni prospettate, quindi, si viene a delineare un sistema articolato sul principio di competenza, che diviene il fondamementale principio sul quale è costituito il sistema delle fonti. In questa prospettiva, infatti, il principio di legalità è necessariamente recessivo, proprio perché alcun ruolo può giocare rispetto a fonti chiamate a disciplinare ambiti differenti e, quindi, non poste tra loro in una posizione di sotto-sovra ordinazione.

A ragione quindi, volendosi accoglie l'idea in forza della quale nel nostro ordinamento si possano individuare ben delineati ambiti di competenza da destinarsi a fonti chiamate ad intervenire in posizione paritaria rispetto alla legge, si deve parlare di crisi del principio di legalità.[124]

Tuttavia, una simile ricostruzione non appare fondata su solide basi. Il fatto che delle istituzioni quali le Autorità Indipendenti possano avere un riconoscimento implicito nella costituzione, appare, in effetti, non sufficiente per fondare il carattere primario degli atti da queste posti in essere.

Del resto, com'è noto, tra gli articoli della Costituzione che sovente vengono indicati quali il presupposto per un riconoscimento delle Autorità Indipendenti vi sono proprio quelli relativi a libertà e diritti fondamentali. Sarebbero questi, infatti, i settori sensibili e costituiscono il principale ambito di operatività delle autorità dipendenti. Non può non rilevarsi, però, che queste stesse disposizioni costituzionali sono tra quelle che più intenso impiego fanno dell'istituto della riserva di legge, rinvenendo nella disciplina dettata dalla fonte primaria un

---

[124] L. GENINATTI SATÈ, *I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità*, in *Diritto Pubblico,* 3/2005, fornisce un'ampia ricognizione delle recenti problematiche relative all'applicazione del principio di legalità rispetto alle fonti primarie ed alle fonti secondarie.

fondamentale strumento di garanzia. Appare quindi un sostanziale ribaltamento dell'impostazione della prima parte della Carta fondamentale quello per cui, proprio nei settori nei quali si vengono ad esplicare le libertà fondamentali ivi previste, la legge perderebbe la propria competenza ad intervenire.

Neanche la nuova formulazione dell'articolo 117, comma VI, della Costituzione sembra offrire sufficienti elementi al riguardo. È vero che questa norma attribuisce la potestà regolamentare allo Stato, e non solo al governo, aprendo così in modo indeterminato l'ambito delle fonti. Tuttavia, due elementi desumibili dalla stessa scarna proposizione normativa devono essere valorizzati.

In primo luogo la *ratio* della norma è quella di distribuire, tra Stato e regioni, la potestà ad adottare *regolamenti*, nelle stesse materie nelle quali si articola la potestà legislativa. La prospettiva è quindi, evidentemente, quella di ripartire in modo conforme alla ripartizione della potestà legislativa primaria anche la potestà di dettare norme di tipo secondario. Se da un lato, infatti, il testo dell'articolo 117 cost. non si preoccupa di circoscrivere meglio ciò che viene indicato semplicemente come "potestà regolamentare", dall'altro la costruzione dell'intero articolo non sembra permettere interpretazioni che vadano oltre la mera attribuzione di una potestà di normazione secondaria.

Inoltre, un ragionamento di tipo residuale, fondato sull'attribuzione al solo governo di una potestà normativa di tipo primario, non è persuasivo. La disciplina degli articoli 76 e 77 della costituzione, infatti, è chiaramente concepita come derogatoria rispetto all'ordinaria attribuzione della potestà legislativa al solo Parlamento; non è possibile, quindi, concepire in via interpretativa tale attribuzione come implicita in un più generale riconoscimento della potestà regolamentare. Se non altro, in questo senso, è invocabile un argomento estremamente persuasivo che risiede nel fatto che ogni deroga all'attribuzione

esclusiva della potestà legislativa al Parlamento viene ad incidere sulla stessa forma di governo di tipo rappresentativo che caratterizza il nostro ordinamento.

La problematica delle leggi istitutive delle Autorità, quindi, sembra ancora correttamente inquadrata nell'ambito delle "*norme sulla normazione*", che, come autovincoli legislativi di tipo sostanziale, non costituiscono un baluardo insuperabile alla futura volontà del legislatore di fare una passo indietro o di modificare la quantità o qualità del potere attribuito.

Non vi è fungibilità tra legge e regolamento, né le due fonti possono essere poste sullo stesso livello gerarchico; se si volesse invocare una delle categorie tipiche della potestà regolamentare governativa, sotto questo profilo, è maggiormente persuasivo invocare quella dei regolamenti di delegificazione[125], nei quali vi è un diretto rapporto tra legge e regolamento, che quella dei regolamenti indipendenti, che invece si basano proprio sulla libertà d'intervento data dalla mancanza di una copertura legislativa[126].

---

[125] Sul punto si veda F. MODUGNO, *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto*, Torino 2002, 78: " *ma, se è vero che le Autorità Indipendenti dispongono solitamente di significative potestà normative che si tende a definire "primarie" o "para primarie", è indiscutibile la mancanza di un fondamento anche indiretto di tali atti nella costituzione. La peculiarità è costituita dal fatto che le leggi istitutive delle autorità tendono a porsi come leggi di carattere organizzatorio, come le norme sulla normazione, attribuendo alle autorità un potere regolamentare o comunque il compito di promuovere la formazione di regole da parte dei soggetti attivi nel settore interessato (accordi, contratti, codici di autoregolamentazione). sia ha una sorta di autolimitazione della legge, che attribuisce ad altre fonti la competenza per la normazione di certi settori. Ma, in questo caso, non vi è alcun ostacolo, proprio per la mancanza del fondamento costituzionale, ad una riappropriazione, purché organica, della materia da parte della legge. La presunta fungibilità tra legge e atti di autorità indipendente è dunque pur sempre relativa e per certi aspetti presenta similitudini con il rapporto che si instaura tra legge e regolamenti governativi nelle materie oggetto di un processo di delegificazione*.".

[126] È stato inoltre proposto di classificare i regolamenti delle Autorità come "*regolamenti quasi indipendenti*", "*in ragione dell'indeterminatezza della legge nell'indicazione del contenuto del potere*" normativo spettante a tali organi (S. Foà, *I regolamenti delle Autorità Indipendenti*, cit., p. 126).

Dove, invece, l'art. 117, comma VI, cost. segna un rigido riparto di competenze è nella distribuzione orizzontale del potere regolamentare tra Stato e Regioni, seguendo il riparto per materie delineato dai precedenti comma del medesimo articolo in relazione alla potestà legislativa. Questo avrà un effetto anche sul potere regolamentare delle Autorità Indipendenti, visto che la riforma ha inteso sottrarre materie alla potestà esclusiva statale, sottraendo così anche spazio normativo alle Autorità[127].

3.5. La irrinunciabilità del principio di gerarchia.

Non condivisa, quindi, l'idea che sia il principio di competenza a regolare il rapporto esistente tra la legge ed i regolamenti delle Autorità Indipendenti, non rimane che riaffermare l'irrinunciabilità di ordinare le fonti del diritto in forza del criterio di gerarchia, preservando in tale modo l'operatività del principio di legalità.

Alla luce di quanto ricostruito proprio sul fondamento e ambito di operatività del principio di legalità nel nostro ordinamento, e della sua

[127] *Cambia l'oggetto, del potere regolamentare delle autorità indipendenti a seguito della riforma del titolo v della parte II della costituzione*? GIOVANNA DE MINICO, in www.astrid.it la quale rileva, rispetto alla materia "ordinamento della comunicazione", come: "*La l.cost. 3/01 ha infatti previsto nelle materie di competenza legislativa concorrente una riserva di potestà regolamentare a favore dell'ente regione. E, come ogni riserva impone, anche questa esclude che sulla materia possa intervenire fonte diversa da quella riservataria. Quindi, lo Stato non potrà parlare né in prima persona, né per interposta, cioè tramite le A.I., perché la materia esula dalla sua disponibilità giuridica: se ciò facesse, avremmo un regolamento statale (o uno delle Autorità) illegittimo per violazione del principio di competenza, a prescindere dall'esistenza o meno di antinomie rispetto alla fonte riservataria. E ciò perché il criterio di competenza, nuovo principio ordinatore tra fonte secondaria statale e quella regionale, avendo copertura costituzionale non sarebbe superabile da una diversa volontà del legislatore statale, che - pena l'illegittimità di una tale previsione - non potrebbe validamente ritornare al sistema precedente, cioè riproporre il criterio gerarchico tra regolamenti statali e regionali nella materia della comunicazione*".

compatibilità con l'applicazione della teoria dei poteri impliciti, possono ora avanzarsi alcune considerazioni che offrano il senso della tesi sviluppata.

Come ampiamente rilevato, l'attribuzione attraverso leggi spesso dall'ampio significato, per non dire indeterminato, di poteri normativi alle Autorità Indipendenti ha dato luogo ad un proliferare di ricostruzioni tutte tese a conciliare un importante fenomeno sviluppatosi nella prassi con i principi che fondano il nostro ordinamento. Proprio i principi generali debbono avere, in questi delicati processi di evoluzione dell'ordinamento verso forme istituzionali nuove, quel ruolo fondamentale di apertura verso ciò che avanza e di tutela, nello stesso tempo, della continuità delle regole poste a fondamento dell'intero sistema.

Questo delicato equilibrio, nella prospettiva che ha animato il presente lavoro, non può rinvenirsi nell'abdicazione del principio di legalità a favore di una diversa regolazione delle fonti del diritto, vista l'assenza di effettivi dati normativi nuovi che possano giustificare un simile passaggio, ma nasce proprio nell'interpretazione di cosa sia oggi il principio di legalità.

Si è infatti ricostruito nella prima parte di questo lavoro come oggi, all'interno di un ordinamento pluralista, ogni principio, ivi incluso quello di legalità, debba passare attraverso un'interpretazione che sia in primo luogo un momento di sintesi di differenti valori. In questo processo il ruolo degli interpreti, e tra questi in primo luogo del giudice, diviene cruciale. E' fuor di dubbio, infatti, che operare un bilanciamento di valori sia operazione ben più complessa e foriera di maggiori dubbi rispetto alla mera esegesi di un dato normativo, seppur equivoco; tuttavia è operazione sempre più necessaria all'interno di ordinamenti complessi nei quali si rischia di perdere la certezza offerta dalla prevalenza di un interesse rispetto agli altri.

Del resto questa esigenza è esattamente posta a fondamento della stessa istituzione delle Autorità Indipendenti, le quali sono chiamate a regolare settori caratterizzati da possibili contrasti tra libertà fondamentali che debbono essere risolti non nel perseguimento di un interesse considerato prevalente, sia esso anche l'interesse pubblico, ma, appunto, in posizione di neutralità rispetto a tutti gli interessi coinvolti.

Ebbene, se questo è vero a monte, al momento cioè di ritenere necessaria l'istituzione di un'Autorità regolatrice di quel determinato settore, tanto più deve essere valido a valle, cioè nella verifica della correttezza della regolamentazione adottata.

Considerare determinati settori affidati alla cura dell'Autorità preposta, in modo tale che il legislatore stesso si veda sottratta la competenza in quel settore, rischia di tradursi in una limitazione della operatività del principio di legalità non solo nella prospettiva di una mancanza di fondamento dei poteri stessi, proprio perché è sostanzialmente esautorato il ruolo della legge, ma anche nella prospettiva di un controllo giurisdizionale successivo, nel quale risiede buona parte del profondo significato del principio di legalità contenuto nella nostra costituzione, secondo quanto precedentemente ricostruito.

La prospettiva deve essere, invece, quella di ricondurre questi poteri all'interno dell'ambito della legalità, in modo tale che ne sia valorizzato, quantomeno, il momento della verifica del loro corretto esercizio.

E' indubbio, infatti, che il momento genetico della potestà regolatoria delle Autorità, in forza di una nascita spontanea ed una proliferazione che è stata per due decenni tanto rilevante per quantità tanto incontrollata in organicità, è in parte sovrabbondante rispetto al fondamento legislativo minimo che la sorregge. Ciò però deve portare ad una operatività ancor più accorta dello stesso principio

di legalità che come osservato risiede, negli ordinamenti complessi e pluralisti, anche e proprio nella verifica giurisdizionale degli atti dell'Amministrazione, visto che è in questa sede che si può operare un contemperamento dei valori in gioco.

Il vero difetto delle tesi che postulano una competenza riservata ai regolamenti delle Autorità Indipendenti, quindi, risiede nel *vulnus* che creano al controllo giurisdizionale dei propri atti, che, in ultima analisi, è la più forte lesione del principio di legalità. Vengono in tal modo, infatti, compromessi i parametri sui quali fondare la qualità e quantità del controllo giurisdizionale di tali atti e, quindi, viene compromessa la possibilità di ricondurre entro limiti certi l'esercizio del potere.

La legalità, infatti, in questa prospettiva dinamica non è tanto riferibile al fondamento del potere regolamentare, quanto all'imposizione di limiti alla stessa, che nascano dal confronto con altri principi ottenuto in sede processuale (e prima ancora, procedimentale). In questa sede vi sarà bisogno di un tipo di sindacato che, anziché "*limitarsi a scrutinare il fondamento legislativo (il quale, in concreto, è peraltro assai sfuggente), sappia vagliare il rispetto dei limiti del potere regolamentare in chiave sistematica, facendosi carico di tutta la complessità del fenomeno normativ*o"[128]. Calato nell'intero sistema ordinamentale, infatti, il singolo regolamento, pur eccessivo rispetto alla legge che direttamente lo prevede, è il più delle volte riconducibile a sistema. Questo processo, che appunto ricava i limiti alla potestà regolamentare

---

[128] F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisprudenziale, disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, II ed. ,Torino, 2007, 129, il quale afferma, con considerazioni ampiamente condivisibili, che : "*l'ammettere che gli atti di regolazione possano fruire di un principio di legalità piuttosto appannato non implica, come visto, anche la possibilità di contrastare i principi dell'ordinamento, questo vale per quelli più generali, i quali sono oltretutto condivisi dal diritto comunitario … il ruolo del giudice è posto in primo piano e ben si coglie la ricchezza della sua cognizione e la complessità del compito: deve saper effettuare , nel concreto del controllo di legittimità, il raccordo tra la disposizione regolamentare (sceverandone il contenuto solo tecnico ovvero anche parzialmente politico) ed il principio o criterio che sia rilevante nella fattispecie*".

facendoli emergere da una loro lettura sistematica, svolto in sede di verifica giurisprudenziale dell'atto, permette di effettuare un giudizio di legalità degli atti amministrativi attraverso i principi desumibili dagli artt. 104 e 113 della Costituzione.

Del resto, anche attente ricostruzioni dottrinali di leggi istitutive di Autorità indipendenti hanno evidenziato come una lettura sistematica della materia possa risolvere la maggior parte delle questioni relative alla eccessività dei poteri regolamentari ivi previsti. Così è avvenuto, ad esempio, per i regolamenti della Consob, che da numerosi autori sono stati ritenuti i più indeterminati nel contenuto.

Dopo la Banca d'Italia, la Consob è la più antica tra le Autorità Indipendenti italiane, la sua legge istitutiva è del 1974. I suoi compiti, tuttavia, sono stati oggetto di profonde revisioni, nel corso della sua storia, tanto da parte della legislazione nazionale quanto per effetto del diritto comunitario.

Per quanto attiene ai poteri della Consob, il senso di questa profonda revisione che è maturata nel tempo, in forza delle leggi che si sono succedute, è senz'altro quello dell'ampliamento[129]. In particolare, a seguito dell'approvazione del TUF (d. lgs. n. 58 del 1998) si è assistito ad un ampio fenomeno di delegificazione che ha permesso di attribuire poteri regolamentari alla Consob in un'ampia sfera di materie prima riservate alla legge: la disciplina degli emittenti e della sollecitazione

[129] Tra i passaggi più rilevanti di questo processo, si deve ricordare la legge numero 281 del 1985 con la quale fu eliminato il controllo ministeriale sulle deliberazioni, accentuando il carattere di autonomia dell'autorità, e fu attribuita una potestà regolamentare in determinate materie. Sicuramente l'intervento legislativo più significativo sul punto fu l'approvazione della "riforma Draghi", cioè il TUF, e ha riconosciuto alla Consob un ruolo di garante in senso ampio degli investitori e dei risparmiatori, prevedendo un'ampia delegificazione in materia al fine di attribuire questo spazio normativo ai regolamenti della Consob.

degli investimenti, le modalità di pubblicazione e aggiornamento del prospetto informativo, la diffusione di notizie prima della pubblicazione, le indagini di mercato, la raccolta di intenzioni di acquisto o sottoscrizione, lo svolgimento della sollecitazione dell'investimento. Operazione di delegificazione che è avvenuta, considerando anche l'importanza quantitativa del fenomeno, con sostanziale puntualità, non essendo mancati tuttavia episodi di incoerenza che hanno portato all'adozione di norme regolamentari da parte della Consob non conformi alla legislazione primaria[130]. All'interno di questo processo, alla Consob sono stati attribuiti poteri di normazione in ordine alle regole di comportamento destinate ad emittenti, offerenti, proponenti l'investimento[131]. Si tratta, quindi, di una competenza alla produzione e alla revisione dei regolamenti che non si limitano all'elaborazione di regole tecniche nell'esecuzione delle leggi, ma ai quali viene riconosciuta un'ampia sfera di discrezionalità.

E' stato evidenziato, come a fronte di una legislazione, appunto, ricca di riconoscimenti di potestà regolamentare della Consob, questa si sia sviluppata con modalità tali da offrire ordine e sistematicità alle materie trattate, tanto che i regolamenti rilevanti, adottati e via via aggiornati dall'Autorità, sono solamente tre, corrispondenti ad altrettanti settori disciplinati: Regolamento Consob n. 11971 del 14 maggio 1999[132] di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio

---

[130] E' il caso del Regolamento Emittenti art. 78, vedi infra.

[131] Poteri che sono divenuti più effettivi a seguito della riforma dei poteri sanzionatori puri attribuiti alla Consob. Con la legge comunitaria del 2004 (legge numero 62 del 2005) e con la legge numero 262 del 2005 in materia di tutela del risparmio, infatti, sono stati attribuiti alla Consob sia una potestà punitiva propria, di tipo amministrativo, sia un significativo potere di vigilanza.

[132] E' interessante, al fine di rilevare l'importante opera di regolamentazione continua del settore, rilevare quante sono state le modifiche di questo regolamento dalla sua attuazione a quando è stato definitivamente sostituito: 1999 - testo originale; 2000 - n. 12475 del 6 aprile 2000; 2001- n. 13086 del 18 aprile 2001 - n. 13106 del 3 maggio 2001 - n. 13130 del 22 maggio 2001; 2002- n. 13605 del 5 giugno 2002 - n. 13616 del

1998, n. 58 concernente la disciplina degli emittenti; Regolamento Consob n. 11522 del 1° luglio 1998 di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 concernente la disciplina degli intermediari, non più in vigore dal 22.11.2007, quando è stato sostituito dal Regolamento Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007; Regolamento Consob n. 11768 del 23 dicembre 1998 di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e del decreto legislativo 24 giugno 1998, n. 213 in materia di mercati, non più in vigore dal 2.11.2007, quando è stato sostituito dal Regolamento Consob n. 16191 del 29 ottobre 2007.

A fronte di questa importante produzione regolamentare, con ambizioni di sistematizzazione (basta pensare che le deleghe contenute nel TUF a regolamenti della Consob sono decine, in riferimento a singoli provvedimenti), i casi nei quali sia effettivamente riscontrabile un difetto di copertura del regolamento da parte della legge primaria sono estremamente ridotti; conseguentemente ridotta è la possibilità di poter affermare la natura sostanzialmente primaria dei regolamenti stessi. A volte, infatti, i criteri per l'esercizio della potestà regolamentare non sono esplicitati dalla legislazione ordinaria o dalla normativa comunitaria applicabile all'oggetto specifico del regolamento, ma possono essere comunque desunti con immeditezza dall'applicazione dei principi regolatori della materia o di materie simili.

---

12 giugno 2002; 2003 - n. 13924 del 4 febbraio 2003 - n. 14002 del 27 marzo 2003 - n. 14372 del 23 dicembre 2003; 2004- n. 14692 dell'11 agosto 2004 - n. 14743 del 13 ottobre 2004; 2005- n. 14990 del 14 aprile 2005 - n. 15232 del 29 novembre 2005; 2006 - n. 15510 del 20 luglio 2006- n. 15520 del 27 luglio 2006 - n. 15586 del 12 ottobre 2006; 2007 - n. 15915 del 3 maggio 2007- n. 15960 del 30 maggio 2007; 2008 - n. 16515 del 18 giugno 2008- n. 16709 del 27 novembre 2008;2009 - n. 16840 del 19 marzo 2009 - n. 16850 del 1° aprile 2009- n. 16893 del 14 maggio 2009- n. 17002 del 17 agosto 2009; 2010 - n. 17221 del 12 marzo 2010- n. 17326 del 13 maggio 2010- n. 17389 del 23 giugno 2010; 2011 - n. 17592 del 14 dicembre 2010.

Paradigmatico è il caso delle modalità di assolvimento degli obblighi di informazione ai quali sono chiamati gli intermediari finanziari. Si prendano ad esempio gli articoli 120 comma IV[133] e 122 del TUF, i quali, nello stabilire in via generale degli obblighi di informazione relative, rispettivamente, alle partecipazioni rilevanti e dei patti parasociali, demandano ai regolamenti della Consob il compito di dare concretezza a tale obbligo. Ebbene, la discrezionalità attribuita alla potestà regolamentare della Consob, proprio alla luce della esatta individuazione dei principi enucleati dal TUF per la submateria degli intermediari, risulta ampiamente circoscritta entro margini rassicuranti, seppur dettati sostanzialmente per obbiettivi. Infatti, ai sensi degli art. 5 del TUF, per il perseguimento degli obiettivi fissati, la Consob è competente per quanto riguarda la trasparenza e la correttezza dei comportamenti. Nello specifico, gli obbiettivi individuati dalla stessa norma sono: a) la salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario; b) la tutela degli investitori; c) la stabilità e il buon funzionamento del

[133] Art. 120 comma IV del d. lgs. n. 58 del 1998: "La CONSOB, tenuto anche conto delle caratteristiche degli investitori, stabilisce con regolamento: a) le variazioni delle partecipazioni indicate nei commi 2 e 3 che comportano obbligo di comunicazione; b) i criteri per il calcolo delle partecipazioni, avendo riguardo anche alle partecipazioni indirettamente detenute e alle ipotesi in cui il diritto di voto spetta o è attribuito a soggetto diverso dal socio; c) il contenuto e le modalità delle comunicazioni e dell'informazione del pubblico, nonché le eventuali deroghe per quest'ultima; d) i termini per la comunicazione e per l'informazione del pubblico, che nel caso previsto dal comma 3 possono avere carattere periodico; d-bis) i casi in cui le comunicazioni sono dovute dai possessori di strumenti finanziari dotati dei diritti previsti dall'articolo 2351, ultimo comma, del codice civile. d-ter) i casi in cui la detenzione di strumenti finanziari derivati determina obblighi di comunicazione; d-quater) le ipotesi di esenzione dall'applicazione delle presenti disposizioni ".Art. 122 del d. lgs. n. 58 del 1998: "1. I patti, in qualunque forma stipulati, aventi per oggetto l'esercizio del diritto di voto nelle società con azioni quotate e nelle società che le controllano entro cinque giorni dalla stipulazione sono: a) comunicati alla Consob; b) pubblicati per estratto sulla stampa quotidiana; c) depositati presso il registro delle imprese del luogo ove la società ha la sua sede legale; d) comunicati alle società con azioni quotate .2. La CONSOB stabilisce con regolamento le modalità e i contenuti della comunicazione, dell'estratto e della pubblicazione".

sistema finanziario; d) la competitività del sistema finanziario; e) l'osservanza delle disposizioni in materia finanziaria.

Certamente si tratta di clausole di ampia portata, ma senz'altro sufficienti ad assicurare che la discrezionalità della Consob non sia sostanzialmente indeterminata, anche nella prospettiva di un eventuale verifica giurisdizionale[134], come del resto è puntualmente avvenuto. La giurisprudenza ha, infatti, elaborato parametri di valutazione sufficienti per sottoporre al sindacato i regolamenti della Consob in diversi casi specifici[135].

---

[134] P. LAZZARA, *La potestà regolamentare della commissione nazionale per le società e la borsa in materia d'intermediazione finanziaria* in *Foro amm.* 2000, 02, 703 osserva che "A tale stregua, la riserva di legge ed il principio di legittimità verrebbero soddisfatti non soltanto dalla *interpositio legislatoris*, ma anche attraverso i principi e le regole che rendono in concreto l'atto sindacabile. Da questo punto di vista, la riserva di legge non imporrebbe sempre la previsione *ex ante* di norme legislative, ma anche semplicemente la possibilità giuridica di un intervento *ex post* in termini di sindacato di legittimità".

GENTILI, *Commento all'art. 5*, cit., 44., rileva come dal sistema legislativo sembra possibile ricavare "una trama di principi formali e sostanziali che, sebbene assai generali, possano operare ... come criteri ispiratori e come limiti legali all'esercizio dell'attività normativa … delle autorità"

[135] Anche la giurisprudenza ordinaria di primo grado ha mostrato grande sensibilità rispetto a questi temi, spingendosi in valutazioni specifiche sulla compatibilità alla costituzione dei Regolamenti della Consob e, segnatamente, alla giustiziabiltà piena anche di regolamenti adottati sul meccanismo della "normazione per principi" introdotto dal t.u.f., Tribunale di Roma, sez. III civile, 24 maggio 2007 – Pres. Monsurrò, Est. Antonella Dell'Orfano, "I regolamenti delle Autorità indipendenti, in particolare quelli della Consob, pur quando caratterizzati da un contenuto che sembra avvicinarli alle leggi ordinarie, non possono assurgere al rango primario. La legge ordinaria può invece validamente istituire fonti non primarie non previste in Costituzione ed abilitare queste fonti a "normare" anche in settori coperti da riserva relativa, purché una legge o un atto avente forza di legge stabilisca la disciplina di principio. - Il terzo comma dell'art. 41 Cost, secondo cui "la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali", prevede una riserva di legge relativa, che concerne dunque anche la materia della cd. financial economy. Ciò vale in primo luogo ad affermare la piena legittimità, dal punto di vista costituzionale, dell'esercizio di discrezionalità negli atti normativi della Consob e dell'attribuzione a quest'ultima di poteri regolamentari fin dal decreto legge 95/1974 e oggi con

3.6 La loro ricostruzione in forza della teoria dei poteri impliciti. La legalità è anche giudiziale e procedimentale.

Come si è visto nel precedente capitolo, nel nostro ordinamento la teoria dei poteri impliciti ha avuto qualche riconoscimento dottrinale e giurisprudenziale, ma rimane sostanzialmente priva di un effettiva affermazione nel suo valore pieno. Si tratta quindi di una situazione di compromesso, al quale in questa sede si vuole offrire una chiave di lettura coerente con quanto sin qui osservato.

In modo speculare a quanto rilevato in ordine alla vigenza del principio di legalità, anche rispetto alla teoria dei poteri impliciti sembra porsi un problema di equilibrio tra le due opposte esigenze di flessibilità della regolazione, per adeguarla alle moderne necessità dei settori da disciplinare, e di rigidità, diretta a garantire che le fonti del diritto mantengano un rapporto di subordinazione con la legge, espressione, a livello di fonti del diritto, della sovranità popolare.

Questo equilibrio può essere rinvenuto, appunto in coerenza con quanto precedentemente sostenuto, nella distinzione tra fondamento e limiti del potere regolamentare. Mentre infatti sul fondamento dello stesso non può essere

---

il Testo Unico della Finanza. Ove si affermasse che il settore della tutela del risparmio fosse coperto da riserva di legge assoluta, si avrebbe infatti come ovvia conseguenza un mercato finanziario iporegolato o comunque regolato in modo da non rispondere con la dovuta continuità e prontezza alle esigenze della moderna regolazione economica. - Salvo il problema dei regolamenti sostanzialmente indipendenti, non si pongono problemi di legittimità per i regolamenti che, come quelli emanati da Consob in base al TUF, in quanto delegati, sono integrativi del disposto di fonte primaria essendo il meccanismo della "normazione per principi" introdotto dal TUF conforme alla riserva relativa di legge. E' manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 del d. lgs. 58/1998 per contrasto con gli artt. 1, 70, 41 comma 3 e 87 Cost. perché la norma attribuirebbe alla Consob poteri normativi ampi e permanenti, senza delimitare in maniera precisa l'oggetto della attribuzione e senza stabilire principi vincolanti a cui attenersi."

ammissibile un atteggiamento che non sia rigoroso, pena l'incertezza sulla stessa esistenza del potere esercitato, sui limiti che questo incontra può essere immaginabile una maggior elasticità supplita da una serie di elementi, che presto verranno analizzati, ma ancor prima dalla certezza che un successivo controllo giurisprudenziale abbia la possibilità di verificare il superamento di quei limiti all'interno di un complesso raffronto con i vari principi interessati. Vi è chi ha rilevato "non vi è dubbio che tra le istanze di garanzia e democraticità sottese alla regola della legalità e quelle di efficienza dell'azione amministrativa sancite dall'art. 97 della Costituzione debba essere ricercato un equilibrio. Ma tale equilibrio sembra richiedere che gli interventi autoritativi delle autorità di regolazione si fondino almeno su un sicuro e puntuale conferimento di *competenza* in ordine alla disciplina di un determinato oggetto … , fermo restando che tale *competenza* regolatoria può poi tradursi anche in prescrizioni puntuali non specificamente previste dalla legge"[136].

In altre parole, l'individuazione di un obbiettivo da parte della legge non potrà essere, da sola, giustificazione dell'esercizio del potere regolamentare da parte dell'autorità che l'obbiettivo è chiamata a realizzare; invece, potrà essere clausola idonea a valutare se la regolamentazione adottata nel perseguimento di quell'obbiettivo non sia illegittima.

La differenza non è secondaria. Il secondo tipo di verifica, infatti, non è di sola idoneità delle norme regolamentari adottate rispetto all'obbiettivo imposto dalla legge, ma sarà un'indagine da svolgersi in concreto avendo come parametri la legge attributiva del potere e tutte le altre fonti che tutelino beni, interessi e valori

---

[136] 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*, relazione al Convegno Cesifin "*Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*" Firenze, Palazzo Incontri venerdì 5 maggio 2006, in *Quaderno Cesifin* n° 33 *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza,* a cura di Eugenio Bruti Liberati-Filippo Donati

con i quali si possa entrare in contrasto, e rispetto ai quali potranno essere valutati gli interessi sottesi all'obbiettivo perseguito[137].

Comprensibilmente, quindi, la dottrina e la giurisprudenza hanno evidenziato, come elementi utili a far salva la legittimità dei regolamenti adottati su di una minima base legale possano essere la motivazione degli stessi e l'ampia partecipazione ai processi che ne determinano l'adozione. Si tratta di forme procedimentali utili a recuperare una legittimazione, appunto, sull'estensione dei poteri attribuiti ma non sul loro fondamento.

Infatti, essendo l'esercizio dei poteri regolatori posto al di fuori della tradizionale tripartizione di poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost., esso si giustifica anche *"in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento di partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative*". Sicché i caratteri propri di dette autorità, e cioè a dire la loro indipendenza ed imparzialità, trova proprio un "*fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale"*[138] .

---

[137] G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti,* in *Dir. amm.* 2007, 04, 703 *"*Quando si va a trasferire la tematica con riguardo ai poteri delle Autorità indipendenti, abbiamo anche qui una attribuzione di potere e un problema di delimitazione dei confini dello stesso. Solo che l'attribuzione di potere, a differenza di quello che avviene nelle Costituzioni a favore del potere legislativo, deve rispondere a determinati criteri atti a garantire la raffrontabilità. Ed infatti, se si vanno a vedere le varie questioni che hanno interessato la Autorità per l'energia, si potrà notare che non era tanto un problema di potere implicito e dunque di strumentalità e/o connessione, quanto di eccessiva vaghezza dell'attribuzione del potere, anche se le due tematiche sovente vanno a compenetrarsi e confondersi, perché tanto più il potere è attribuito in maniera generica, tanto maggiori sono le opzioni interpretative volte ad individuare campi di applicazione connessi e impliciti. Sicché il problema sta non tanto nel verificare la connessione e la «implicanza» dell'esercizio in concreto del potere in astratto attribuito, quanto la coerenza dell'attribuzione stessa di tale potere con il principio di legalità.*"*

[138] Cons. Stato Sez. VI Sent., 27.12.2006, n. 7972 in www.giustizia-amministrativa.it

In tal ragionamento si individua, quale elemento compensativo della "*caduta del valore della legalità sostanziale*"[139] un rafforzamento della legalità procedurale, attraverso la previsione di un consistente apparato di garanzie partecipative.

Siffatta ricostruzione teorica è stata di recente confermata dal Consiglio di Stato stesso, in sede consultiva, in occasione della formulazione del parere sul Codice degli Appalti[140] laddove si è sottolineato che, sebbene l'attribuzione di poteri normativi in capo alle Autorità Indipendenti debba ormai ritenersi perfettamente compatibile con il nostro sistema ordinamentale, pur tuttavia "*è necessario che le stesse prevedano idonee garanzie partecipative e si dotino di sistemi di consultazione preventiva, volti a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti vigilati*".

---

[139] Tale caduta del valore della legalità sostanziale, precisa il Consiglio di Stato, si verifica per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi ed amministrativi non compiutamente definiti

[140] Cons. di Stato, Sez. cons. atti normativi, Ad. 6 febbraio 2006, n. 355, avente ad oggetto lo Schema di decreto recante il "Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'art. 25 della legge 18 aprile 2005, n. 82", in *www.giustizia-amministrativa.it*. Si veda, in particolare, l'art. 8: "l'esercizio di poteri normativi pone problematiche particolari quando tali poteri siano destinati ad incidere sulle posizioni dei privati, [...], per la disciplina dell'esercizio di poteri di vigilanza e sanzionatori. In tali ipotesi, l'esercizio di poteri regolatori da parte di autorità poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 della Costituzione è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. Il rischio di una caduta di valore della legalità sostanziale deve essere compensato, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio. A tal fine, l'Autorità da un lato dovrà prevedere idonee garanzie partecipative in sede di approvazione dei propri regolamenti e dell'altro dovrà dotarsi di sistemi di consultazione preventiva, volta a raccogliere il contributo informativo e valutativo dei soggetti vigilati (il rapporto tra consultazione e qualità della regolazione è sottolineato anche, a livello comunitario, dal Protocollo n. 7 al Trattato di Amsterdam, in quanto una regolamentazione negoziata e concordata ha maggiori probabilità di essere accettata e quindi applicata".

Uno degli aspetti ormai incontroversi, nell'ambito della disciplina delle Autorità Indipendenti, riguarda l'applicabilità della legge generale sul procedimento amministrativo all'attività da esse posta in essere.

Nonostante la natura ibrida che ne caratterizza *status* e disciplina, collocandosi le autorità sul crinale tra la disciplina privatistica e quella pubblicistica, vi è tuttavia un generale consenso, in dottrina ed in giurisprudenza, sull'applicabilità ad esse dei principi che regolano l'azione amministrativa, e quindi, innanzitutto, dei principi di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa; di poi, dei principi contenuti nella L. 7 agosto 1990, n. 241, come modificata dalla legge n. 15 del 2005.

Il fondamento di tale applicabilità è stato individuato dalla dottrina: "*punto obbligato di partenza [...] è senz'altro la verifica della riconoscibilità in capo agli organismi in esame dei caratteri propri delle pubbliche amministrazioni e della qualificabilità, pertanto, degli stessi, in termini di soggetti riconducibili nell'alveo dell'amministrazione; solo una soluzione almeno in parte affermativa, data a tale quesito preliminare, consentirebbe infatti di affermare l'operatività in linea di principio della legge generale sul procedimento amministrativo e della disciplina che, intervenendo a scalfire la tradizionale impermeabilità informativa delle maglie dell'azione amministrativa, ha dato foggia ad un sistema nel quale la pubblicità costituisce la regola, la segretezza, invece, l'eccezione, relegata al ruolo di limite modale del riconosciuto diritto di accesso*"[141].

In base a quanto sinora detto, pare indubbio che, in linea generale, la legge n. 241 del 1990 vada applicata alle autorità amministrative indipendenti almeno nei suoi principi generali, finalizzati alla protezione del cittadino, attraverso i principi della parità delle armi, e quindi attraverso la garanzia della partecipazione e dell'accesso agli atti amministrativi.

---

[141] Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 2003, 811.

3.6.1 segue art. 23 l. 262 del 2005.

Ben più vincolante, rispetto alla sola applicazione dei principi della legge n. 241 del 1990 è, nel disciplinare obbligatorietà della motivazione e del procedimento di consultazione degli interessati, la disciplina contenuta nell'art. 23 della legge n. 262 del 2005, riguardante la Bana d'Italia, la Consob, l'Isvap e la Covip, ma che per la sua natura di principio generale, può trovare applicazione anche agli atti delle altre Autorità Indipendenti.

La norma[142] prevede un rilevante e circostanziato dovere di motivazione degli atti regolamentari *"con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono"* accompagnata poi da una relazione che ne illustri le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi dei soggetti interessati.

---

[142] Art. 23 della legge n. 262 del 2005: "1. I provvedimenti della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP aventi natura regolamentare o di contenuto generale, esclusi quelli attinenti all'organizzazione interna, devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono. 2. Gli atti di cui al comma 1 sono accompagnati da una relazione che ne illustra le conseguenze sulla regolamentazione, sull'attività delle imprese e degli operatori e sugli interessi degli investitori e dei risparmiatori. Nella definizione del contenuto degli atti di regolazione generale, le Autorità di cui al comma 1 tengono conto in ogni caso del principio di proporzionalità, inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari. A questo fine, esse consultano gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori. 3. Le Autorità di cui al comma 1 sottopongono a revisione periodica, almeno ogni tre anni, il contenuto degli atti di regolazione da esse adottati, per adeguarli all'evoluzione delle condizioni del mercato e degli interessi degli investitori e dei risparmiatori. 4. Le Autorità di cui al comma 1 disciplinano con propri regolamenti l'applicazione dei princìpi di cui al presente articolo, indicando altresì i casi di necessità e di urgenza o le ragioni di riservatezza per cui è ammesso derogarvi."

La norma, che può appunto essere ritenuta di portata generale, si contrappone all'art. 13 della legge n. 241 del 2005 che prevede che l'obbligo di motivazione e le altre garanzie procedimentali "non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione." Con questa previsione, quindi, il legislatore ha voluto affermare, in conformità all'indirizzo giurisprudenziale che su questo piano si era già ampiamente sviluppato, la rilevanza della motivazione per assicurare la trasparenza e la giustiziabilità di questi atti.

Vi è di più. La norma prevede esplicitamente che l'adozione degli atti regolamentari delle Autorità sia esercitata nel rispetto del principio di proporzionalità *inteso come criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari.* La previsione apre interessanti e problematici scenari, soprattutto nella prospettiva, centrale nella ricostruzione del potere regolamentare delle Autorità amministrative proposta, del controllo giurisdizionale. La norma, infatti, indica uno scopo generale, che a questo punto diviene comune all'intero ambito della regolamentazione delle Autorità: quello di raggiungere il fine prefisso alla regolamentazione, il suo obbiettivo, riducendo al minimo il sacrificio degli altri interessi coinvolti.

Già ad una prima lettura emerge il contrasto con quanto spesso affermato sul carattere di neutralità delle Autorità Indipendenti, che si differenzierebbe dalla imparzialità tipica dell'agire amministrativo proprio perché libera dalla cura di un qualsiasi interesse, si pure quello pubblico. Si tratta , però, di un contrasto solo apparente. Neutralità, infatti, non può significare assenza di ogni obbiettivo prefissato nella regolamentazione del settore affidato, anzi, scopo dell'istituzione stessa delle Autorità è spesso la predeterminazione di un macro – obbiettivo nella cura di un settore sensibile.

Neutralità e perseguimento di un fine, allora, possono coesistere, ammettendo che il fine non coincida con alcun interesse specifico, neanche generale come quello pubblico, ma sia un obbiettivo al quale l'intera attività dell'Autorità deve, nel complesso, tendere. Segnare tale rapporto attraverso l'esplicita menzione del principio di proporzionalità, però, permette che l'idoneità dei singoli atti regolamentari adottati nel perseguimento del fine sia valutabile in sede giurisdizionale. Questo dato non è neutro rispetto al tema della legalità degli atti regolamentari, ma anzi conferma l'idea che la legalità sia recuperabile, in gran parte, proprio nella fase del controllo giurisdizionale. Attraverso l'interpretazione giurisprudenziale, infatti, prendono vita nell'ordinamento interno principi generali di diritto che guidano, come visto, nell'interpretazione del diritto "*legale*"[143].

Si tratta, in generale ed ancor più nel settore che si sta studiando, di principi di origine comunitaria, che proprio grazie all'interpretazione giurisprudenziale entrano nei singoli ordinamenti nazionali con una forza altrimenti sconosciuta, e guidano l'interpretazione della legge nazionale con ottica "finalistica", colmando spesso la legittimità delle norme con una legalità comunitaria. Come rilevato da attente dottrina "*è certo che questa tecnica dell'interpretazione-modificazione del diritto «legale» con principi di carattere generale accertati ed applicati dalla giurisprudenza, è stata*

[143] E., Buoso, Alcuni recenti sviluppi del principio di proporzionalità nella giurisprudenza amministrativa in materia di patrimonio culturale**,** in www.giustamm.it, pubblicato il 20.1.2011, 4: "Com'è noto il sindacato di proporzionalità è potenzialmente suscettibile di comprimere pesantemente la discrezionalità amministrativa; il principio potrebbe con-segnare al giudice le chiavi dell'azione amministrativa, rendendo l'organo giudiziario un vero e proprio "protagonista del gioco" anziché un custode del rispetto delle regole da parte della pubblica Amministrazione … Come sottolinea la dottrina che criticamente si è occupata di proporzionalità, però, il punto non è opporsi alla sua applicazione ma cercare di precisarne le caratteristiche, per ricondurlo a contenuti e criteri determinati. È infatti necessario evitare che esso divenga una sorta di "spada" nelle mani del giudice che si voglia aprire un varco verso la decisione del giudizio che gli appaia "giusta", con il rischio anche di trasformare l'organo cui spetta il sindacato di legittimità sull'azione amministrativa in un organo con funzione di amministrazione attiva".

utilizzata dal diritto comunitario per tentare di costruire un unico ordinamento federale dal basso, per ovviare alle resistenze degli Stati a creare un vero ordinamento federale dall'alto. Consapevolmente, o inconsapevolmente, si persegue l'intento di creare un'unica legalità in tutti gli ordinamenti dei vari Stati membri affinché, applicando diritti identici, i cittadini europei si scoprano progressivamente membri di un unico ordinamento federale, così come accadeva ai sudditi dell'Impero a dispetto dei loro principi attraverso l'applicazione del diritto imperiale"[144].

L'affermazione della vigenza del principio di proporzionalità rispetto agli atti regolamentari delle Autorità Indipendenti, quindi, conferisce ulteriore interesse alla verifica giurisprudenziale del rispetto del principio di legalità.

Infine, la norma per essere resa realmente operativa deve passare attraverso un'attenta valutazione di ogni effetto connesso alla regolamentazione adottata. Seppur manca ogni riferimento specifico, procedere attraverso l'analisi di impatto della regolamentazione appare la via d'elezione per rendere effettivi gli obblighi di consultazione e motivazione previsti, come del resto sta avvenendo in forza delle deliberazioni assunto dalle singole Autorità in ordine alle modalità attraverso le quali adeguare il proprio *modus operandi* elle prescrizione dell'art. 23 citato[145].

---

[144] F. Merusi, *L'integrazione fra la legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. Amm.* 2009, 01, 43

[145] Il 31 marzo 2010 si è chiuso il procedimento di consultazione sul documento emanato dalla Consob relativamente allo schema che disegna ambito d'applicazione e criteri di elaborazione degli atti di regolazione generale, in attuazione della previsione dell'art. 23 della legge sul risparmio (n. 262 del 2005). In linea con l'art. 23 citato, il criterio guida è costituito dal principio di proporzionalità, elemento cardine dell'azione amministrativa in genere e, più in particolare, criterio di esercizio del potere adeguato al raggiungimento del fine, con il minore sacrificio degli interessi dei destinatari. Lo schema va, dunque, osservato proprio in linea di continuità con le indicazioni di principio contenute nella normativa primaria sopra citata. L'ambito di applicazione della disciplina (art. 1) è esteso ai provvedimenti di natura regolamentare o di contenuto generale, ad esclusione di quelli attinenti l'organizzazione interna. Nello schema sono anche state tralasciate le raccomandazioni, a meno che non abbiano contenuto generale; e gli atti interpretativi ed orientativi. Si stabilisce, inoltre, l'obbligo di motivazione, da parte dell'autorità, delle

scelte di regolazione e di vigilanza adottate, con ciò presupponendo una trasparenza in ordine ai risultati che si hanno di mira. Così come andrà allegata apposita relazione illustrativa dell'impatto regolamentare adottato sull'impianto normativo generale (più brevemente, AIR), sull'attività delle imprese e degli operatori ed, infine, sugli interessi generali degli investitori e dei risparmiatori. In altri termini, attraverso l'AIR, vera e propria emanazione del principio di proporzionalità, vengono valutati gli effetti, in termini di costi e benefici, degli atti regolamentari al fine di accertare, in prima istanza, se i benefici sono superiori ai costi e, in caso di più opzioni possibili, per individuare l'opzione che presenta il miglior rapporto costi/benefici (ivi compresa la così detta "opzione zero" ovvero quella del "non intervento"). L'art. 2 prevede che la predisposizione degli atti di regolazione generale sia annualmente pianificata. Al riguardo il comma 1 prevede che la Consob predisponga entro il 31 dicembre di ogni anno il piano delle attività che intende svolgere descrivendone, sommariamente, l'oggetto e fissando un ordine di priorità. La programmazione, pur non essendo richiesta dalla normativa primaria, risponde principalmente ad un'esigenza di trasparenza dell'attività amministrativa e all'obiettivo di ricevere dai soggetti interessati contributi e sollecitazioni utili per la definizione delle materie da esaminare nel corso dell'anno. La scelta delle attività e l'ordine di priorità previste nel piano tiene conto degli obblighi derivanti dalle disposizioni comunitarie e nazionali, degli impegni assunti con le altre autorità di vigilanza in sede di cooperazione internazionale, degli eventuali fallimenti di mercato o della regolamentazione, delle eventuali indicazioni e proposte pervenute dai soggetti vigilati, dagli investitori e dai risparmiatori nonché dalle associazioni rappresentative di tali soggetti e, infine, degli impegni derivanti dall'attività di revisione periodica a cui devono essere sottoposti gli atti di regolazione generale (comma 2). Si prevede, poi, l'obbligo di consultare pubblicamente (tramite Internet) gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori del servizi finanziari e dei consumatori individuando talune categorie di attori che debbono ricevere notizia della pubblicazione stessa su impulso dell'autorità. Ulteriore obbligo previsto a carico dell'autorità emanante è quello di revisione periodica dei provvedimenti regolatori in oggetto, per cui sarà opportuno osservare se i provvedimenti abbiano raggiunto i risultati attesi sulla scorta delle motivazioni e delle analisi di impatto precedentemente fornite, in base alla nuova disciplina.

Il 24 marzo scorso è stato adottato il regolamento procedurale per l'approvazione degli atti normativi e a contenuto generale che la Banca d'Italia emana nell'esercizio della funzione di vigilanza bancaria (in G.U. n. 102 del 4 maggio 2010). Il provvedimento - che trova il proprio fondamento nell'art. 23, l. n. 262/2005 (cd. "legge sul risparmio") – valorizza l'analisi di impatto regolamentare come strumento utile a valutare ex ante le conseguenze delle possibili opzioni regolatorie e si ispira al consolidato principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, adattandolo all'esercizio della funzione di vigilanza sui mercati finanziari. La nuova normativa regolamenta inoltre: i) la fase di consultazione dei soggetti interessati dagli effetti del provvedimento; ii) la possibilità per questi ultimi di presentare le proprie osservazioni in corso di procedimento; iii) l'obbligo di motivazione delle scelte operate da parte dell'autorità procedente. Nel

L'AIR è stata introdotta per la prima volta nel nostro ordinamento dall'art. 5 della legge n. 50 del 1999, ma uno specifico obbligo per le Autorità Indipendenti è rinvenibile solo a partire dal 2003, in forza dell'art. 12[146] della legge n. 229 del 29.7.2003 "*Interventi in materia della qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione. Legge di semplificazione*".

La forza dell'AIR applicata alla regolamentazione delle Autorità Indipendenti consiste proprio nella realizzazione degli obbiettivi fissati dall'art. 23 dalla c.d. legge sul risparmio, cioè di rendere effettivo il collegamento tra partecipazione degli interessati e motivazione dei provvedimenti adottati. Comporta, in altre parole, l'adozione del più elevato grado di partecipazione degli interessati ai processi decisionali, in modo tale da rendere effettiva la legalità

---

complesso, si tratta di una disciplina coerente con i principi della better regulation comunitaria ed internazionale, che presenta alcuni profili di convergenza con quelle previste dai corrispondenti regolamenti attuativi dell'art. 23 l. n. 262/2005 in via di approvazione da parte di Consob, Covip e Isvap. Si veda il commento di S. Cornella, *La nuova disciplina della regolazione in materia di vigilanza bancaria*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 10/2010, 1072.

[146] L'art. 12[146] della legge n. 229 del 29.7.2003 *Analisi di impatto delle funzioni di vigilanza e regolazione delle Autorità Indipendenti.* 1. Le Autorità Indipendenti, cui la normativa attribuisce funzioni di controllo, di vigilanza o regolatorie, si dotano, nei modi previsti dai rispettivi ordinamenti, di forme o metodi di analisi dell'impatto della regolamentazione per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione, e, comunque, di regolazione. 2. Le autorità di cui al comma 1 trasmettono al Parlamento le relazioni di analisi di impatto della regolamentazione da loro realizzate. 3. I soggetti di cui al comma 1 provvedono alla verifica degli effetti derivanti dall'applicazione di contratti predisposti mediante moduli o formulari ovvero di clausole e condizioni contrattuali normativamente previste o a contenuto generale. 4. Sono, comunque, escluse dall'applicazione del presente articolo le segnalazioni e le altre attività consultive, anche se concernenti gli atti di cui al comma 1, nonché i procedimenti previsti dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni.

procedimentale tanto invocata a legittimazione dei poteri regolamentari delle Autorità Indipendenti[147].

[147] F. Cintioli, *Potere regolamentare e sindacato giurisprudenziale, disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, cit., 145, osserva che "l'AIR nei confronti delle Autorità, non funge solo da criterio di ausiliario di conoscenza per la *better regulation*, non è unicamente uno strumento "tecnico formale", bensì eleva la qualità del procedimento ed assume così un valore sostanziale, rafforzando la legittimazione dell'autorità e la sua posizione di "neutralità possibile". In breve, l'AIR è un adempimento che acquista per le autorità un plusvalore rispetto a quanto accada per gli altri atti normativi, perché aggiunge sostanza al procedimento e concorre ad assicurare quelle funzioni di garanzia che la consultazione assolve per i poteri di regolazione".

Bibliografia

ACCATTATIS V., *Il principio di legalità in Francia*, Il ponte, 2-2006

ACCATTATIS V.*, Il principio di legalità in GB e USA*, Il ponte, 3-2006

ADINOLFI A.*, Il principio di legalità nel diritto comunitario,* in *diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008 fasc.1

AMATO G., *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia,* in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Autorità* indipendenti e *principi costituzionali,* Atti del Convegno di Sorrento, 30 maggio 1997, Cedam, Padova, 1993, 13 ss.

BARAGGIA A., *Legalità sostanziale e (attuale) sostanza della legalità,* Le Regioni, 3 aprile 2009

BARBERA S., *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti?* in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Giuffrè, Milano 1997, 85 ss.

BARONCELLI S., *La costituzionalizzazione delle Autorità amministrative indipendenti: una scelta di stabilità,* in P. CARETTI*, La riforma della Costituzione nel progetto della Bicamerale,* Cedam, Padova 1998, 265 ss.

BASSI N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, 2001

BILANCIA F., *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo,* Cedam, Padova 2000

BILANCIA P., *Attività normativa delle Autorità indipendenti tra Europa, Stato e Regioni,* in *Quad. cost. 2003, 149 ss.*

BILANCIA P., *Attività normativa delle Autorità indipendenti e sistema delle fonti*, in S.

BILANCIA P., *Attività normativa delle Autorità indipendenti nazionali e processo di integrazione europea,* in F. GABRIELE, G. BUCCI, C.P. GUARINI (cur.), *Il mercato: le imprese, le istituzioni, i consumatori, Cacucci, Bari 2002, 17 ss.*

BIN MARINO, *Per una limitazione, una legittimazione costituzionale ed uno statuto delle Autorità indipendenti: qualche interrogativo,* in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti,* Giuffrè, Milano 1997, 99 ss.

BOGNETTI G., *Dalla "rule of law" allo "Stato amministrativo": il problema della giusdtizia nell'amministrazione in America*, II, in *Jus* 1987, 11 ss.

BRUTI LIBERATI E. E DONATI F., *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Giappichelli, 2007

CABIDDU A. CALDIROLA D., *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare* 2000, 13 ss.

CAIANIELLO V., *Le autorità indipendenti tra potere politico e Stato civile*, in *Rass. giur. en. el.* 1997, 1 ss.

CARANTA R., *Il giudice delle decisioni delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI, *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna 1996, 165 ss.

CARDI E., *La CONSOB come istituzione comunitaria*, in F. BASSI, F. MERUSI, *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, Milano 1993, 99 ss.

CARETTI P., *Introduzione*, in P. CARETTI, *osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti,* Giappichelli, Torino 2005, XI ss.

CARLASSARRE L., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità,* Padova, Cedam, 1966, 121 ss.

CARLASSARRE L., *Regolamento (dir. cost.)* in *Enc. dir.,* Giuffrè, Milano 1988, XXXIX. 605 ss.

CARLASSARRE L., VERONESI P., R*egolamento (dir. cost.)* in *Enc. dir.,* Giuffrè, Milano 2001, V (aggiornamento), 951 ss.

CARETTI P., (a cura di) *Osservatorio sulle fonti 2003 – 2004,* Giappichelli, 2005

CASSESE S., *Voce Reg. delle autorità indipendenti* in *Dizionario di dir. Pubb.*, Giuffrè, 2006

CASSESE S.*, Le autorità indipendenti: origini storiche e problemi odierni*, in CASSESE S. FRANCHINI C., *I garanti delle regole*, Il Mulino, Bologna 1996

CASSESE S., FRANCHINI C., *Le autorità indipendenti nel sistema istituzionale italiano; i loro compiti normativi, amministrativi, giurisdizionali. Un tema centrale per la democrazia del nostro paese*, Il Mulino, Bologna 1996

CASSETTI L., *Il governo e la regolazione del mercato alla ricerca di nuovi equilibri 11 luglio 2007*, in *www.federalismi.it*, 2007

CASTIGNONE S., *Legalità, legittimità, legittimazione*, in CASTIGNONE S., GUASTINI R., TARELLO G., *Introduzione teorica allo studio del diritto. Lezioni*, Ecig. Genova 1988, 147 ss.

CERASOLI U., *Le autorità indipendenti nel processo decisionale europeo. Un nuovo modello di integrazione amministrativa? Il "concerto regolamentare europeo" nelle telecomunicazioni*, 2005, paper.

CERULLI IRELLI V.*, Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione* in *diritto pubblico* 2 – 2007

CICCONETTI S.M., *Le fonti del diritto italiano*, Giappichelli, Torino 2001

CIMELLARO L., *Il principio di legalità in trasformazione* in *diritto e società*, 2006, fasc.1

CINTOLI F., *I regolamenti delle autorità indipendenti nel sistema delle fonti tra esigenze della regolazione e prospettive della giurisdizione* in *http://www.giustizia-amministrativa.it*

CINTOLI F., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione",* Giuffrè, Milano 2005

CINTOLI F., *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale* in *Quaderni Cesifin*, sec. ediz. 2007

CIOLLI I., *L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici: il primo passo della Corte verso l'accettazione dei poteri neutri?,* in *Giur. cost*. 1996, 3806 ss.

CLARICH M.*, I procedimenti di regolazione, in* AA.VV.*, Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino 1999

CLARICH M.*, Le Autorità indipendenti nello "Spazio regolatorio": l'ascesa e il declino del modello,* in *Dir, pubbl. 2004, 1034 ss.*

G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Le autorità indipendenti. Una ricognizione fra problemi e prospettive di sistematizzazione*, Giappichelli, Torino 2002

CRISAFULLI V , *Fonti del diritto* in *Enciclopedia del diritto* XVII

CRISAFULLI V.*, Lezioni di diritto costituzionale II 1 L'ordinamento costituzionale italiano (le fonti normative)*, Milano, 1993

D'AMICO M., *Legalità (dir. Cost.)* in *Dizionario di dir. Pubb. Vol IV*, Giuffrè, 2006

DE BENEDETTO M., *L'autorità garante della concorrenza e del mercato*, Il Mulino, 2000

DE MINICO G., *Cambia l'oggetto del potere regolamentare delle Autorità indipendenti a seguito della riforma del titolo V della parte II della Costituzione?, in http://www.forumcostituzionale.it*

DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima* in *Dir. pubbl.* 1 2008

DONATI F., BONICELLI V., *I regolamenti dell'autorità per le garanzia nelle comunicazioni*, in *CARETTI P., Osservatorio sulle fonti 2003-2004. I poteri normativi delle autorità indipendenti,* Giappichelli, Torino 2005, *119* ss.

DONATI F., Le autorità indioendenti tra diritto comunitario e diritto interno (versione parziale e provvisoria), in *ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, L'integrazione dei sistemi costituzionali europei e nazionali,* Catania 14-15 ottobre 2005, paper

FOÀ S., *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino 2002

FOIS S., *Legalità (principio di)* in *Enc. dir.* XXIII, Giuffrè, Mlano 1973

FOIS S., *La "riserva di legge" Lineamenti storici e problemi attuali*, Giuffrè, Mlano 1963

GENINATTI SATÈ, *I fatti critici del sistema delle fonti e la crisi del principio di legalità* in *Dir. pubbl.* 3 – 2005

GIAMPAOLINO L. E PONZONE L., *L'autorità di vigilanza sui contratti pubblici*, in *Commentario Torchia*,

GIORDANO R., *La teoria hamiltoniana dei poteri impliciti e l'azione federalista della Corte Suprema* / GIORDANO R. in *La nascita degli Stati Uniti d'America: rendiconti del convegno di studi tenuto a Roma dal 13 al 15 luglio 1956 a cura di Luciano Bolis*, 1957

GRASSO G., *Le autorità indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica,* Giuffrè, 2006

GROSSO E., *Autorità indipendente o autorità onnipotente? Il potere normativo di fatto del Garante per la protezione dei dati personali,* in LOSANO M.G., *La legge italiana sulla privacy. Un bilancio dei primi cinque anni*, Laterza, Roma-Bari 2001, 139 ss.

GUARINI C. P., *Contributo allo studio della "regolazione" indipendente del mercato*, Cacucci Editor, Bari 2005

GUASTINI R., *Legalità (principio di)* in *Diges. Delle Discipline Pubblicistiche vol. IX, IV ed.*, Utet

GUIPPINI T.F., Potestà regolamentare regionale, riserva di legge e principio di legalità dopo la riforma del titolo V della Costituzione: Repetita … consolidant, in *Le Regioni* 2004. 694 ss.

LABRIOLA S., *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano*, Giuffrè, Milano 1999, 147 ss.

LA SPINA A., CAVATORTO S., *Le autorità indipendenti,* Il Mulino, Bologna 2008

LIPARI N., *Le autorità amministrative indipendenti fra fonti del diritto e giustizia costituzionale in Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, Ed. scientifiche italiane

LONGOBARDI N., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico istituzionale*, Giappichelli 2009

*LUPO N., La potestà regolamentare regionale (art. 117, 6° comma), i*n *GROPPI T., OLIVETTI M., La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V,* Giappichelli, Torino 2001, 101 ss.

LUPO N., Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del Governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni, Il Mulino, Bologna 2003

LUPO N., La potestà regolamentare del Governo dopo il nuovo Titolo V della Costituzione: sui primi effetti di una disposizione controversa, in *CARETTI P., Osservatorio sulle fonti 2002,* Giappichelli, Torino 2003, 233 ss.

MALINCONICO C., Le funzioni amministrative delle autorità indipendenti, in *CASSESE S, FRANCHINI C., I garanti delle regole,* Il Mulino, Bologna 1996

MANETTI M., Poteri neutrali e Costituzione, Giuffrè, Milano 1994

MANETTI M., Autorità indipendenti (Dir. cost.) in *Enc. giur*. Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma 1997(aggiornamento), IV, 1 ss.

MANETTI M., Autorità indipendenti: tre significati per una costituzionalizzazione, in *Pol. Dir*. 1997, 657 ss.

MARCANTONIO, *Principio di legalità e concorrenza nel settore energetico: verso la convergenza regolatoria? TAR Lombardia 17 gennaio 2006 n. 246* in *Giornale di diritto amministrativo* 10 – 2006

Marzona N., Il potere normativo delle autorità indipendenti, in *CASSESE S, FRANCHINI C., I garanti delle regole,* Il Mulino, Bologna 1996, 87 ss.

MERUSI F., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia* in *Diritto pubbl.* 2 2007

MERUSI F., *Eguaglianza e legalità nelle autorità amministrative indipendenti, in Associazione italiana dei costituzionalisti*, Annuario 1998. *Principio di uguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Atti del XIII Convegno Annuale, Trieste, 17-18 dicembre 1998, Cedam, Padova 1999, 149 ss.

MERUSI F., PASSARO M.*, Autorità indipendenti*, in *Enc. dir.,* Giuffrè, Milano 2003, 175 ss.

MODUGNO F., *L'invalidità della legge*, II; *Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale,* Giuffrè, Milano 1970

MODUGNO F., *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del Diritto*, Giappichelli, Torino 2002

MORBIDELLI G., *Il principio di legalità e i c. d. poteri impliciti* in *Dir. Amm.*, 04, 703, 2007

MORBIDELLI G., *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti,* in A. PREDIERI, *Le Autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici,* Passigli Editori, Firenze 1997, vol. I, 145 ss.

NICODEMO S., *Gli atti normativi delle Autorità indipendenti,* Cedam, Padova 2002

NICODEMO S., *Le autorità indipendenti dopo la riforma del Titolo V,* in *Quad. cost.* 2002, 607 ss.

POLICE A., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004

POLICE A., *L'insostenibile leggerezza dell'essere neutrali, in Controllare l'indipendenza? Autorità garanti, giudici e mercato,* Ciclo di tavole rotonde in Diritto amministrativo, Università Commerciale L. Bocconi, Milano, 21 novembre 2005, Paper

POLITI F., *Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma 1995 (aggiornamento), XXVI, 1 ss.

POLITI F., *Regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. giur.*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, Roma 2001 (aggiornamento), XXVI, 1 ss.

PREDIERI A., *La posizione della CONSOB nell'apparato amministrativo*, in G.M. FLICK, *Consob. L'istituzione e la legge penale,* Giuffrè, Mmilano 1987, 193 ss.

PREDIERI A., *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli Editori, Firenze 1997

ROMANO TASSONE A., *Situazioni soggettive delle amministrazioni indipendenti, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Annuario 2002, Giuffrè, Milano 2003, 305 ss.

ROMANO TASSONE A., *Amministrazione "di risultato" e provvedimento amministrativo in Principio di legalità e amministrazione di risultati - Atti del Convegno Palermo 27 - 28 febb. 2003*, Giappichelli, Torino 2003

RORDORF R., *La Consob come autorità indipendente nella tutela del risparmio*, in *Foro it.* 2000, V, 145 ss.

RUGGERI A.*, La potestà regolamentare*, in *Foro it*. 2001, V, 2907 ss.

SALATOLI S. *Principio di legalità e potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti* in *Giurisprudenza costituzionale* 3 2003 p. 1785

SALVATORE P.*, I nuovi orizzonti del principio di legalità* in *Il consiglio di stato* 9- 2005

SANDULLI A.M, *Legge. Forza di legge. Valore di legge*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.* 1957, 269 ss.

SANTOLI S., *Principio di legalità e potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. cost.* 2003, 1785 ss.

SIRACUSANO P., *Ruolo creativo del giudice e principio di legalità nella responsabilità civile* in *diritto pubblico* 2-2003

SORRENTINO F., *Lezioni sul principio di legalità*, Giappichelli, Torino 2007

STAMMATI S.*, Stato di diritto e principio di legalità nell'evoluzione della forma di stato europea,* in *Rassegna parlamentare* 1-2005

VALASTRO A., *Autorità indipendenti e integrazione europea*, in *http://www.astridonline.it*

VALASTRO A., *Il livello comunitario*, relazione al Seminario di Studio *Le Autorità indipendenti e i diversi livelli di governo*, Varese, 10 marzo 1005, paper

ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1988