

gettiva che viene incisa dal potere amministrativo. Se si tratta di un diritto o di una libertà convenzionalmente tutelata (es. proprietà o libertà di circolazione) il potere pubblico deve essere sufficientemente prevedibile *ex ante* in base a norme di diritto sufficientemente chiare, precise e accessibili. Diversamente, se l'amministrazione incide sfavorevolmente su una posizione soggettiva di carattere economico (come nel caso dell'interdittiva antimafia generica) la portata precettiva del principio di legalità non può esprimersi nell'esigenza di predeterminare i presupposti di esercizio del potere, in quanto il *deficit* della "legalità-prevedibilità" può essere colmato attraverso il rafforzamento delle garanzie procedurali.

### 9. La (presunta) "crisi" del principio di legalità

Sebbene l'accezione più rigorosa del principio di legalità intesa nel suo significato sostanziale sia stata, anche di recente, oggetto di una rinnovata valorizzazione<sup>170</sup>, non si può non tenere conto dell'ormai permanente "crisi" cui versa tale principio, soprattutto in considerazione del mutamento più volte evocato dei rapporti tra legge e amministrazione.

L'interesse pubblico, sempre più spesso, non viene chiaramente identificato e cristallizzato nella norma attributiva del potere<sup>171</sup>: esso «(...) è sempre meno un interesse "dato", per diventare sempre più spesso uno scopo da perseguire»<sup>172</sup>. In questo contesto vengono riscoperte e rivalorizzate le categorie dell'indeterminatezza della norma giuridica, le quali meglio si adatterebbero ai nuovi e numerosi bisogni della vita quotidiana e alle loro complesse e articolate soluzioni. La maggiore elasticità della norma e il conseguente aumento della flessibilità dell'azione amministrativa potrebbe corrispondere, tuttavia, a una minore garanzia dei privati nei confronti del potere, comportando uno "spostamento" della tutela degli interessi individuali dalla norma attributiva del potere al procedimento amministrativo, diventato il centro

<sup>170</sup> V., in part., par. 6.

<sup>171</sup> Cfr. F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa. Profili critici e principi ricostruttivi*, Napoli, 2000, 112-113.

<sup>172</sup> P. SALVATORE, *La legalità nell'amministrazione*, cit., 99.

di acquisizione, ponderazione e composizione dei fatti, interessi e circostanze, rilevanti nella fattispecie reale<sup>173</sup>.

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

In primo luogo, al decisivo e innegabile accrescimento, soprattutto negli ultimi decenni, del ruolo del Governo nella promozione e attuazione dell'indirizzo politico, grazie anche alla disponibilità di strumenti giuridico-politici in grado di condizionare fortemente l'organo legislativo<sup>174</sup>.

In secondo luogo, si evidenzia la (presunta) incompatibilità fra il principio di legalità e la struttura dello Stato sociale, con la conseguenza che l'ambito di applicazione del principio in questione ne risulta ridimensionato: si sostiene, più precisamente, come già anticipato sopra, che la regola istituzionale della legalità amministrativa si attenuerebbe con riferimento all'attività di carattere non autoritativo, in assenza di profili garantisti diversi da quelli del mero raggiungimento del risultato al servizio del cittadino titolare di una posizione pretensiva<sup>175</sup>.

<sup>173</sup> S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, cit., 93, secondo il quale l'indeterminatezza della norma «costituisce una elementare esigenza di buona amministrazione, poiché consente all'autorità decidente una più ampia agilità di manovra nel plasmare di volta in volta le soluzioni più adeguate, e nel coordinare queste fra loro in modo da evitare scompensi e conflitti».

<sup>174</sup> Come rileva N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 179, le decisioni essenziali sulla vita pubblica sono, in effetti, assunte dall'Esecutivo, in quanto soggetto reputato maggiormente idoneo a soddisfare le istanze dei cittadini per la tempestività di intervento e per le competenze di ordine tecnico che contraddistinguono la sua azione. La produzione normativa statale è, d'altra parte, perlopiù riconducibile all'attività normativa del Governo (se si pensa, da una parte, all'utilizzo, spesso incontrollato, degli strumenti della decretazione d'urgenza e della delega legislativa e, dall'altra, al progressivo aumento delle materie devolute alla competenza regolamentare, nonché all'introduzione del meccanismo della delegificazione di cui alle l. 400/1988). È pur vero che in tutti questi casi sia, comunque, riservata all'organo legislativo «la parola decisiva (in via preventiva o successiva)»<sup>174</sup>. Sui poteri normativi del Governo e sulla possibilità o meno di conferire poteri amministrativi, v. sempre N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 196-205.

<sup>175</sup> M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 81-83. *Contra* M. MAZZAMUTO, *Amministrazione e privato*, cit., 54; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 171, il quale ritiene che, proprio i caratteri peculiari dello Stato sociale (ossia, il forte interventismo pubblico e le politiche di redistribuzione della ricchezza), se, da una parte, producono indubbiamente dei vantaggi per i destinatari dei provvedimenti ampliativi, dall'altra, comportano inevitabilmente la privazione più o meno ampia di spazi di libertà a danno di terzi.

Una significativa attenuazione della portata precettiva del principio di legalità può essere riscontrata con riguardo a quella particolare attività amministrativa non autoritativa che si esplica mediante i moduli e gli strumenti propri del diritto privato<sup>176</sup>. Ma proprio in ragione del fatto che l'attività amministrativa di diritto privato è pur sempre un'attività funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico alla cui cura l'ente pubblico è deputato<sup>177</sup>, parte della dottrina ha inteso, invero, estendere l'applicabilità del principio di legalità anche a siffatta

<sup>176</sup> M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 349: principio di legalità è riserva di legge «sono propri solo dell'attività di diritto amministrativo, in quanto questa è attività autoritativa, che usa potestà e diritti potestativi, e quindi può comportare unilateralmente incidenza in situazioni soggettive altrui, garantite o non garantite che esse siano. Nell'attività di diritto privato amministrazione e privati hanno pari posizione giuridica, e le amministrazioni non hanno diritti potestativi o potestà maggiori di quelle che potrebbe avere un privato nei confronti di un altro privato».

<sup>177</sup> Anche l'attività di diritto privato dell'amministrazione, come quella di diritto pubblico, è un'attività «amministrativa», posto che persegue comunque interessi pubblici: la tesi, come noto, risale ad A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1999, 271 ss. La dottrina maggioritaria è allineata sul punto: anche per le implicazioni di questa tesi sulla portata del principio di legalità, cfr., tra gli innumerevoli contributi, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 143 ss., il quale sottolinea come l'attività di diritto privato presenti un carattere omogeneo all'attività di diritto pubblico «e dunque anch'essa entra nella sfera di applicazione del principio di legalità». Peraltro, tale attività, per quanto svolta in forma privatistica, pone problemi di garanzia: «il problema che si affaccia non è dunque “se” il principio di legalità sia applicabile all'attività di diritto privato, sebbene “come”, sotto quale specifica forma»; G. PERICU, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in AA.VV. (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 2001, 1614: «almeno apparentemente può sembrare che l'utilizzazione degli strumenti del diritto privato consenta l'elusione dei meccanismi di controllo funzionale e di rispetto del principio di legalità (inteso in senso lato), che invece dovrebbero rappresentare un vincolo irrinunciabile all'azione amministrativa»; M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2011, 492-493: «Il principio di libertà che governa il diritto privato comporta la “autonomia” dei fini. L'ordinamento pone soltanto il limite dei fini che ritiene illeciti, lasciando il privato appunto libero di perseguire ogni altro fine che risponda alla sua volontà. Nel diritto amministrativo invece l'amministrazione è retta dalla “eteronomia” dei fini. Essa può perseguire soltanto quei fini che gli sono stati attribuiti dall'ordinamento giuridico, e questa delimitazione teleologica diviene condizione di legittimità delle relative azioni. Evidente è qui il significato garantistico della legalità pubblicistica: il cittadino potrà essere esposto all'azione pubblica esclusivamente nell'ambito di quei compiti che l'ordinamento ha riconosciuto come di interesse generale».

peculiare attività amministrativa, valorizzando non tanto l’aspetto garantistico del principio (c.d. “legalità-garanzia”), quanto la sua funzione di «indirizzo», la quale «impone all’amministrazione di attuare gli scopi ad essa assegnati dagli organi politico-rappresentativi, sia mediante legge che mediante atti amministrativi»<sup>178</sup>: ciò sul presupposto che il principio di legalità, oltre a essere mezzo di garanzia dei singoli, è altresì «strumento di governo e direzione dell’amministrazione da parte del “popolo”»<sup>179</sup>.

Solamente se inteso sotto questo profilo di ordine teleologico, ossia di predeterminazione – legislativa e a mezzo di atti di indirizzo – di un «vincolo di scopo»<sup>180</sup>, il principio di legalità (nella sua versione di “legalità-indirizzo”) sarebbe, infatti, in grado di esprimere la sua portata precettiva anche in riferimento all’attività amministrativa di diritto privato<sup>181</sup>. L’esistenza per l’amministrazione di un vincolo di legge di per-

<sup>178</sup> C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 158.

<sup>179</sup> ID., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 4, il quale, difatti, rinviene il fondamento del principio di legalità in quello della sovranità popolare (16). Secondo l’A., infatti, «(l)a legge vale non solo come disciplina dell’azione amministrativa ma anche come ragione di individuazione, in via interpretativa, di canoni rivolti all’effettivo perseguimento degli obiettivi prefissati» (146-147, nota n. 2).

<sup>180</sup> ID., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 150 ss., intende il vincolo di scopo non già come vincolo a perseguire un interesse pubblico ma come vincolo a perseguire scopi obiettivati in una regola non necessariamente di origine legislativa ma che può anche promanare da organi politico-rappresentativi, purché incardinati nella pubblica amministrazione: «il vincolo di scopo si presenta dunque con la struttura di un vincolo in bianco. Il suo contenuto potrà essere specificato sia dalla legge (...), sia (...) da atti amministrativi». Peraltro, «l’esistenza del vincolo di scopo è da ammettere anche quando manca (...) una indicazione di scopo». Infatti, «può accadere che la legge non contenga, nei confronti di una determinata attività e di un determinato atto, elementi sufficienti per individuare lo scopo e, d’altra parte, che gli organi politico-rappresentativi non abbiano esercitato il potere di indirizzo. In questi casi, ovviamente, non vi potrà essere una concreta operatività del vincolo di scopo. Ma ciò, appunto, non per la ragione che non esiste il vincolo, bensì, e più semplicemente, per la ragione che non risulta specificato il contenuto del vincolo».

<sup>181</sup> ID., *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 41 ss. e 146 ss.: «se si ricorda che il principio di legalità non costituisce solamente il titolo e il limite dei poteri autoritativi dell’amministrazione ma che è anche strumento di indirizzo dell’amministrazione e della sua attività, diviene necessario ammettere l’esistenza di un vincolo, a carico dell’amministrazione, di perseguire gli obiettivi prefissati (e solamente quelli). Il principio di legalità-indirizzo dunque si spe-

seguire gli scopi eteronomamente fissati diviene, così, l'elemento comune e imprescindibile dell'attività amministrativa *tout court*, indipendentemente dal regime di diritto pubblico o di diritto privato al quale essa è sottoposta.

Il principio di legalità determina non soltanto un vincolo di scopo nei confronti dell'attività di diritto privato, ma talvolta ne condiziona financo lo svolgimento<sup>182</sup>: si pensi, ad esempio, a quanto stabilito dal d.lgs. n. 175/2016 («Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica»), che limita alle amministrazioni l'utilizzo dello strumento societario, sia imponendo la necessaria inerenza dell'attività delle società a partecipazione pubblica alle finalità istituzionali dell'ente<sup>183</sup>, sia – nei limiti di questo vincolo finalistico – prevedendo la facoltà di costituire dette società e acquisire o mantenere partecipazioni in queste ultime esclusivamente per lo svolgimento di una serie di attività tipizzate<sup>184</sup>.

Altro noto (e ormai già risalente) fattore di crisi del principio di legalità è individuato nel passaggio da un ordinamento rigidamente verticale e monista a uno pluralista, aperto e eterogeneo, ove la disciplina legislativa dell'attività amministrativa diviene sempre più una fonte «recessiva». Invero, la funzione normativa è oggi affidata a molteplici soggetti e ruota non più (e non solo) sul criterio gerarchico, ma preva-

cifica e si esplica come vincolo di scopo». Avverte F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, cit., 11: «(...) con il diritto privato il legislatore ha addirittura pensato di fare a meno della legalità, cioè della predeterminazione di norme per l'esercizio del potere. Confondendo autonomia privata con sovranità si è arrivati ad affermare che, se la pubblica amministrazione usasse il diritto privato anziché il diritto amministrativo, cioè quel particolare diritto che è scaturito dall'applicazione del principio di legalità, il cittadino sarebbe non più subordinato alla pubblica amministrazione, ma addirittura compartecipe dell'esercizio del potere. Naturalmente si tratta di un sofisma per esercitare il potere senza regole, per consentire l'appropriazione privata di beni collettivi da parte delle amministrazioni elettive e per eludere la legalità comunitaria. Un modo per svincolarsi dai lacci della legalità che da sempre stanno stretti a qualunque organo di governo, sia centrale che locale».

<sup>182</sup> Il punto è colto da E. CASSETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 126-127.

<sup>183</sup> L'art. 4, comma 1, del t.u. cit. prevede il divieto di costituire, direttamente o indirettamente, società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, nonché di acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.

<sup>184</sup> Cfr. art. 4, comma 2, del t.u. cit.

lentemente su quello della competenza<sup>185</sup>. Una tra le più significative attenuazioni del principio di legalità viene, infatti, rinvenuta nel fenomeno, ormai acclarato, del trasferimento dei poteri decisionali dall'organo legislativo nazionale a centri di competenza normativa collocati su diversi livelli istituzionali, anch'essi, però, dotati dei caratteri di rappresentatività e di democraticità (*in primis*, Regioni e istituzioni dell'Unione europea)<sup>186</sup>. Già ci si è soffermati, invece, sulla rilevanza per il diritto amministrativo delle fonti secondarie, la cui pluralità e atipicità – grazie anche al fenomeno della c.d. delegificazione – ha reso ancora più marginale (di quanto già non lo fosse) il primato della legge formale<sup>187</sup>.

Problemi diversi si pongono, invece, quando manchino i suddetti

<sup>185</sup> F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, Agg., Milano, 1997, 561 ss.; P. SALVATORE, *La legalità nell'amministrazione*, cit., 98; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, cit., 2; M. MASSA, *Regolamenti amministrativi e processo*, cit., 68 ss. Si è appunto parlato di «atipicità» delle fonti del diritto (amministrativo) per sottolineare il superamento di una visione “statica” delle fonti e approdare a una visione “dinamica” e “plurale”, che consenta un'indagine più appropriata sul loro effettivo funzionamento, che differisce in misura rilevante «in ragione delle dinamiche proprie della branca del diritto interessata»: M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, cit., 685 ss.

<sup>186</sup> Già S. FOIS, voce «Legalità (principio di)», cit., 700; F. G. COCA, *Attività amministrativa*, cit., 87. F. SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, Milano, 2010, 92 ss.; G. MANFREDI, *Poteri di ordinanza, legalità, “stato governativo”*, cit., 412, il quale sottolinea la dequotazione della legge del Parlamento a favore di una più accentuata rilevanza delle fonti normative delle autonomie territoriali. Sull'incidenza del diritto europeo sulla legalità amministrativa nazionale, v. F. MERUSI, *L'integrazione fra la legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. amm.*, 2009, 43 ss.; M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione di diritti non statali*, Milano, 2012, *passim*. Da un diverso punto di vista (N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., 172 ss.), si è, però, sostenuto che l'influenza, sempre più importante, del diritto europeo sul diritto nazionale abbia rafforzato la portata precettiva del principio di legalità: in proposito, si è fatto riferimento all'idea cristallizzata nei trattati europei di concepire l'azione dei poteri pubblici non più tesa a orientare in senso finalistico le attività economiche per obiettivi di interesse pubblico, bensì limitata al ruolo di mera garanzia esterna del rispetto da parte degli operatori economici delle regole di condotta predeterminate in sede normativa. Il progressivo arretramento dei poteri pubblici dall'economia avrebbe, quindi, rinvigorito la portata precettiva del principio di legalità, posto che gli interventi pubblici (soprattutto quelli di tipo autoritativo) costituirebbero oggi un'eccezione rispetto alla regola della generale libertà nell'esercizio delle attività economiche; pertanto, essi sarebbero tassativamente predeterminati dalla legge.

<sup>187</sup> F. G. COCA, *Attività amministrativa*, cit., 87. Cfr. cap. I, par. 1

caratteri di rappresentatività democratica in capo ai soggetti in vario modo coinvolti nel processo di produzione normativa (come accade per le Autorità indipendenti)<sup>188</sup>. A suo tempo si è evidenziato che, in tal caso, secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, il *deficit* di legittimazione democratica delle *authorities* può essere compensato, almeno in parte, dalla “legalità-procedurale” e, dunque, dal contraddittorio che si manifesta nel corso del procedimento amministrativo preordinato all’adozione dell’atto finale<sup>189</sup>.

Il requisito della legittimazione democratica (e, dunque, la valorizzazione di una delle due “anime” del principio di legalità) in connessione col più ampio principio della sovranità popolare, non sono, però, sempre ritenuti necessari da una parte della dottrina, essendo piuttosto indispensabile, in un’ottica più marcatamente garantistica, la previa determinazione normativa dell’attività dell’amministrazione, indipendentemente dalla natura o dal grado della fonte di produzione<sup>190</sup>. Un ruolo determinante in questo senso lo giocherebbero i principi generali del diritto amministrativo che, anche in assenza di una previa disciplina legislativa, nondimeno conformano e, dunque, condizionano l’esercizio del potere amministrativo<sup>191</sup>.

<sup>188</sup> R. FERRARA, *L’incertezza delle regole tra indirizzo politico e “funzione definitiva”*, in *Dir. amm.*, 4, 2014, 659 ss., osserva come la crisi «di identità e di ruolo» della legge comporti, in primo luogo, «l’incapacità, oppure l’enorme difficoltà, della legge di selezionare e di ordinare secondo una scala in qualche modo gerarchica gli interessi dei quali debbono essere disposte la ricognizione e la tutela». Tale incapacità, secondo l’A., «finisce col consegnare ad altri attori (tra cui la giurisdizione e le amministrazioni pubbliche) questo stesso compito». In secondo luogo, la crisi della legge contribuisce paradossalmente a un eccesso di produzione normativa, che sarebbe foriera di una crescente instabilità e di incertezza.

<sup>189</sup> Sul punto, v. cap. I, par. 6.

<sup>190</sup> Di recente, M. MAZZAMUTO, *L’atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, cit., 17, il quale, proprio in base a questo significato attribuito al principio di legalità, propone un deciso ampliamento delle fonti del diritto (amministrativo) senza, però, perdere le specificità di ognuna: sul punto v. *supra* par. 4. Sul concetto di legalità alla stregua di «predeterminazione normativa dell’attività amministrativa», v. F. G. COCA, *Attività amministrativa*, cit., 88 ss. La dottrina più risalente aveva, invero, già individuato nel principio di legalità l’esigenza che l’attività amministrativa, indipendentemente dalla legge formale, fosse “giuridicamente” predeterminata: così, ad esempio, F. SATTÀ, *Principio di legalità pubblica amministrazione nello Stato democratico*, cit., 293; G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, II, Milano, 1971, 37 ss., secondo cui il principio di legalità avrebbe dovuto essere sostituito da un principio di «normatività» o di «giuridicità».

<sup>191</sup> G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell’ordinamento*, cit., 246 ss. Tesi che è condivisa da F. G. COCA, *Attività amministrativa*, cit., 87 (nota n. 57). Sul pun-

La dequotazione della legalità (*recte* del valore invalidante dei c.d. vizi formali) pare, altresì, emergere dalla novella legislativa del 2005 (l. n. 15 del 2005), che ha introdotto l'art. 21-*octies* nella l. 241/1990, ove si prevede che «non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato». A tacere della rilevanza sostanziale o processuale della norma, è indubbio che si tratti di una disposizione che privilegia, nell'ottica del buon andamento, le esigenze di funzionalità ed efficienza rispetto alla stretta conformità dell'attività amministrativa al dato formale della legge<sup>192</sup>.

Infine, forti tensioni col principio di legalità (specie nella sua accezione sostanziale) e, di riflesso, con la tutela di taluni diritti costituzionalmente garantiti sono poste dal potere di ordinanza, in ragione della sua atipicità, nonché della capacità derogatoria di norme di rango primario che tale potere può talvolta detenere<sup>193</sup>.

to, v., altresì, M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, cit., 463 ss.; P. SALVATORE, *La legalità nell'amministrazione*, cit., 99, rileva che si assiste, sempre più spesso, all'integrazione nel «blocco di legalità» di norme e discipline di natura privatistica. La giurisprudenza, alcune volte, richiama puntualmente le singole disposizioni del Codice Civile che si applicano all'azione amministrativa; altre volte, fa riferimento ai soli principi informativi delle disposizioni stesse; altre volte ancora, invece, ai principi generali del diritto privato.

<sup>192</sup> Tuttavia, parte della dottrina propende per una interpretazione restrittiva della norma in questione: F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21-*octies*, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *www.giustamm.it*, 4, 2005, 17. D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 386.

<sup>193</sup> Si è già rammentato al cap. I, par. 5 – cui si rinvia anche per la letteratura relativa al potere di ordinanza – che il cedimento oggettivo della legalità rappresentato dai poteri atipici non sarà oggetto di trattazione in questa sede.

### 10. La “dilatazione” della legalità e l’ingresso di nuove “accezioni”

La tendenza a svilire la portata precettiva del principio di legalità è una costante del nostro attuale sistema giuridico. Per evitare che il principio di legalità dell’azione amministrativa venga svuotato delle sue due principali “anime” garantistica e democratica, occorre che esso venga adattato all’evoluzione del nostro ordinamento<sup>194</sup>.

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

Ciò riguarda, in primo luogo, il significato del principio di legalità e la natura dei valori che esso tende oggi a proteggere. In secondo luogo, siffatto “allargamento” involge la nozione di fonte del diritto<sup>195</sup>.

Se, da una parte, è incontestato che non si possa prescindere dalla «forma più autentica del principio di legalità»<sup>196</sup>, e cioè dalla presenza di disposizioni di rango primario per l’attribuzione di poteri che possono condizionare (e incidere unilateralmente su) i diritti dei privati, è pur vero che i parametri ai quali l’amministrazione deve fare riferimento nell’esercizio del potere sono più ampi della legge in senso formale. Non è un caso che la dottrina (ma anche la giurisprudenza) osservi di frequente come la legalità non sia più riducibile a un mero giudizio di conformità dell’azione amministrativa al dettato legislativo, ma esprima e sintetizzi una situazione di mera compatibilità dell’agire che ha come termini di comparazione valori, principi generali, regole (spesso legati alla scienza economica)<sup>197</sup>, talora perfino di dubbio valore precettivo<sup>198</sup>.

<sup>194</sup> Così P. SALVATORE, *La legalità nell’amministrazione*, cit., 98.

<sup>195</sup> Circa l’ampliamento delle fonti del diritto amministrativo, v. *supra* nota n. 190.

<sup>196</sup> F. G. COCA, voce «Attività amministrativa», cit., 88.

<sup>197</sup> M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all’ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, cit., 1.

<sup>198</sup> Osserva R. FERRARA, *L’incertezza delle regole tra indirizzo politico e “funzione definitoria”*, cit., 674, che tra i fattori costitutivi dell’incertezza delle regole, oltre alla «liquefazione del sistema delle fonti», vi è «l’irrompere (...), in evidente sintonia con i principi pratico-operativi della *multilevel governance* europea, di un nuovo modello, concreto ma allo stesso tempo frutto di una mutata visione del mondo, al centro del quale vengono a collocarsi istituti e strumenti di elevata flessibilità, fra i quali un ruolo importante è sicuramente giocato dalla c.d. *soft Law*». Peraltro, «l’inopportunità e/o l’impossibilità di pervenire ad una formale e vincolante disciplina di una certa area di interessi, oppure il deliberato calcolo di rinviare tale momento, se non di escluderlo addirittura, producono il risultato finale della (provvisoria o definitiva) emarginazione

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

In base all’approccio decostruttivo di cui si è anticipato l’utilizzo all’inizio del presente capitolo, non si può dunque non tenere conto anche di ulteriori concezioni che, unitamente a quelle tradizionalmente conosciute, contribuiscono a descrivere con maggiore accuratezza il suddetto fenomeno.

Già si è detto del progressivo abbandono – soprattutto alla luce dell’art. 113, Cost. – di una «visione legicentrica» del principio e del conseguente arricchimento della categoria dei parametri cui è possibile “raffrontare”, in funzione garantistica e di tutela dei terzi, l’attività amministrativa: regole scritte e non scritte, principi, «criteri e regole di ordine tecnico insiti nella materia»<sup>199</sup> e così via: secondo una parte della dottrina, «ciò che veramente importa è che il compito (pubblicistico) trovi un fondamento nell’ordinamento giuridico»<sup>200</sup>.

D’altra parte, la preventiva regolamentazione – sia eteronoma (rispetto al soggetto che agisce) sia autonoma (mediante autovincoli di carattere generale) – dell’attività amministrativa è divenuta «sempre più ampia e penetrante», non limitandosi a predeterminare i poteri dell’amministrazione ma disciplinandone financo le finalità e i modi di esercizio: «(p)ertanto, se si abbandona la forma autentica del principio di legalità e si sostituisce la legge formale con il ben più ampio concet-

delle assemblee elettive dal processo di definizione formale delle regole del gioco in molti settori sensibili» (677).

<sup>199</sup> G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 712.

<sup>200</sup> M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, cit., 493. Già A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, cit., 123: «l’ordinamento generale attribuisce poteri all’amministrazione non solo con le sue leggi, ma anche con la sua Costituzione, e perfino con i suoi fattori istituzionali»; F. G. SCOCA, voce «Attività amministrativa», cit., 89, sembra esprimere, in questo senso, un’idea ancora più radicale, nel senso che l’A. non ritiene rilevante che talvolta «dal panorama normativo non si ricavi direttamente l’attribuzione di poteri o l’individuazione e definizione dei provvedimenti che l’amministrazione può adottare: è infatti sufficiente che si ricavino gli interessi da soddisfare, ossia gli obiettivi dell’attività amministrativa».

to di legge in senso materiale (...), si può affermare che il principio di legalità non solo vige (in forma inautentica), ma vige come principio di legalità sostanziale (...)»<sup>201</sup>.

Pare manifestarsi in queste affermazioni la base teorica che, in parte, ha contribuito a elaborare una nozione più ampia di fonte del diritto (amministrativo), in base al «criterio del precetto sovraordinato al provvedimento»<sup>202</sup>. Ed invero, e a tacere delle già evidenziate criticità che in questo modo emergerebbero in ordine alla (attenuata) valenza democratica del principio di legalità, si è, infatti, sostenuto come sempre più spesso all'amministrazione sia conferito «il potere di partecipare, in misura più o meno elevata, al processo di articolazione e di progressiva concretizzazione del precetto astratto (...). In questa prospettiva, non solo l'amministrazione ha il compito di individuare (o, meglio, costruire) l'interesse pubblico concreto da perseguire con la sua attività, sceverandolo nel fascio degli interessi pubblici previsti dalle norme astratte, ma può anche porre essa medesima, nella sua attività normativa e programmatica, interessi pubblici astratti»<sup>203</sup>.

L'esigenza di una chiara predeterminazione normativa dell'attività amministrativa, come visto sopra, emerge in seno alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, anche se questa particolare accezione del principio di legalità appare predicabile solamente laddove l'amministrazione dovesse interferire con l'esercizio di alcuni diritti e libertà convenzionalmente riconosciuti. Rispetto ad altre libertà (come quelle economiche), invece, parrebbe emergere una nozione affine alla "legalità-procedurale", particolarmente nota nell'ambito, che qui più interessa, delle Autorità indipendenti.

L'esigenza della prevedibilità *ex ante* dell'attività amministrativa non è, invece, esaltata da coloro che ritengono che le istanze di garanzia sottese al principio di legalità possano essere soddisfatte *ex post* dal giudice amministrativo in sede di sindacato di legittimità mediante il ricorso ai principi generali. È proprio attraverso l'uso di siffatti principi, siccome interpretati ed elaborati dalla giurisprudenza, che il giudice pone rimedio

<sup>201</sup> F. G. SCOCA, voce «Attività amministrativa», cit., 88, che aggiunge che «(c)osì modificato, il principio di legalità non risponde più alla sua funzione originaria di presidio della prevalenza degli organi del potere legislativo sugli organi del potere esecutivo, ed ha assunto la funzione di (contribuire a) garantire la correttezza, la razionalità e l'imparzialità dell'azione concreta delle amministrazioni pubbliche, sottoponendola a regole generali ed astratte preventivamente stabilite ed universalmente conoscibili».

<sup>202</sup> M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, cit., 742.

<sup>203</sup> F. G. SCOCA, voce «Attività amministrativa», cit., 90.

all’inevitabile imperfezione e lacunosità della legalità amministrativa, in vista della soddisfazione di esigenze di “giustiziabilità” del potere<sup>204</sup>. In altri termini, i principi sono utilizzati dal giudice per conformare l’eterogeneità e la cedevolezza delle norme scritte (talora formulate in modo generico), sì da sindacare in modo penetrante e in chiave garantistica la discrezionalità amministrativa attraverso il vizio di eccesso di potere<sup>205</sup>.

A tacere della significativa attenuazione che, così, subirebbe l’“anima” democratica del principio di legalità, non ci si può, però, esimere dal sottolineare che la flessibilità concessa al giudice potrebbe, nell’ipotesi patologica, tramutarsi in arbitrio, laddove si consentisse la creazione giurisprudenziale di regole giuridiche, le quali violerebbero il principio della separazione dei poteri e scardinerebbero l’ordine formale delle fonti del diritto<sup>206</sup>.

<sup>204</sup> È stato messo in luce da R. FERRARA, *L’incertezza delle regole tra indirizzo politico e “funzione definitoria”*, cit., 692, «il ruolo attivo, e davvero definitorio, che la giurisprudenza sembra giocare nel momento attuale, riuscendo ad essere, quasi allo stesso tempo, sia un argine capace di limitare la persistente incertezza delle regole che di implementarla comunque, nonostante la messa in campo, anche nel nostro ordinamento, della regola conformatrice del precedente». Parimenti, V. DOMENICHELLI, *Il ruolo normativo del giudice nella formazione e nello sviluppo del diritto amministrativo*, in *Annuario A.I.P.D.A. 2015. Le fonti del diritto amministrativo. Atti del convegno annuale. Padova, 9-10 ottobre 2015*, Napoli, 2016, 49, il quale sottolinea il «potente ruolo della giurisprudenza nella formazione del diritto, e in specie del diritto amministrativo, di fronte alla crisi del legislatore e alla complessità della regolazione che caratterizza le società contemporanee».

<sup>205</sup> M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, cit., 510. V. dello stesso A., *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 144. Da un diverso punto di vista, i principi (*rectius* i «principi generali dell’ordinamento») integrano – ove lacunose – le norme di relazione allo scopo di soddisfare esigenze di unità dell’ordinamento e, di riflesso, contenere le spinte *extra ordinem* del potere di ordinanza: così R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, cit., 424 ss. secondo cui: «(l)a conformità alle esigenze di unità dell’ordinamento è imposta dal limite del ricorso ai principi dell’ordinamento giuridico, cioè dalle interpretazioni che delle singole disposizioni devono essere offerte per la convivenza di interessi giuridicamente considerati di pari grado nelle disposizioni di legge, perché degli stessi l’ordinamento non ha voluto offrire una relazione generale e astratta, ma unicamente relativa al caso concreto». L’enfasi sui principi è, altresì, posta da G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit., 755-756, ove si afferma che essi «sono ritenuti idonei ad assicurare il rispetto della riserva di legge».

<sup>206</sup> D’altra parte, neanche possono sottovalutarsi le “conquiste” della legalità “scritta” in termini di principi. Si pensi, in proposito, alla “tipizzazione” e alla sotto-

In proposito, se, da un lato, non si è negata l'importanza delle statuizioni giurisprudenziali nell'individuazione di molte regole giuridiche, dall'altro lato, si è, però, rimarcata la necessaria distinzione tra l'abilitazione a immettere nell'ordinamento nuovi materiali normativi (che è compito del legislatore) e l'abilitazione a elaborare i materiali esistenti (compito che è, invece, assegnato al giudice): «(i)n generale, il giudice non è abilitato a immettere nel sistema nuovi materiali giuridici, bensì a “scoprire” i significati propri dei materiali esistenti», per cui la giurisprudenza può “creare” norme giuridiche nella misura in cui fa emergere un significato che, pur astrattamente previsto, non è stato esplicitato dal legislatore<sup>207</sup>.

#### 11. Osservazioni di sintesi: il ricorso alle “matrici” della legalità attraverso un approccio decostruttivo

Rimane dunque confermato che uno dei principi fondamentali del diritto amministrativo è il principio di legalità. Non bisogna, infatti, dimenticarsi che tale principio «(...) condiziona ontologicamente l'esistenza stessa del diritto amministrativo (...)»: esso «è nato quando ci si è accorti che la norma applicata al potere rendeva il suo esercizio tipico e perciò prevedibile (...). È la necessaria tipicità dell'esercizio del potere il fondamento del diritto amministrativo»<sup>208</sup>.

Tuttavia, si è già data evidenza di come non sia sempre agevole ricondurre a unità un fenomeno – quello della legalità amministrativa – che presenta aspetti e contenuti differenti, a seconda della situazione in concreto considerata. Anzi, appare ancora profondamente attuale l'affermazione secondo cui «mentre c'è assoluta concordia sul rilievo fondamentale che il principio ha (dovrebbe avere) negli ordinamenti

posizione a limiti espliciti di taluni rilevanti poteri amministrativi (specie quelli di “autotutela amministrativa”).

<sup>207</sup> G. FALCON, Relazione conclusiva al Convegno Aipda 2015 dal titolo *Le fonti nel diritto amministrativo*, Padova, 9-10 ottobre 2015.

<sup>208</sup> F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quad. cost.*, Bologna, 2006, 274-275. Secondo V. GASPARINI CASARI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia (note a margine del 53° convegno di studi amministrativi, Varenna, 20-22 settembre 2007)*, cit., 617, «il principio di legalità, in effetti, è non solo il principio fondamentale, ma anche il principio fondante dello stato di diritto e, quindi, anche del moderno diritto amministrativo, inteso appunto come quella parte dell'ordinamento destinata a regolare sul piano giuridico la pubblica amministrazione, non solo e non tanto come soggetto [...] di un tale ordinamento, ma anche e soprattutto come pubblico potere, distinto ed autonomo dagli altri poteri pubblici».

moderni, ispirati alla teorica dello Stato di diritto, non c'è alcuna concordia sul modo in cui il principio opera (dovrebbe operare) rispetto ai poteri e alle attività delle amministrazioni pubbliche»<sup>209</sup>.

A tal proposito, parrebbe forse opportuno, per dare contezza dell'intrinseca complessità di siffatto fenomeno, un approccio a cerchi concentrici, ove il primo cerchio (quello più grande e che, dunque, rappresenta la misura minima del principio di legalità) sembrerebbe comprendere, da un lato, il principio di preferenza della legge (o di “non contraddittorietà”) e, dall'altro, la predeterminazione legislativa di un vincolo a carico dell'amministrazione di perseguire gli scopi eteonomamente fissati (dalla stessa legge o da atti di indirizzo): l'attività complessiva dell'amministrazione (compresa quella estrinsecantesi in moduli di diritto privato) non è, infatti, libera nel fine, ma è tenuta all'osservanza del «vincolo di scopo», nonché al perseguimento dell'interesse pubblico curato in concreto, che trova di regola la sua origine nella fonte di rango primario (c.d. “legalità-indirizzo”, ove la legge, espressione della sovranità popolare, funge da guida dell'azione amministrativa nel suo complesso)<sup>210</sup>.

Come già precisato sopra, bisogna però tener conto del fatto che non sempre l'attività amministrativa di diritto privato è soggetta al solo generico vincolo di scopo: se si pone mente, ad esempio, alla nuova disciplina sulle società a partecipazione pubblica<sup>211</sup> si può constatare che i contratti di società e quelli aventi a oggetto l'acquisizione di partecipazioni societarie non possono essere conclusi al di fuori delle ipotesi tipizzate dalla legge e sempre che sia accertata l'inerenza dell'attività alle funzioni istituzionali dell'ente.

Ad ogni modo, l'adozione di una concezione della legalità – come è quella appena descritta – “agganciata” al solo vincolo di scopo dell'azione amministrativa non porrebbe particolari problemi, secondo una parte della dottrina, in ordine alla protezione delle situazioni giuridiche soggettive incise dal potere (purché espressamente conferito). Invero, in assenza di norme di legge scritte che predeterminino le modalità di esercizio del potere amministrativo (e che non sarebbero,

<sup>209</sup> F. G. COCA, voce «Attività amministrativa», cit., 85.

<sup>210</sup> C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit.; Cfr., altresì, M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., 61 ss. V., poi, l'art. 1, c. 1 della l. 241/1990 ove si stabilisce che «(l)attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge (...)».

<sup>211</sup> D.lgs. n. 175/2016.

quindi, censurabili mediante il vizio della violazione di legge), la sfera delle scelte discrezionali dell'amministrazione sarebbe, nondimeno, arginata dal vizio di eccesso di potere, che consentirebbe il sindacato *ex post* sul legittimo esercizio del medesimo, in virtù dell'immediata operatività dell'art. 113, Cost.<sup>212</sup>. Dunque, se la predeterminazione *ex ante* dell'esercizio del potere attraverso norme scritte è una scelta rimessa alla valutazione politica del legislatore, non altrettanto lo sarebbe – per l'esistenza dell'art. 113, Cost. – quella di elidere la garanzia “minima” della sua sindacabilità *ex post*, costituita dal vizio di eccesso di potere<sup>213</sup>.

La predeterminazione legislativa del fine rimarrebbe, invece, assorbita in quella del mezzo in un'ipotesi più circoscritta di quella d'anzì esaminata, ossia quella corrispondente all'attività amministrativa di carattere autoritativo, intendendo con essa l'attività che incide unilateralmente sui diritti dei terzi. Qui il principio di legalità deve essere inteso nella sua accezione più rigorosa, ossia quella sostanziale<sup>214</sup>. Essa trova il proprio fondamento nella Costituzione e nel sistema delle riserve di legge ivi previsto, come ricordato anche di recente dallo stesso giudice delle leggi<sup>215</sup>. Siffatta accezione comporta non solo la previa attribuzione con legge del potere (legalità come “conformità formale”, la quale appare invece piuttosto ricorrente con riguardo ai poteri amministrativi a contenuto normativo) ma prescrive, altresì, al legislatore di definirne, per quanto possibile, il contenuto.

Viene, altresì, in evidenza nella dottrina un altro significato della le-

<sup>212</sup> R. CAVALLO PERIN, *Il contenuto dell'articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, cit., 540 ss.

<sup>213</sup> ID, *Il contenuto dell'articolo 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, cit., 543: «(...) (i) il legislatore è sempre libero sul piano sostanziale di apporre norme scritte per un corretto esercizio del potere, oppure di rilasciare allo *jus non scriptum* la disciplina d'esercizio del contenuto dei poteri dell'amministrazione con sola operatività del vizio di eccesso di potere, sempreché, ma questo è riscontro ulteriore, nell'uno e nell'altro caso le norme scritte o non scritte consentano una effettiva sindacabilità giurisdizionale sull'esercizio dei poteri della pubblica amministrazione». Al riguardo, inoltre, si può richiamare quella posizione dottrinale (M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, cit., 510) che qui appare giustificata alla luce dell'art. 113, Cost.

<sup>214</sup> In ragione del fatto che i poteri si concretizzano in provvedimenti, si comprende perché, con riferimento a questi ultimi, il principio di legalità si “tramuti” nel principio di tipicità, che impone che siano ammessi nell'ordinamento solo i provvedimenti tassativamente previsti dalla legge.

<sup>215</sup> V. Corte cost. n. 115 del 2011.

galità che, a differenza delle concezioni esaminate, fa leva sull'esigenza della “raffrontabilità” dell'azione amministrativa, a prescindere dalla natura della fonte: qui più che di legalità si parla propriamente di “legittimità” o di “legge in senso materiale”, al fine di ampliare il novero dei parametri attraverso cui si misura l'attività dell'amministrazione<sup>216</sup>: tra essi, oltre alla legge, vi sono le “regole non scritte”, la *soft law*, e così via, i quali, definibili volta per volta a seconda delle specificità del caso concreto, consentono che il potere sia esercitato in conformità allo scopo fissato dalla legge stessa. In proposito, si noti che la *soft law* può costituire, da un lato, un possibile parametro dell'azione amministrativa che “integra” la legalità intesa quale predeterminazione normativa dell'amministrazione, dall'altro lato, essa può però al contempo ritenersi incompatibile con la valenza più spiccatamente democratica del principio di legalità. In ogni caso, l'esigenza di predeterminazione normativa dell'attività amministrativa parrebbe comunque rispondere a una finalità di buon andamento dell'amministrazione.

Va ribadito<sup>217</sup> che una qualificata raffrontabilità, nel senso di una regolamentazione del potere che sia “prevedibile” dal suo destinatario (in quanto sufficientemente chiara, precisa e accessibile), sembra emergere dall'esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, anche se con una finalità differente: quella, cioè, di proteggere talune libertà convenzionalmente sancite che potrebbero essere messe a rischio da poteri pubblici non sufficientemente prevedibili per l'incertezza generata dal parametro cui essi fanno riferimento.

Dalla stessa elaborazione giurisprudenziale della Cedu emerge poi un'ulteriore accezione del principio di legalità valevole nel caso in cui vengano in rilievo libertà o diritti non espressamente contemplati dalla Convenzione: in questo caso l'esigenza di prevedibilità *ex ante* del potere “lascia il campo” a una più marcata “procedimentalizzazione” di quest'ultimo in funzione garantistica.

Già si è accennato sopra alle affinità tra l'accezione della legalità appena ricordata e quella invece elaborata nell'ambito che più interessa in questa sede (cioè quello in cui operano le Autorità indipendenti).

Le due accezioni della “legalità-procedurale” appena menzionate paiono tuttavia differire nelle finalità alle quali sono preordinate: la legalità-procedurale cui si riferisce la Cedu sembra intravedere nel pro-

<sup>216</sup> F. LEVI, voce «Legittimità (dir. amm.)», cit., 124 ss.

<sup>217</sup> V. *supra* parr. 7 e 8.

cedimento amministrativo il “luogo” in cui la posizione giuridica del soggetto potenzialmente inciso dal potere può essere più efficacemente difesa attraverso il riconoscimento in capo ad esso delle garanzie dell’«equo processo» di cui all’art. 6 Cedu. Al contrario, la legalità-procedurale che si richiama con riguardo alle *authorities* parrebbe individuare nel contraddittorio procedimentale non tanto una finalità di tipo garantistico, quanto piuttosto l’uso di una “matrice” della legalità per compensare *ex post* il *deficit* di legittimazione democratica cui versano le Autorità indipendenti.

Infine, nella dottrina è affiorata una concezione della legalità come soggezione del potere ai principi generali del diritto amministrativo così come elaborati dalla giurisprudenza; ciò al precipuo scopo di rendere il potere giustiziabile attraverso un penetrante sindacato di legittimità *ex post* che “compensasse” il *deficit* della predeterminazione normativa *ex ante*<sup>218</sup>.

L’approccio decostruttivo sin qui utilizzato nell’analisi del principio di legalità ha dunque consentito di cogliere diverse matrici della legalità, che sembrano distinguersi, o in ragione della specifica finalità cui sono preordinate, o per il particolare contesto istituzionale in cui sono state elaborate, oppure ancora per la diversa natura della fonte rispetto alla quale l’attività amministrativa deve “misurarsi”. Anche se in questi casi ogni forma di generalizzazione potrebbe essere foriera di fraintendimenti, non appare discutibile, invece, che il nucleo minimo e imprescindibile della legalità sia (almeno) costituito dalla predeterminazione legislativa del vincolo di scopo dell’attività amministrativa.

Come in parte già anticipato all’inizio del presente capitolo, l’individuazione delle matrici della legalità, oltre a rappresentare un aspetto ancora non del tutto esplorato dalla dottrina, si propone in questa sede lo scopo di fornire auspicabilmente delle risposte maggiormente convincenti sul piano sistematico rispetto a quelle che di regola vengono avanzate da una parte della dottrina per giustificare la legittimità, sotto un profilo oggettivo, di alcuni poteri delle *authorities* e, sotto un profilo soggettivo, di alcuni soggetti dell’ordinamento (come l’Anac), che si collocano sulla linea di confine dello Stato di diritto.

È indubbio che, una volta individuate – come si è tentato di fare in chiusura del presente capitolo – le matrici della legalità, si tratta di capire quante e quali fra queste devono essere necessariamente soddi-

<sup>218</sup> M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, cit., 144 ss.

sfatte ai fini del rispetto del principio di legalità. In altri termini, occorre chiarire quale sia il livello minimo per decretare la tenuta del principio di legalità rispetto ai cedimenti analizzati nel presente lavoro di ricerca.

Lo scopo dei prossimi capitoli è, dunque, proprio quello di analizzare, con maggiore precisione, i cedimenti oggettivi e soggettivi della legalità che si sono scelti di esaminare con riferimento al sottosistema delle Autorità indipendenti. Una volta effettuata questa specifica analisi, si potranno così trarre alcune (prime) conclusioni in ordine alla sufficienza del numero e della qualità delle matrici in ipotesi rispettate dai suddetti cedimenti, in modo da esprimere un giudizio, più adeguatamente ponderato, sulla tenuta del principio di legalità e, dunque, in definitiva, del sistema.



## CAPITOLO III

### REGOLAZIONE E POTERI IMPLICITI DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI: ALCUNE FATTISPECIE PARADIGMATICHE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I poteri impliciti dell’Autorità di regolazione per energia reti e ambiente nella giurisprudenza amministrativa. – 2.1 Un primo limite invalicabile: le misure a effetto ablatorio o sanzionatorio. – 2.2 Un secondo limite: la regolazione quale fonte eteronoma del contratto. – 3. La regolazione implicita dell’Agcm per la tutela della concorrenza: il caso degli impegni *antitrust*. – 3.1 Il rischio di un potere implicito di regolazione estraneo alla funzione classica dell’Agcm. – 3.2 La proporzionalità degli impegni. – 3.3 Impegni e funzione amministrativa dell’Agcm: i possibili rimedi al rischio (concreto) di una deriva “regolatoria”. – 4. Il potere implicito “regolamentare” dell’Agcom in materia di tutela del diritto d’autore su internet. – 5. I poteri impliciti dall’Avcp all’Anac tra vigilanza e regolazione flessibile. – 5.1 Vigilanza e ordini impliciti nella disciplina sugli incarichi presso le p.a. – 5.2 La vigilanza dell’Anac sulle situazioni di conflitto d’interesse. – 5.3 Le potestà implicite dell’Anac in tema di trasparenza amministrativa. – 5.4 Regolazione flessibile: cenni e rinvio. – 6. Osservazioni di sintesi.

#### 1. Premessa

Nel corso del primo capitolo si sono inquadrati a livello generale due “cedimenti” del principio di legalità – la regolazione e i poteri impliciti – che sono intimamente correlati e che rilevano nel sottosistema delle Autorità indipendenti sotto un profilo più marcatamente oggettivo, nel senso che essi scaturiscono principalmente dall’attività (specie normativa o para-normativa, ma non solo questa) che alcuni di questi soggetti svolgono nei settori di rispettiva competenza. In realtà, come si potrà verificare *infra*, tali cedimenti non si sono manifestati esclusivamente nell’ambito delle Autorità indipendenti di regolazione, ma anche in seno ad altre *authorities* – come l’Autorità garante della concorrenza e del mercato<sup>1</sup> e la ormai soppressa Autorità di vigilanza dei

<sup>1</sup> V., in part., par. 3.

contratti pubblici<sup>2</sup> – che a ben vedere non risultano direttamente attributarie di funzioni di regolazione in senso proprio<sup>3</sup>.

Sempre nel primo capitolo si è già data evidenza delle principali posizioni della dottrina in ordine alla tenuta del principio di legalità di fronte ai suddetti cedimenti nei settori in cui operano le *authorities*<sup>4</sup>. In quella sede, si è parimenti rammentata la rilevanza del contributo fornito dalla giurisprudenza nella definizione dello statuto e dei limiti degli ampi poteri affidati alle Autorità indipendenti. Non resta dunque che esaminare in maniera più specifica i risultati cui è giunta la giurisprudenza nell'interpretazione del principio di legalità al cospetto dell'attività posta in essere da tali soggetti.

Nella consapevolezza che la casistica che sarà illustrata non esaurisce i numerosi casi nei quali le *authorities* hanno fatto uso di poteri amministrativi di natura normativa o strettamente provvedimentoale che non rinvergono un espresso fondamento nella legge, oggetto di analisi del presente capitolo saranno pertanto le più significative fattispecie in cui tali cedimenti (oggettivi) si sono manifestati. Più precisamente, l'indagine sarà condotta con riferimento a quei casi che sono apparsi maggiormente rilevanti sia in termini di contenzioso, sia di attenzione da parte della dottrina.

## *2. I poteri impliciti dell'Autorità di regolazione per energia reti e ambiente nella giurisprudenza amministrativa*

L'imponente contenzioso che ha interessato i mercati energetici in un arco di tempo relativamente ristretto potrebbe essere riconducibile a una serie di ragioni. In primo luogo, all'intensità e alla frequenza con le quali l'Autorità di settore ha interpretato il proprio ruolo istituzionale nei mercati in questione; in secondo luogo, alla "resistenza" da parte degli operatori alla regolazione, in considerazione dei rilevanti interessi economici su cui essa ha inciso<sup>5</sup>; in terzo luogo, all'esercizio di poteri (specie quelli di carattere normativo)<sup>6</sup> che sono stati talora con-

<sup>2</sup> V. par. 5.

<sup>3</sup> Sui differenti modelli di *authorities*, cfr. E. CASSETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 269 ss.

<sup>4</sup> Cap. I, par. 6.

<sup>5</sup> V. M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, cit., 265-266.

<sup>6</sup> I poteri normativi affidati all'allora Aeeg dalla l. n. 481/1995 possono riassumersi in tre macrocategorie (D. DE GRAZIA, *La regolazione dei servizi di pubblica utilità e*