

NICOLA COLLEO

Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche presso l'Università degli studi di Cagliari
nicola.colleo@gmail.com

**IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NEL DIRITTO
AMMINISTRATIVO IN EVOLUZIONE. RIFLESSIONI
SULLA SUA ATTUALITÀ E SUL SUO AVVENIRE, TRA
FATTORI DI CRISI E RAPPORTI CON IL POTERE
NORMATIVO DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE
INDIPENDENTI**

**THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN EVOLVING
ADMINISTRATIVE LAW. REFLECTIONS ON ITS
TIMELINESS AND ITS EVENT, BETWEEN CRISIS
FACTORS AND RELATIONS WITH THE REGULATORY
POWER OF THE INDEPENDENT ADMINISTRATIVE
AUTHORITIES**

SINTESI

Il contributo, dopo una breve premessa di ordine storico, affronta alcune delle più attuali problematiche riguardanti il principio di legalità dell'azione amministrativa. Lo sforzo ricostruttivo intorno alla portata del principio nell'odierno sistema ordinamentale è funzionale al tentativo di una lettura consapevole degli attuali fattori che ne minacciano la sopravvivenza e che ne causerebbero la destrutturazione. Con riferimento a questi ultimi, è dedicata particolare attenzione all'attività normativa e para-normativa delle Autorità Amministrative Indipendenti, che si caratterizza sempre più come fattore di spinta per un superamento della fisionomia tradizionale del valore della legalità. L'analisi è seguita da alcune riflessioni che si ritengono conseguenti al quadro giuridico attuale e da una proiezione verso il più immediato futuro che attende il principio di legalità.

ABSTRACT

The contribution, after a brief historical introduction, faces some of the most current issues concerning the principle of legality of administrative action. The reconstructive effort around the scope of the principle in the actual legal system is functional to the attempt of a conscious reading of the current factors that threaten its survival and that would cause its deconstruction. In relation to the latter, a particular attention is paid to the regulatory and para-normative activity of the Independent Administrative Authorities, which is increasingly characterized as a driving force for overcoming the traditional physiognomy of the value of legality. The analysis is followed by some reflections that are considered to be consequent to the current legal framework and by a projection towards the more immediate future that awaits the principle of legality.

PAROLE CHIAVE: legalità; democrazia; crisi; Autorità Indipendenti; soft law.

KEYWORDS: legality; democracy; crisis; Independent Authority; soft law.

INDICE: 1. Il principio di legalit : evoluzione nell'ordinamento amministrativo italiano e dimensione poliedrica della nozione. – 2. (...Segue) Il dibattito dottrinale sulla legalit  amministrativa. – 3. La decostruzione del principio: i fattori di crisi che ne mettono in dubbio l'attualit  nell'odierno sistema ordinamentale. La crisi della legge e la moltiplicazione di fonti di produzione normativa, anche avulse dal sistema democratico. – 4. I poteri di normazione delle Autorit  Indipendenti. Un ulteriore fattore di spinta verso il superamento della legalit  tradizionale nel diritto amministrativo? – 5. Quale ruolo per la legalit  nell'ordinamento amministrativo di domani?

1. Il principio di legalit : evoluzione nell'ordinamento amministrativo italiano e dimensione poliedrica della nozione

L'attivit  della Pubblica Amministrazione   sottoposta ai dettami della legge. Questa laconica affermazione racchiude in s  uno degli assi portanti del diritto amministrativo moderno, la cui mancanza determinerebbe uno stravolgimento dell'intera materia amministrativa¹ cos  come   stata concepita fino ad oggi.

1 Secondo F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalit *, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 9, il venir meno del principio di legalit  amministrativa determinerebbe addirittura il crollo delle istituzioni sociali. L'Autore prosegue, poi, affermando che «non esiste diritto amministrativo senza un rapporto di necessaria conseguenza dell'esercizio del potere dal principio di legalit », p. 30.

Ma quella di legalità amministrativa, in verità, è una nozione complessa, in ordine alla quale non vi è mai stata unanimità di vedute tra gli studiosi che si sono interessati ad essa e rispetto alla quale negli anni più recenti si registrano tendenze decostruttive² che sembrano metterne in discussione la persistente attualità.

Si tratta di un effetto prodotto dalla fisiologica trasformazione di un diritto amministrativo che, così come le altre branche del mondo giuridico, muta al mutare della società. È, tuttavia, necessario chiedersi se ad una tale trasformazione che implica l'allontanamento del diritto amministrativo dal principio di legalità (nella sua tradizionale concezione) corrisponda anche una rinuncia alle funzioni che esso assolve all'interno dell'ordinamento e, in caso di risposta affermativa, se una simile perdita sia o meno ammissibile alla luce del sistema costituzionale.

Ma discutere di legalità amministrativa significa anche ragionare intorno ad un concetto polisenso, prismatico e quasi impossibile da circoscrivere entro limiti ben delineati³. Un concetto che, inoltre, nell'affermarsi del suo significato, è fortemente condizionato dal contesto storico-sociale nel quale vede la luce.

Le considerazioni che precedono rendono necessaria una breve ricostruzione dell'accidentato percorso che ha condotto alla consacrazione del principio di legalità nel nostro ordinamento. Un'attività di questo tipo, infatti, è funzionale a comprendere quali significati sono effettivamente riferibili ad una nozione così sfuggente e, tramite questa rinnovata consapevolezza, ad affrontare le sfide alle quali la modernità sottopone oggi questo principio.

² L'espressione è presa in prestito da ID, *I sentieri interrotti della legalità* cit., p. 27, il quale mette in evidenza come nel diritto amministrativo moderno siano in atto delle tendenze che "attentano" al valore e alla centralità del principio di legalità dell'ordinamento. Ma è proprio da questo principio che, secondo l'Autore, è necessario ripartire per operare una ricostruzione del diritto amministrativo.

³ Cfr., sul punto, le riflessioni svolte da A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 91.

Facendo una breve immersione nel passato, fino ad arrivare agli albori del moderno diritto amministrativo, una prima affermazione del principio di legalità si ritrova all'interno della Costituzione francese del 1791, che all'art. 3, tit. III, cap. II, sez. I, recita che: «Non vi è in Francia autorità superiore a quella della legge. Il re regna soltanto in funzione di essa, e solo in nome della legge può esigere l'ubbidienza».

Per meglio comprendere la portata epocale di una simile affermazione, è opportuno ragionare intorno al contesto in cui è stata concepita. Essa ha visto la luce in uno scenario storico – giuridico in cui l'Amministrazione era concepita come mera esecutrice materiale della legge, ancora sprovvista di quel potere di imperio capace di renderla titolare della funzione di cura dell'interesse della collettività, nonché del potere di incidere sulle situazioni di interesse individuale degli amministrati⁴.

Ciò non di meno, è un'affermazione di straordinaria importanza: per la prima volta dall'imposizione dell'assolutismo come principale forma di Stato in Europa⁵ si riconosce, attraverso un testo costituzionale, l'esistenza di un limite al potere pubblico, un limite che preesiste all'esercizio stesso del potere e che deriva direttamente dalla legge⁶.

4 Cfr., sul punto, l'accurata ricostruzione storica effettuata da B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia – Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione*, tenutosi a Varenna – Villa Monastero il 20 – 22 settembre 2007 Milano, Edizione Giuffrè, 2008.

5 Il principio di legalità o, comunque, una sua prima forma primordiale, era già conosciuto nell'antichità, finanche nell'antica Grecia, come sottolineato da P. SANTORO, *Legalità e legittimità: garanzie pluriordinamentali e livelli di controllo*, in *Foro Amministrativo*, 2000, p. 273.

6 Sono interessanti, a questo proposito, le riflessioni svolte da N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 139 ss. L'Autore insiste sul fatto che l'affermazione dello Stato liberale e il contestuale superamento dello Stato assoluto non abbiano determinato una cancellazione ed un radicale abbandono della struttura di governo sulla quale si fondava lo Stato monarchico. Al contrario, così come lo Stato assoluto era basato su un sistema gerarchico in cui ogni atto di potere otteneva legittimazione soltanto ove fosse stato riconducibile, in ultima istanza, alla volontà del sovrano, così anche nel neonato Stato liberale qualsiasi manifestazione di supremazia avrebbe dovuto essere ricondotta all'atto costituente espressione dell'organo di vertice del sistema, ovvero la legge Parlamentare.

Peraltro, la legge che si pone quale strumento di attuazione del principio, in questa fase, non è una legge che esprime valori democratici. È un atto che promana da un Parlamento composto essenzialmente dagli esponenti della classe dominante (quella borghese) e che mira ad attuare nella società la volontà di questa forza di maggioranza.

Solo successivamente, a partire dalla codificazione napoleonica, la Pubblica Amministrazione inizia ad assumere le vesti del moderno apparato incaricato della cura dell'interesse generale. In un primo periodo, però, all'acquisizione di questa nuova funzione non si accompagna anche la consacrazione di adeguate garanzie in capo ai soggetti amministrati⁷ ed il principio di legalità, pur affermato a livello teorico, costituirà un mero simulacro formale, ancora inidoneo ad assicurare un controllo giurisdizionale sull'operato del soggetto titolare del potere.

È nel corso dell'Ottocento che si assiste ad una ridefinizione dei rapporti tra Amministrazione e potere giudiziario, caratterizzata dall'attribuzione di crescenti prerogative alla prima e dalla progressiva sottrazione alla seconda di una potestà creatrice del diritto. In un contesto di questo tipo, in cui il potere autoritativo dell'Amministrazione conosce una progressiva espansione come incaricato della gestione degli interessi pertinenti alla comunità, si iniziano a radicare anche esigenze nuove, legate proprio alla protezione delle situazioni giuridiche individuali nei confronti di una simile potestà⁸. Ciò è agevolato dal fatto che la vittoria delle rivoluzioni liberali contro lo Stato assoluto determina anche l'affermazione di un nuovo assetto nei rapporti tra Stato e individuo, nell'ambito del quale quest'ultimo inizia ad essere visto come cittadino e non più come suddito⁹.

⁷ A questo proposito si rinvia ancora a IDEM, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti* cit., p. 37 ss.

⁸ Cfr., IDEM, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, pp. 40 – 41.

⁹ Si vedano a questo proposito le considerazioni svolte da F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, Cedam, 1969, p. 19 ss., secondo il quale proprio in questo periodo la legge sarebbe stata chiamata a svolgere il ruolo di strumento atto a regolare i

Sebbene con fatica e numerose problematicità a livello di inquadramento dogmatico, il principio di legalità inizia a farsi strada all'interno degli Stati di diritto di matrice liberale come un principio che assolve una specifica funzione garantistica.

Tale funzione si identifica in un primo momento come garanzia dei soli diritti di proprietà nei confronti dell'azione del soggetto pubblico, per connotarsi in senso più ampio, soprattutto a partire dai primi del Novecento, come protezione delle situazioni giuridiche individuali ritenute meritevoli di tutela dall'ordinamento.

Legalità come garanzia del cittadino, dunque. Una garanzia che in questa fase si declina nella predeterminazione legale del potere e nella sua contestabilità in sede giurisdizionale. Questo significa che discutere di legalità nel diritto amministrativo vuol dire ragionare intorno al riconoscimento al cittadino di prerogative che neanche l'Amministrazione con il suo pubblico potere può intaccare, se non quando previsto dalla legge. In secondo luogo, la legalità assicura la certezza del diritto, perché rende l'azione della Pubblica Amministrativa prevedibile da parte del soggetto che ne deve subire gli effetti. È una garanzia di libertà: la legalità offre all'individuo la possibilità di programmare le proprie azioni nella consapevolezza delle conseguenze che ne deriveranno¹⁰.

Questo periodo storico sembra essere pervaso dall'idea che la legge, nella sua perfezione di atto dotato di capacità ordinante del sistema giuridico, sia di per sé sufficiente a garantire il corretto funzionamento della macchina amministrativa e, al contempo, a tutelare le posizioni dei soggetti che siano in qualche modo coinvolti dall'esercizio del potere pubblico.

rapporti tra due sfere di libertà in conflitto: quella dell'Amministrazione (l'autorità) e quella del cittadino. La legge diviene così il mezzo attraverso il quale non solo si provvede ad ordinare ed organizzare il funzionamento della macchina amministrativa, ma anche a tutelare la sfera di libertà del cittadino.

¹⁰ In relazione al valore della certezza del diritto si rinvia a H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1966, p. 277 ss.

Una simile fiducia deve però fare i conti nella prima metà del Novecento con i regimi totalitari, che fanno della legge lo strumento per l'implementazione di un regime antidemocratico e fortemente repressivo delle libertà individuali. La legge, da baluardo contro la tirannia del potere, diviene lo scettro della sua legittimazione. È in questa fase che ci si rende conto che «nello stampo della legalità può colare oro o piombo»¹¹. La legalità e il mito su di essa costruito crolla, quindi, sotto i colpi dei totalitarismi europei.

È il crocevia per un'ulteriore evoluzione del principio, che ne plasma la sua più recente fisionomia.

La legalità, per poter essere davvero uno strumento di garanzia delle posizioni degli amministrati contro i possibili abusi del potere pubblico, deve essere in primo luogo una legalità costituzionale. Ciò significa che la legge stessa deve essere assoggettata ad un insieme di principi e di valori inderogabili che rappresentano le garanzie massime della libertà degli individui¹². Sono anche queste riflessioni ad ispirare l'epoca dei Costituzionalismi e a stimolare, in seguito, la redazione di ulteriori testi normativi a livello internazionale posti a salvaguardia dei diritti fondamentali dell'uomo (dei quali la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e la Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali sono l'espressione più emblematica).

La legalità viene accompagnata, pertanto, dal valore della costituzionalità. La legge da sola non è in grado di fornire garanzie e protezione adeguata ai soggetti destinatari del potere: è necessaria l'introduzione di un nucleo di principi che nemmeno la fonte legislativa può mettere in discussione¹³.

11 La citazione è di P. CALAMANDREI, *Prefazione* a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di P. CALAMANDREI, Firenze, Le Monnier, 1945, p. 92.

12 Queste considerazioni a proposito della legalità costituzionale si ritrovano in R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche IX*, Quarta edizione, 1994, p. 90.

13 Cfr., sul punto L. CARLASSARE, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma XVIII, 1988, secondo il quale in mancanza di una Costituzione rigida, i cui principi siano saldamente posti a presidio della legittimità delle leggi e delle altre fonti subordinate, il principio di legalità non potrebbe esplicare la funzione garantistica e di tutela con la quale si è consacrato

Vi è, poi, un ulteriore valore con il quale il principio di legalità amministrativa si è interfacciato nei sistemi democratici occidentali e, in particolare, nell'ordinamento italiano: quello della democraticità stessa.

Quello riguardante la democraticità è uno degli aspetti più controversi del principio di legalità. Esso ha suscitato infiniti dibattiti e riflessioni tra autorevoli esponenti della dottrina pubblicistica¹⁴ i quali si sono interrogati sull'effettiva sussistenza o meno di un inscindibile legame tra il principio in questione e la derivazione della legge dalla volontà popolare.

È allora, forse, opportuno tentare di andare più a fondo nel dibattito dottrinale che ha riguardato il principio di legalità nei decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione fino ad arrivare alle più recenti dissertazioni. Un'operazione utile sia per comprendere quali siano state e quali siano attualmente le posizioni in ordine ai rapporti di questo canone generale con quello di democraticità dell'ordinamento, sia per cercare di comprendere che cosa significhi effettivamente assoggettare l'azione amministrativa all'obbligo del suo rispetto e, da ultimo, per verificare se sia o meno possibile tracciare i confini di una nozione così poliedrica.

2. (...Segue) Il dibattito dottrinale sulla legalità amministrativa

Come si è cercato, seppur brevemente, di mettere in evidenza nelle pagine che precedono, il principio di legalità si è storicamente affermato in ordinamenti ancora estranei all'attuazione di un pieno principio democratico. In altri termini, la legalità ha costituito nello Stato liberale lo strumento attraverso il quale la classe sociale all'epoca dominante (quella borghese) è riuscita ad im-

nel diritto amministrativo.

14 Si vedano, sul punto, le riflessioni svolte da F. SATTÀ, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico* cit., p. 243. L'Autore mette in discussione il fatto che il principio di legalità comporti una soggezione di tutta l'attività della pubblica amministrazione ai dettami della legge. Al contrario, accedendo ad una nozione ampia di legalità, egli ritiene che la legge ordinaria adottata dal Parlamento debba costituire la fonte necessaria di legittimazione del potere pubblico soltanto nelle materie che sono sottoposte a riserva di legge da parte della Costituzione.

porre la propria volontà nell'ordinamento (sostituendo la propria a quella del monarca assoluto) ed a garantire la propria egemonia, senza assumere, però, la veste di volano per l'affermazione della volontà popolare. Infatti, la classe borghese ha attuato un modello di governo essenzialmente analogo, nella sostanza, a quello che aveva connotato l'ormai defunto Stato assoluto¹⁵, seppur con l'introduzione di maggiori garanzie e strumenti di controllo in favore dei cittadini.

Ne consegue, pertanto, che si ritiene che non possa trovare accoglimento l'affermazione secondo cui il principio di legalità sia ontologicamente legato a quello di democraticità. Infatti, la funzione di garanzia che la legalità ha assolto nella fase genetica della sua storia si è rivelata svincolata dalla legittimazione popolare degli atti che ne costituivano espressione.

Resta però da capire se il principio, pur concepito in un contesto ordinamentale ancora insensibile ad istanze di democraticità, una volta trasfuso in un sistema giuridico come quello costituzionale italiano, che assurge il principio della sovranità popolare a proprio pilastro, venga o meno ad intrecciarsi in modo necessario proprio con tale valore¹⁶. In altri termini, si tratta di verificare se il principio di legalità, per mantenere la funzione garantistica che lo ha storicamente connotato, implichi, nel nostro sistema costituzionale, che la legge che attribuisce e regola il potere debba sempre avere un'origine Parlamentare.

La risposta a questo quesito riveste particolare importanza, perché consente di tracciare un contorno ancora più definito del principio e della sua con-

15 Sul punto si veda ancora N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit., pp. 142 – 143, che sottolinea che qualsiasi forza, per potersi realmente affermare a livello giuridico – politico, necessita di una struttura e di un sistema che le consentano di far valere la propria egemonia. Il che comporta la necessità di mantenere intatta l'impalcatura sulla quale si ergeva l'entità precedentemente al potere, pur sostituendo alla volontà di quest'ultima la propria.

16 A questo proposito sono di particolare interesse le riflessioni svolte da G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Diritto Pubblico* 1995, p. 259, il quale riconduce il fondamento del principio di legalità alla sovranità popolare e allo Stato di diritto. Lo tiene separato, invece, dal principio di democraticità (che, pertanto, viene assunto in un'accezione differente da quella di sovranità popolare) proprio perché storicamente vi sono stati ordinamenti che, pur praticando la legalità, non accoglievano il principio democratico.

creta portata, nonché delle ricadute che esso determina sull'attività amministrativa¹⁷.

Possono essere individuate due posizioni fondamentali nella dottrina che si è occupata del problema.

Un primo orientamento è riconducibile alle posizioni di chi ha ritenuto che il principio di legalità non possa vivere nell'ordinamento se non in simbiosi con quello di democraticità e che, pertanto, l'intera attività della Pubblica Amministrazione che sia suscettibile di produrre effetti verso l'esterno debba trovare nella legge Parlamentare o negli atti ad essa equiparati la fonte della propria legittimazione¹⁸.

Questa netta presa di posizione ha una sua solida base concettuale. I fautori di questa tesi ritengono, infatti, che il principio di legalità, per poter realmente assolvere alla funzione garantistica che gli è propria, non possa ridursi alla mera predeterminazione delle regole che dovranno essere seguite dall'Amministrazione nell'esercizio del potere. Una siffatta declinazione del principio, seppur idonea ad approntare delle basiche tutele in favore degli amministrati, risulterebbe però insufficiente nella prospettiva di una piena protezione degli interessi dei singoli.

Perché il principio in questione possa, invece, assurgere pienamente al ruolo di baluardo nella tutela delle posizioni di interesse dei cittadini, è necessario che esso trovi nella legge Parlamentare la propria fonte. Infatti, solo la legge, per il fatto di porsi come risultato del confronto dialettico tra le forze politi-

17 Un'interessante sintesi delle ondivaghe posizioni assunte a questo proposito dalla giurisprudenza amministrativa fino alla metà degli anni '90 del secolo scorso si ritrova in A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 108 ss.

18 Questa è la posizione chiaramente assunta da A. TRAVI, *Presentazione del tema del Convegno in Atti del Convegno di Studi di scienza dell'Amministrazione*, tenutosi a Varenna – Villa Monastero il 20 – 22 settembre 2007, Giuffrè editore, Milano 2008, p. 7, il quale non nasconde il fatto di essere convinto dell'esistenza di una stretta connessione tra il principio di legalità e quello di democraticità e, nella conclusione, del suo intervento, sollecita il pubblico e il lettore a non perdere di vista l'importanza dei valori dell'ordinamento democratico. La stessa posizione è fatta propria da G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2020, p.43.

che che rappresentano gli interessi della società, risulta veramente idonea a preservare le posizioni di coloro che saranno chiamati a subire le conseguenze dell'esercizio del potere pubblico¹⁹. È proprio il carattere della rappresentatività che la legge incarna, in quanto atto espressivo della volontà popolare, a renderla l'unica fonte del diritto idonea ad attribuire un potere autoritativo all'Amministrazione. Un potere, quest'ultimo, che soprattutto nel diritto amministrativo delle origini si esplica in atti di imperio suscettivi di determinare una compressione della sfera giuridica dei destinatari²⁰.

L'accoglimento di una nozione così costruita comporta, come logica conseguenza, l'inammissibilità di poteri che rinvercano negli atti della stessa Amministrazione la propria base costitutiva. Il corollario della legalità intesa nella sua accezione più democratica è quello della natura etero imposta del potere. Un'Amministrazione che disciplinasse da sé il potere esercitato violerebbe i canoni della democraticità e della sovranità popolare²¹.

19 Questa posizione è efficacemente espressa da N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti* cit., p. 161 ss. Le parole usate dall'Autore rivelano appunto l'esistenza un'intima connessione, in un sistema costituzionale democratico, tra legalità e democraticità: «l'idea di fondo, cioè, che il sacrificio dei propri diritti ad opera della pubblica autorità non possa essere ammesso se non nei casi in cui tale sacrificio abbia ricevuto il previo assenso ad opera dei rappresentanti di chi ne dovrà subire l'imposizione o comunque gli oneri». L'Autore sostiene, altresì, che un principio di legalità inteso in questi termini sia comune alle esperienze ordinamentali dei principali Stati europei, sia a quelli le cui Costituzioni contengono un'espressa enunciazione del principio, sia di quelli che, come quello italiano, non hanno riservato ad esso uno spazio proprio all'interno della Carta fondamentale. La medesima posizione si rinviene in S. PAJINO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 2005, II, p. 506 ss., il quale ritiene che il principio di legalità non sia indifferente alla natura del soggetto dal quale la legge stessa promana. Solo la legge Parlamentare consente la piena attuazione della democraticità alla quale il principio di legalità è strettamente ancorato, in quanto unica fonte in grado di esprimere la volontà popolare e di presentarsi come risultato del confronto dialettico tra le frange politiche presenti nella società. Ancora, in senso conforme si veda P. SANTORO, *Legalità e legittimità: garanzie plurioriginarie e livelli di controllo*, cit., p. 276.

20 Come sottolinea G. MORBIDELLI, *Ricordando Nicola Bassi nella sua ricerca della legalità in difficile coabitazione con i poteri impliciti*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, II 2017, p. 265, il principio di legalità si estende, però, anche ai poteri suscettivi di produrre effetti ampliativi della sfera dei destinatari. Questo non solo perché l'atto amministrativo favorevole per il destinatario può, al contempo, produrre effetti sfavorevoli in capo a terzi, ma anche perché i principi di trasparenza, pubblicità e motivazione ricavabili dall'art. 97 della Costituzione riguardano l'intera attività amministrativa e implicano che essa debba essere conforme ai dettami della legge.

21 Si veda ancora, sul punto, N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti* cit., p. 161.

Il secondo orientamento è, invece, rappresentato dalle posizioni di coloro che negano l'esistenza di un necessario rapporto tra il valore della legalità e quello della sovranità popolare²² e che riconoscono al primo una propria autonoma funzione all'interno del sistema giuridico, totalmente indipendente da quella predicabile del secondo.

In questa diversa prospettiva la legalità costituisce, più semplicemente, una garanzia che si collega immediatamente a quelle della certezza del diritto e dell'imparzialità. Con riferimento alla prima, permette agli amministrati di porre in essere scelte consapevoli, in quanto realizzate alla luce di un preesistente quadro normativo di riferimento che consente di prevedere quali saranno le conseguenze delle azioni compiute. Sul piano dell'imparzialità, il principio assicura che l'Amministrazione, per il fatto di agire sulla base di una disciplina posta da una norma emanata prima dell'esercizio concreto del potere, agisca in modo non discriminatorio nei confronti dei destinatari degli atti e rifugga da un approccio casistico nel rapportarsi alle situazioni che richiedono l'esercizio del potere pubblico²³. Al contempo, l'esistenza di una norma attributiva del potere a monte rende quest'ultimo sindacabile in sede giurisdizionale attraverso un procedimento di raffronto tra atto concreto e fattispecie astratta.

Proprio dal fatto che la legalità mira ad ancorare l'azione dell'Amministrazione ad una norma alla quale essa sia raffrontabile deriva che il potere pubblico possa essere disciplinato anche da altre fonti normative, tra le quali rientrano anche quelle che promanano dallo stesso soggetto pubblico titolare del potere. Questo è possibile proprio perché in questa prospettiva la legalità

22 Tale posizione è sposata da M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia – Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione 20 – 22 settembre 2007*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 64 – 65, il quale afferma che il principio di legalità, da un punto di vista analitico non ha nessun legame con il principio democratico e con quello della sovranità popolare. Un nesso con questi valori è certamente ravvisabile, ma la sua natura è di tipo storico.

23 Questa posizione è stata espressa da S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale. Tomo primo*, Milano 2000, pp. 200 – 204.

non si lega all'esigenza di un controllo democratico sull'esercizio del potere medesimo, ma semplicemente a quella della sua raffrontabilità, atta a garantire che sia esercitato legittimamente²⁴. Un simile convincimento, peraltro, poggia anche sull'assunto secondo il quale non sia possibile rinvenire all'interno della Carta Costituzionale (né esplicitamente, né implicitamente) l'enunciazione del principio di legalità amministrativa e, quindi, l'introduzione di una riserva di legge generale²⁵.

Al di là del fatto che la dottrina e la giurisprudenza oggi maggioritarie ritengano di rinvenire nella Costituzione delle solide basi a fondamento della vigenza nell'ordinamento di un principio di legalità dell'azione amministrativa²⁶, la posizione preferibile sembra essere quella che aggancia il principio di legalità ai valori democratici dell'ordinamento costituzionale.

24 Cfr., su questo punto, F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico* cit., p. 243, il quale ritiene a proposito dell'Amministrazione che: «La sua azione è caratterizzata da una esigenza fondamentale, che si svolga secondo il duplice criterio proprio della comunità, cioè l'optimum da un lato, la pubblicità, la conoscibilità, come si è detto, dall'altro. Una qualsiasi norma, pertanto, è sufficiente a rendere pubblica, conoscibile, ricostruibile, la sua azione. La norma può avere qualunque origine e quindi sia essere posta dal Parlamento in forma di legge, sia risultare da consuetudini o da prassi o da norme poste dall'amministrazione stessa».

25 Sul punto si veda nuovamente ID., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico* cit., p. 248, il quale, tra le varie argomentazioni addotte per sostenere questa posizione, ritiene che l'impossibilità di rinvenire in Costituzione l'enunciazione del principio di legalità discende dalla presenza di numerose riserve di legge speciali. Se davvero il Costituente avesse voluto introdurre nell'ordinamento un simile principio, oltre a farlo esplicitamente, non avrebbe proceduto alla apposizione di queste ulteriori riserve settoriali. In senso conforme si veda anche F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Reggio Calabria, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 41 ss., il quale, oltre ad escludere che possa essere rinvenuta all'interno della Costituzione una norma che sancisca il principio di legalità, ritiene altresì che esso trovi nell'ordinamento amministrativo italiano una declinazione morbida. Infatti, l'Autore, sebbene riconosca che il potere dell'Amministrazione debba sempre rinvenire nella legge Parlamentare la fonte della propria legittimazione, afferma al contempo che la legge non può e non deve disciplinare compiutamente il contenuto del potere. Al contrario, all'Amministrazione deve essere riservata una sfera di discrezionalità sufficientemente ampia da consentirle di provvedere alla miglior cura del pubblico interesse, tramite l'individuazione nel caso concreto del significato da attribuire alla norma attributiva del potere.

26 Si rinvia, sul punto, a P. SANTORO, *Legalità e legittimità: garanzie pluriorдинamentali e livelli di controllo* cit., p. 272; nonché a G. MORBIDELLI, *Ricordando Nicola Bassi nella sua ricerca della legalità in difficile coabitazione con i poteri impliciti* cit., p. 264.

Così come ogni altro principio od istituto che possiedano una funzione di garanzia, anche quello di legalità si evolve di pari passo con l'ordinamento ed esso, per poter realmente assicurare agli amministrati una tutela effettiva degli interessi dei quali sono titolari, non può che implicare che il potere pubblico si fondi su un atto espressione della volontà popolare. L'ordinamento costituzionale italiano, infatti, si fonda proprio sulla supremazia di questa volontà, che si esplica attraverso l'azione dei rappresentanti eletti con metodo democratico. Ne discende che le posizioni dei destinatari del potere possono essere ritenute adeguatamente garantite solo se alla base del potere medesimo vi sia un atto che promana dal popolo sovrano. Così non sarebbe, invece, se fosse consentito alla Pubblica Amministrazione di porre da sé le regole della propria azione: in questo caso si verrebbe a configurare un potere altro e parallelo rispetto a quello esercitato dall'organo Parlamentare.

La legalità negli Stati di diritto, come più sopra messo in evidenza, nasce e si sviluppa in un ordinamento caratterizzato dall'egemonia di una singola classe sociale (quella borghese) che, per il suo tramite, mira ad ottenere le migliori garanzie e ad affermare la propria volontà nell'ordinamento. Nel momento in cui dallo Stato di diritto liberale si passa allo Stato di diritto democratico, appare evidente che le garanzie assicurate dalla legalità, per mantenere la loro forza e pregnanza, debbano essere adattate al nuovo contesto ordinamentale. Ciò significa che la legge, per poter esprimere quelle stesse esigenze di tutela e di affermazione della sovranità, non può che provenire dall'organo Parlamentare ed essere, in questo modo, sinonimo di democrazia²⁷.

D'altronde, se può ritenersi condivisibile il fatto che non sia dato rinvenire nella Costituzione una disposizione espressa relativa alla legalità come principio regolatore dell'azione amministrativa, è anche vero che molti dei principi

27 Si tratta, in sostanza, di prendere atto del fatto che, così come avvenuto nel passaggio dallo Stato assoluto allo Stato liberale, anche nel passaggio successivo allo Stato democratico la legge continua ad essere espressione della sovranità, che si impone e limita ogni altro potere. Cfr., sul punto, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

costituzionali perderebbero il loro significato sostanziali se letti disgiuntamente dalla legalità stessa. Ciò vale, in modo particolare, per i principi dell'imparzialità amministrativa e per il diritto di difesa contro gli atti delle Pubbliche Amministrazioni. Si tratta di principi che, per poter sprigionare tutta la forza garantistica di cui sono intrisi, necessitano di poter fare affidamento sulla legalità, intesa come regola etero-imposta al soggetto titolare del potere. Infatti, così come un'Amministrazione, per essere imparziale, deve agire sulla base di norme che sono state poste da altre istituzioni, allo stesso modo il cittadino, per poter beneficiare di una tutela effettiva contro i soggetti pubblici, deve poter fare affidamento sul fatto che le norme non siano state poste dallo stesso soggetto contro il quale sta agendo.

La legalità si presenta, quindi, come principio storicamente determinato, oggi stabilmente connesso ai valori democratici e dotato di una forte funzione garantistica.

Rimane, a questo punto, da comprendere quale sia il significato più corretto da riferire a questo principio e quali siano i suoi confini semantici. Infatti, si è fino ad ora ragionato intorno della legalità, alle sue origini e alle funzioni che essa assolve nell'ordinamento, ma non si è ancora pervenuti ad una definizione chiara del suo significato.

Anche in questo caso, i significati astrattamente riconducibili ad essa sono molteplici.

In primo luogo, il principio di legalità può riferirsi tanto al potere normativo ed implicare la doverosità di una sua sottoposizione ai dettami della Costituzione o di altra fonte sovraordinata, tanto a quello giudiziario e a quello amministrativo, comportando, in queste ultime due ipotesi, la sottomissione del potere in questione alla legge²⁸.

28 Cfr., sul punto, M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia – Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione 20 – 22 settembre 2007* cit., pp. 62 – 63, il quale ritiene che la dottrina che si è occupata di studiare la legalità lo abbia tradizionalmente fatto in modo eccessivamente parziale, concentrandosi unicamente sui rapporti tra la legge e il potere

Nel diritto amministrativo, la definizione più basilca ed essenziale possibile del principio di legalità è quella della necessità che qualsiasi forma di potere autoritativo trovi nella legge il proprio fondamento²⁹. Tale definizione, oramai non più soggetta ad alcun tipo di contestazione, non è, tuttavia, appagante, posto che non consente di comprendere fino a che punto debba spingersi la fonte normativa nel disciplinare il potere conferito all'Amministrazione.

Parte della dottrina ha ritenuto che, fatta eccezione per le materie coperte da riserva di legge, la norma possa (e, preferibilmente, debba) limitarsi ad attribuire il potere al soggetto pubblico astenendosi dal predeterminarne in maniera dettagliata il contenuto, pena la creazione di un ostacolo al perseguimento degli interessi affidati alla cura dell'Amministrazione³⁰.

Una siffatta configurazione del principio di legalità, basata sulla mancata perimetrazione del concreto contenuto del potere da parte della norma, evoca una concezione di tipo meramente formale, come semplice attribuzione di una potestà i cui precisi contorni rimangono indefiniti.

In un'ottica di questo genere il principio di legalità perde molta della sua forza garantistica, in quanto l'Amministrazione viene resa libera di definire concretamente i contenuti e la latitudine del potere assegnatole. La tutela

pubblico. Accanto a questo significato di legalità, però, è possibile rinvenirne degli altri, tra i quali quello che si riferisce alla latitudine del «potere del soggetto che ne pretenda la titolarità ultima (...) ed afferma che il principe (gli organi costituzionali – politici dello Stato, qualunque ne sia la configurazione positiva) non è mai *legibus solutus*».

29 Si veda, a questo proposito, quanto affermato da N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti* cit., pp. 106 – 107.

30 Di tale tesi si è fatto autorevole portavoce F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa* cit., p. 114, il quale sostiene che l'Amministrazione, nell'esercitare il potere, non compia un'attività di attuazione del dettato normativo ma, al contrario, realizzi un completamento della norma, ponendo in essere un'attività che potrebbe definirsi «politica». L'Autore aggiunge, altresì, che il principio di legalità debba essere rappresentato non più attraverso lo schema «norma-atto-effetto», ma come semplice limite negativo, come non contraddizione dell'azione dei pubblici poteri rispetto al dettato della norma. In una prospettiva analoga si collocano anche le posizioni espresse da F. SATTA, *Il principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico* cit., p. 17, il quale sottolinea come sia necessario che le esigenze di garanzia che sono sottese dal principio di legalità siano bilanciate con quelle dell'efficienza dell'attività amministrativa, in modo tale da evitare che l'Amministrazione risulti «schiacciata da leggi troppo analitiche».

dell'amministrato si riduce alla mera consapevolezza della spettanza del potere ad un determinato soggetto pubblico, rimanendo invece preclusa la possibilità di utilizzare il precetto quale strumento per la predeterminazione consapevole delle proprie azioni e quale elemento di raffronto dell'attività autoritativa incidente sulla propria sfera giuridica.

I rilievi critici messi in evidenza rendono preferibile l'adesione alla seconda accezione del principio di legalità, quella che lo assurge a valore di portata sostanziale.

Questa differente declinazione del principio di legalità si traduce nella doverosa predeterminazione legale del potere pubblico attribuito all'Amministrazione. Ciò non significa che il potere deve essere interamente definito nei suoi contenuti dalla norma che lo pone (questo accade solo nelle ipotesi di attività amministrativa vincolata), ma che debbano essere puntualmente individuati i suoi elementi costitutivi e le loro reciproche connessioni.

Legalità, quindi, come individuazione delle modalità di esercizio del potere e definizione dei suoi limiti. Peraltro, il principio inteso in questi termini non si pone affatto in rapporto antinomico con l'esercizio della discrezionalità amministrativa. Questa continua a mantenere il suo fondamentale ruolo di istituto funzionale alla migliore calibrazione del potere in rapporto alle caratteristiche del caso concreto anche nei sistemi amministrativi che si fondano su una simile concezione della legalità³¹.

31 Quanto affermato è chiarito in maniera brillante ed efficace da N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti* cit., pp. 155 – 156, il quale, nell'illustrare il significato della legalità in senso sostanziale, opera una distinzione tra il principio di legalità *tout court* e la riserva di legge, in questo modo confutando le argomentazioni della dottrina che tende a far coincidere il significato delle due espressioni. L'Autore ritiene che tra principio di legalità e riserva di legge vi sia una differenza di latitudine: il principio di legalità (che si estende all'attività amministrativa nella sua interezza) impone che il potere debba essere disciplinato e tipizzato dalla legge, la riserva di legge, invece, implica un *quid pluris*, perché impone al legislatore l'introduzione di una regolazione capace di andare più in profondità e di limitare maggiormente l'ampiezza della discrezionalità amministrativa. In senso conforme si veda anche G. MORBIDELLI, *Ricordando Nicola Bassi nella sua ricerca della legalità in difficile coabitazione con i poteri impliciti* cit., p. 263 ss., il quale mette in evidenza il fatto che predicare il valore sostanziale del principio di legalità non significa cancellare gli spazi di discrezionalità dell'azione amministrativa che, anzi, sono ad essa connaturati. La legalità non è intesa, quindi, neanche dai fautori della teoria sostanzialistica come meccanica at-

Questa accezione sostanzialistica si collega, pertanto, al valore della tipicità dei provvedimenti, che si aggiunge a quello della mera nominatività e garantisce una tutela giurisdizionale effettiva nei confronti degli atti di esercizio del potere.

L'analisi condotta fino ad ora mostra come il principio di legalità, per il tramite delle teorie democratiche e sostanzialistiche alle quali si ritiene in questa sede di aderire, abbia assunto nell'ordinamento una sua specifica fisionomia. Essa riflette l'immagine non di un valore autonomo, ma, al contrario, funzionale alla realizzazione di ulteriori e diverse garanzie, fondamentali in un ordinamento costituzionale e democratico come quello italiano. Discorrere di legalità significa, pertanto, discorrere di democrazia, separazione dei poteri, pienezza della tutela giurisdizionale e, da ultimo, di buona amministrazione³².

È necessario a questo punto addentrarsi maggiormente nella materia e nelle problematiche che la interessano attualmente. Facendo ciò si finirà per scoprire che il ruolo della legalità come chiave di volta per la realizzazione piena di questi valori, un tempo condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritarie, sta conoscendo in tempi recenti una svalutazione e, a detta di molti, sta attraversando una crisi dalla quale non sembra poter uscire, quanto meno non con le stesse sembianze che aveva in precedenza³³.

tuazione del precetto normativo da parte dell'Amministrazione. Sul punto si vedano anche le considerazioni di S. SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, in *Diritto amministrativo*, 2008, I, p. 230, la quale rinviene il fondamento del principio di legalità nell'articolo 113 della Costituzione e sottolinea come il valore della legalità sostanziale si rinvenga proprio nel diritto dei consociati di poter impugnare in sede giurisdizionale gli atti emanati dalla Pubblica Amministrazione.

32 Sul punto si vedano le considerazioni critiche svolte da S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto XXIII*, 1973, p. 672 ss., il quale esclude che il principio di legalità rinvenga il suo fondamento nei principi della sovranità Parlamentare, dello Stato di diritto o in quello della separazione dei poteri. L'Autore rinviene, invece, il fondamento del principio di legalità all'interno dell'articolo 101 della Costituzione, negando, però, che tale fondamento imponga sempre una raffrontabilità in senso sostanziale dell'atto amministrativo alla legge.

33 Cfr., *ex multis*, B. SPAMPINATO, *Sulla "crisi" di legalità e di certezza del diritto in campo amministrativo*, in *federalismi.it*, 31 maggio 2017.

3. La decostruzione del principio: i fattori di crisi che ne mettono in dubbio l'attualità nell'odierno sistema ordinamentale. La crisi della legge e la moltiplicazione di fonti di produzione normativa, anche avulse dal sistema democratico

Come anticipato *supra*³⁴, il ruolo della legalità sostanziale è oggi messo in discussione.

Ciò è dovuto, in particolare, alle profonde trasformazioni socioeconomiche che hanno investito la società e che continuano a mutarne la fisionomia ad una velocità crescente e che si sono inevitabilmente riverberate anche sull'ordinamento giuridico e sul funzionamento della sua macchina amministrativa. Si è parlato, a questo riguardo, di un diritto amministrativo in trasformazione³⁵.

Che il diritto amministrativo stia attraversando una fase di profondi mutamenti è un fatto risaputo. Mai come negli ultimi anni, tuttavia, i cambiamenti che lo stanno investendo rischiano di mettere in discussione alcuni dei suoi capisaldi fondamentali, tra i quali rientra, appunto, quello della predeterminazione legislativa del potere pubblico. Da cuore pulsante del diritto amministrativo, il principio di legalità sembrerebbe oggi relegato da parte della comunità scientifica al ruolo di anacronistico simulacro di un modello di Pubblica Amministrazione ormai superato, in un diritto amministrativo bisognoso di nuove formule di funzionamento.

Numerosi i fattori che starebbero incidendo con effetto corrosivo sulla tenuta di questo valore.

Uno dei più significativi e dibattuti è identificabile nello stato di crisi nel quale versa oggi la legge parlamentare come fonte primaria della produzione

34 Vedi retro, paragrafo § 2.

35 Questo è anche il titolo di una brillante monografia di N. LONGOBARDI, *Il diritto amministrativo in trasformazione*, Torino, Giappichelli, 2016. Nel capitolo introduttivo (spec. p. 8), l'Autore passa in rassegna una serie di fattori che avrebbero contribuito a cambiare il volto del diritto amministrativo tradizionale e manifesta delle preoccupazioni anche in relazione alla eccessiva fuga verso il diritto privato da parte dell'Amministrazione che, a suo avviso, potrebbe porre problemi in relazione alla centralità del principio di legalità nell'ordinamento e alle garanzie che esso offre ai consociati.

del diritto. Uno stato di progressivo decadimento imputabile ad una pluralità di ragioni.

Tra le principali rientra l'incapacità di tale fonte normativa di introdurre una regolazione chiara ed ordinata in un contesto storico, sociale ed economico in cui la moltiplicazione degli interessi determina un sempre maggiore livello di complessità dei rapporti nei settori bisognosi di regolamentazione. Infatti, si assiste spesso all'emanazione di atti normativi che non solo non riescono a dare risposte appaganti alle esigenze di disciplina che emergono dal tessuto sociale, ma che, in più, si sovrappongono e si coordinano tra loro molto faticosamente³⁶. Si è parlato di «schizofrenia legislativa»³⁷, proprio per alludere alla incontrollata produzione normativa imputabile all'organo parlamentare che, anziché realizzare il valore della certezza del diritto, tende ad ostacolarlo³⁸.

Secondariamente, è stata messa in evidenza la crescente marginalizzazione del ruolo del Parlamento, soprattutto in relazione alla disciplina di materie tecnicamente complesse. In questi ambiti è sempre più frequente il ricorso allo strumento del decreto- legge che, peraltro, per il fatto di fondarsi di frequente su leggi di delega particolarmente elastiche e incapaci di confinare la discrezionalità dell'Esecutivo entro margini ben delineati, configura una vera e propria

36 Si rinvia sul punto a A. RUGGERI, *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, II, p. 575, il quale compie una lucida analisi dei rapporti oggi intercorrenti tra l'inarrestabile intensificazione degli scambi e delle relazioni sociali e del loro conseguente bisogno di tutela da un lato, e l'incapacità delle fonti tradizionali di dar loro risposte soddisfacenti, dall'altro.

37 L'espressione si ritrova in S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il significato formale dell'ideale del «governo delle leggi» (rule of law)*, in *Dir. amm.*, 2011, I, p. 40.

38 A proposito dell'abuso dello strumento legislativo da parte dell'organo parlamentare e del presunto discostamento da un «ideale sistema delle fonti del diritto», si vedano le considerazioni svolte da ID, *Il significato formale*, cit., p. 39, il quale assume posizioni critiche rispetto alle dottrine che ritengono che quello della centralità della “rule of law” costituisca un ideale ormai tramontato, stante la manifesta incapacità della legge ordinaria formale di svolgere un adeguato ruolo di disciplina e tutela degli interessi che si agitano nel corpo sociale. L'Autore, in opposizione a queste teorie, sottolinea l'importanza di mantenere l'ordinamento ancorato ai valori dello Stato di diritto, rispetto alla cui sopravvivenza la *Rule of Law* è ancora in grado di giocare un ruolo fondamentale, pur dovendosi adattare al mutamento dei tempi.

abdicazione della funzione legislativa da parte dell'organo parlamentare³⁹. L'organo assembleare avrebbe, dunque, perso il proprio ruolo di elemento di raccordo con le istanze provenienti dalla popolazione, ormai incapace di dare ad esse una sintesi e di produrre un diritto idoneo a rispecchiare la volontà della maggioranza.

In un contesto caratterizzato dalla debolezza del ruolo del Parlamento e della legge quale strumento del quale il primo si avvale per esercitare la propria funzione, si assiste in parallelo ad un rafforzamento del ruolo della giurisprudenza, che assurge alla funzione di supplente del legislatore, attraverso l'esercizio di un potere giurisdizionale dai connotati sempre più creativi⁴⁰. Si tratta di un risvolto che sottolinea la perdita di una posizione di preminenza nell'ordinamento da parte del principio di legalità e che, per converso, genera un forte momento di frizione con il principio della separazione dei poteri⁴¹.

Alla crisi della legge e alla perdita di rappresentatività dell'organo assembleare si accompagna il ruolo progressivamente più "invadente" assunto dal diritto comunitario e da quello sovranazionale.

Infatti, la penetrazione del diritto sovranazionale nell'ordinamento interno si fa sempre più incisivo e gli spazi occupati da fonti prodotte da attori esterni divengono progressivamente più numerosi⁴². Ciò si deve tanto al conti-

39 Cfr., a questo proposito, G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017, III, p. 3, il quale sottolinea altresì come il ricorso spesso subdolo da parte del Governo alla questione di fiducia in relazione all'approvazione di "maxi-emendamenti" costituisce un ulteriore strumento atto a esautorare il Parlamento della funzione costituzionale che gli compete.

40 A questo proposito si rinvia al brillante contributo di G. P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Diritto pubblico*, 2018, II, p. 313 ss. Il problema era già stato messo in evidenza in precedenza da S. FOIS, *Legalità (principio di)* cit., p. 697, il quale evidenziava come quella secondo la quale il giudice si limiti nel concreto ad applicare il diritto sia una mera illusione.

41 Cfr., A. RUGGERI, *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?* cit., p. 594.

42 A questo riguardo, ID, *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?* cit., p. 596, fa riferimento ad un processo di integrazione sovranazionale «inarrestabile», guidato non solo dal ruolo sempre più influente degli attori sovranazionali, ma anche da un processo di progressiva integrazione tra gli ordinamenti degli Stati. Lo scenario attuale sarebbe sempre più caratterizzato dalla cessione verso l'alto del ruolo di indirizzo politico da

nuo aumento degli ambiti nei quali è espressamente riconosciuta una potestà normativa ad organismi esterni all'ordinamento nazionale (in particolare, l'Unione Europea)⁴³, quanto al fatto che, anche al di fuori delle materie convenzionalmente disciplinate a livello sovra-statale o rientranti tra quelle nelle quali i suddetti organismi esterni vantano un'espressa potestà normativa, è aumentata la porosità dell'ordinamento amministrativo interno rispetto alle influenze esterne⁴⁴.

Quest'apertura rispetto all'efficacia delle fonti esterne di matrice internazionale accresce i dubbi sulla perdurante centralità della legalità amministrativa intesa nell'accezione precedentemente messa in evidenza⁴⁵. Infatti, tanto l'ordinamento comunitario quanto quello internazionale *tout court* si basano su un sistema di produzione del diritto che è solo parzialmente retto da meccanismi attuativi del valore della democraticità⁴⁶.

Si tratta di un fattore che, quindi, mette in crisi la legalità amministrativa, quanto meno nella sua accezione di principio volto all'attuazione della volontà popolare, garanzia degli amministrati proprio in quanto promanante da un organo espresso dal popolo stesso. A ciò si aggiunge il fatto che non è dato rinvenire né all'interno delle fonti comunitarie né all'interno della Cedu un'espressa enunciazione del principio della legalità amministrativa, né si riscontrano nelle pronunce delle rispettive Corti sforzi ermeneutici volti a favorire l'emersione del principio a livello interpretativo⁴⁷.

parte degli organi costituzionali che dovrebbero esserne titolari.

43 Sul punto si vedano le considerazioni svolte da B. SPAMPINATO, *Sull'evoluzione del principio di legalità amministrativa*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, p. 266, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2015.

44 Questo fatto è dimostrato dall'attuale formulazione dell'articolo 1, comma 1, della legge 7 agosto 1990 n. 241 che, dopo la modifica apportata dalla legge di riforma 11 febbraio 2005 n. 15, prevede che l'attività amministrativa sia retta anche «dai principi del diritto comunitario».

45 In senso difforme si veda la posizione di F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 47 ss., il quale vede nella normativa di fonte comunitaria un possibile collante per l'introduzione di una legalità amministrativa di matrice europea.

46 Per un'analisi relativa al deficit di legittimazione democratica che ancora avviluppa le istituzioni comunitarie si rinvia a R. PERRONE, *Rafforzamento identitario dei partiti politici europei e democrazia dell'Unione, quali strumenti?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2017, II, p. 929 ss.

47 A questo riguardo sono interessanti le considerazioni svolte da B. SPAMPINATO, *Sull'evoluzione del principio di legalità amministrativa*, in AA. VV., *Scritti in onore di Franco Bassi*, Napoli, Edizioni

La creazione di crepe nelle pareti del sistema della legalità amministrativa ad opera del diritto di derivazione ultra-statale è accentuata dal crescente avanzamento del, così detto, “diritto amministrativo globale”⁴⁸.

Con tale espressione ci si riferisce al fenomeno del progressivo trasferimento in favore di organismi internazionali, non solo di funzioni relative alla produzione del diritto, ma anche di potestà propriamente amministrative.

In un contesto in cui la globalizzazione⁴⁹ ha modificato tanto il modo di essere della società quanto le dinamiche dei rapporti economici, si assiste anche a livello giuridico ad una rottura delle barriere che fino a pochi anni fa avevano consentito di guardare al diritto amministrativo in una dimensione meramente domestica, per aprirlo ad una prospettiva sovra-statale.

Quest'apertura dell'ordinamento amministrativo ha, però, recato con sé diverse criticità, molte delle quali attinenti specificamente al rispetto del principio di legalità. Infatti, accade di frequente che gli apparati amministrativi delle predette organizzazioni esercitino la propria attività sulla base di regole ulteriori e differenti da quelle contenute all'interno dei Trattati e delle Convenzioni istitutive. Spesso si tratta di norme che vengono recepite dagli ordinamenti giuri-

Scientifiche, 2015, p. 265 ss. L'Autore mette in evidenza come proprio la moltiplicazione delle fonti di produzione del diritto amministrativo e la carenza di democraticità che connota alcune di esse stanno determinando un superamento del valore tradizionale della legalità sostanziale e una sostituzione ad esso di una legalità che assume valore unicamente in quanto capace di assicurare la predeterminazione normativa dell'attività dei pubblici poteri. Quello descritto sembra essere, in altri termini, un processo che conduce all'abbandono della legalità intesa come baluardo e ariete per l'attuazione del principio di democraticità nel diritto amministrativo in favore di una concezione della legalità come mera garanzia della certezza del diritto, secondo una prospettiva propria di una dottrina avversa ad associare al principio in questione un valore democratico, come evidenziato *supra*, § II. Secondo lo stesso Autore questo sarebbe, del resto, un esito coerente con l'impianto proprio sia dell'ordinamento euro-unitario che della Cedu, entrambi estranei al valore della legalità sostanziale e fondati, piuttosto, sulla valorizzazione dei principi della certezza e della prevedibilità del diritto. Su questo ultimo punto cfr., in senso conforme, anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il significato formale dell'ideale del «governo delle leggi» (rule of law)*, cit., p. 42.

48 Una trattazione esaustiva dei fondamenti della “materia” del diritto amministrativo globale è contenuta in S. CASSESE, *Advanced introduction to Global Administrative Law*, Cheltenham, Elgar, 2021.

49 Per alcune osservazioni critiche sui rapporti tra globalizzazione e diritto si rinvia a G. DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, I, p. 1.

dici degli Stati membri e che, dunque, innescano un meccanismo di doppio condizionamento. Questo perché, da un lato, l'ordinamento amministrativo internazionale si rivela poroso rispetto al diritto nazionale degli Stati membri (quelli con più solide tradizioni di diritto amministrativo), e dall'altro, gli ordinamenti degli Stati membri, in quanto sovente obbligati a dare attuazione alle decisioni assunte nell'ambito del contesto amministrativo globale, subiscono l'applicazione di tali principi, che in molti casi presentano un'accentuata estraneità rispetto ai sistemi e alle tradizioni giuridiche degli Stati stessi⁵⁰.

Nel processo decostruttivo della legalità del quale si stanno in questa sede tracciando brevemente i contorni si inserisce anche il rapporto tra il prin-

50 Per un'analisi approfondita del tema dell'affermazione di un diritto amministrativo globale si rinvia a S. CASSESE, *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, II, p. 346. L'Autore, dopo aver tracciato un quadro dettagliato di cosa rappresenti il diritto amministrativo globale e quali siano le sue implicazioni, si sofferma sull'attività degli apparati amministrativi che agiscono a livello internazionale e sulle norme di cui essi fanno applicazione. Dall'analisi condotta emerge che il sistema amministrativo globale applica il principio di legalità in un'accezione particolarmente flessibile. L'azione degli organi amministrativi delle organizzazioni internazionali (che interagiscono sempre più intensamente con gli apparati amministrativi degli Stati, spesso condizionandone fortemente l'azione, e che acquistano anche ruoli più rilevanti nei rapporti diretti con i cittadini) non consiste sempre nell'applicazione delle disposizioni delle Convenzioni internazionali dai quali essi hanno avuto origine, né nell'applicazione di norme di diritto scritto comunque riconducibili all'attività normativa delle organizzazioni stesse. Inoltre, le regole sono applicate in modo diverso a seconda degli attori coinvolti, non esiste un preciso ordine gerarchico tra le norme e vi è una sensazione di grande incertezza sulla singola norma regolatrice della fattispecie concreta, ora desumibile dalle norme poste dalla stessa organizzazione, ora recepita dall'ordinamento giuridico nazionale di uno degli Stati coinvolti. È evidente che un sistema giuridico così articolato non sia conciliabile con una concezione della legalità come quella propria della tradizione del nostro sistema amministrativo, né con un'idea di legalità intesa come garanzia della certezza del diritto e come valore atto a consentire ai cittadini la programmazione delle proprie azioni. A ciò si aggiunge il fatto che l'azione di simili istituzioni è sprovvista del carattere della democraticità. Ciò pone il problema della ricerca di soluzioni alternative atte a compensare tale *deficit* e ad assicurarne l'*accountability*. Sul punto, sono interessanti anche le riflessioni svolte da E. CHITI, *Organizzazione europea e organizzazione globale: elementi per una comparazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, II, p. 363, il quale, nel compiere una comparazione tra il sistema amministrativo dell'Unione Europea e quello proprio dello spazio amministrativo globale mette in evidenza come, pur con le dovute differenze, entrambi i sistemi accolgono un principio di legalità in un'accezione ben più estesa di quella che lo caratterizza a livello interno, che si connota per l'attribuzione anche al diritto di fonte giurisprudenziale di una funzione regolatrice dell'attività degli apparati amministrativi. Per avere un autorevole punto di vista francese sulla dottrina della globalizzazione del diritto amministrativo si veda anche J. B. AUBY, *Droit Administratif et Démocratie*, in M. LOMBARD, *Regulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, 2006, p. 15 ss.

cipio in parola e quello dell'efficienza (o funzionalità) dell'azione amministrativa⁵¹.

Quando si discute di efficienza dell'Amministrazione si ragiona intorno ad un valore che rinviene il suo fondamento normativo nell'articolo 97 della Costituzione, laddove la norma enuncia il principio del buon andamento. Discorrere di Amministrazione efficiente significa ragionare intorno ad un'organizzazione capace di raggiungere i propri obiettivi con il minor dispendio possibile di risorse. Ma si tratta anche di un valore saldamente legato all'idea di un'Amministrazione che non si limiti ad attuare meccanicamente il dettato normativo ma miri, contestualmente, a realizzare gli interessi pubblici demandati alla sua cura e a tutelare le posizioni giuridiche dei consociati. Solo in questo modo, infatti, si può ritenere realizzata l'idea di uno Stato che agisce per la piena realizzazione dei diritti dei suoi cittadini. L'efficienza è intesa, però, anche come dotazione alla Pubblica Amministrazione di strumenti sufficientemente flessibili (segnatamente, le norme attributive dei poteri), che le consentano di perseguire la sua *mission*⁵².

Proprio il fondamento costituzionale del principio di buon andamento e, conseguentemente, di quello di efficienza hanno generato interrogativi in relazione ai rapporti di esso con il principio di legalità. Quest'ultimo, come visto più sopra⁵³, presenta un fondamento costituzionale meno evidente. Ci si è chiesti, allora, se il principio del buon andamento sia subordinato a quello della legalità amministrativa o se, invece, in alcuni casi le ragioni dell'efficienza dell'azione amministrativa possano rivelarsi prevalenti e legittimare, pertanto, un'azione pubblica priva di un fondamento normativo.

51 Per un approfondimento sul tema dell'efficienza dell'organizzazione amministrativa si vedano G. M. SALERNO, *L'efficienza dei poteri pubblici nei principi dell'ordinamento costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1999, e R. URSI, *Le stagioni dell'efficienza – I paradigmi giuridici della buona amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2016.

52 Così R. MARRAMA, *L'Amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza*, in *Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Varenna, 21-23 settembre 1989, Milano, Giuffrè, 1991, 65 ss.

53 Vedi retro, paragrafo § 2.

Il problema, già argomento di acceso dibattito dottrinale in passato⁵⁴, è tornato a destare l'interesse della comunità scientifica negli ultimi anni, soprattutto a seguito dell'incremento delle attribuzioni delle Autorità Amministrative Indipendenti. Tali attribuzioni, per il fatto di concretizzarsi spesso in potestà innominate, incontrano i favori di parte della dottrina che ritiene che queste entità, al fine di perseguire gli scopi che la legge ha loro affidato, debbano poter fare affidamento su un apparato normativo sufficientemente flessibile, comprensivo anche di poteri impliciti⁵⁵.

Ne consegue che, laddove i rapporti tra legalità ed efficienza dell'Amministrazione vengano letti in modo antinomico⁵⁶ e si ritenga di accordare prevalenza, a certi fini, a quest'ultimo valore, gli spazi della legalità amministrativa risultano ridimensionati.

54 È doveroso citare, a questo proposito, le riflessioni compiute da N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti* cit., p. 432 ss. L'Autore si esprime in favore della sovra-ordinazione del principio della legalità rispetto a quello dell'efficienza amministrativa. La dimostrazione della posizione preminente ricoperta dal valore della legalità starebbe nel fatto che le ipotesi in cui è riconosciuto all'Amministrazione un potere indeterminato e, quindi, atipico, sono riconducibili ai casi in cui impellenti ragioni di necessità ed urgenza impongono un'azione immediata e non predeterminabile nei suoi contenuti, finalizzata alla sopravvivenza stessa della comunità. Situazioni che, per la loro eccezionalità, non consentirebbero la realizzazione di un'azione pubblica sorretta dalle ordinarie garanzie. In tutti gli altri casi il potere si configura come legittimo solo se è tipico, in quanto anche il principio del buon andamento (che si rivolge, in primo luogo, al legislatore) soggiace a quello della legalità. La funzione di quest'ultima, intimamente connessa al valore della democrazia, non può essere sacrificata sull'altare dell'efficienza amministrativa e dell'ottimizzazione del rapporto costi – benefici. Nella prospettiva dell'Autore non c'è alcuno spazio, quindi, per una concezione della strumentalità del potere rispetto allo scopo che si spinga al di là dei confini segnati dalla norma attributiva. Considerazioni diametralmente opposte sono svolte, invece, da F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa* cit., p. 165 ss. il quale accorda un maggior valore all'efficienza dell'azione amministrativa e considera deleteria l'eccessiva predeterminazione normativa dell'attività dei soggetti pubblici. L'Autore, in particolare, si esprime nel senso della necessità di un superamento del principio di legalità con quello della costituzionalità dell'azione amministrativa, in base al quale l'azione della Pubblica Amministrazione dovrebbe essere retta, per la maggior parte, unicamente da principi generali di derivazione costituzionale. Ciò, da un lato, consentirebbe di preservare una sfera di discrezionalità sufficientemente ampia e, dall'altro e per conseguenza, assicurerebbe anche l'attuazione di un'azione amministrativa rapida ed efficiente.

55 Sul punto si rinvia, per maggiori approfondimenti, a *infra* § 4.

56 Di contrario avviso è F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'Amministrazione*, in *Foro Amministrativo*, 1997, p. 3309, il quale ritiene, invece, che quelli di legalità e di efficienza dell'azione amministrativa siano due principi complementari, tanto che le inefficienze della Pubblica Amministrazione deriverebbero nella maggior parte dei casi da violazioni di legge.

Da ultimo, un ulteriore fenomeno che sta contribuendo a scalfire la coerenza della legalità amministrativa e della tipicità dei poteri esercitati dalle Pubbliche Amministrazioni è quello della crescente tecnicizzazione dell'attività di regolazione, che si accompagna ad una ridefinizione degli spazi propri della tecnica e della politica.

In una società che si fa giorno dopo giorno più complessa e in cui il ruolo di una tecnologia che si evolve senza un attimo di tregua è sempre più determinante nelle relazioni sociali si assiste, infatti, ad un'ingerenza via via maggiore delle regole della tecnica nella normazione giuridica.

Quello tra tecnica e diritto non è un connubio nato oggi⁵⁷. Da tempo il diritto si serve delle scienze tecniche per avere una maggiore aderenza alla realtà sociale e per introdurre una normativa capace di tenere il passo delle trasformazioni socioeconomiche (questo è dimostrato, innanzitutto, dai numerosi soggetti dotati di competenze tecniche con i quali gli organi rappresentativi si interfacciano durante il procedimento volto all'emanazione dell'atto normativo)⁵⁸.

Tuttavia, mai come in questo momento sembra che i rapporti di peso tra i due termini stiano conoscendo una riconfigurazione, in un crescente appesantimento del piatto della bilancia sul quale poggia la scienza tecnica.

Il ricorso sempre più frequente alle nozioni della tecnica a livello regolatorio si presenta, peraltro, come logico derivato della situazione sempre più critica nella quale versa attualmente la legge Parlamentare, come si è avuto modo di evidenziare più sopra.

E negli anni più recenti l'intensità del ricorso alle soluzioni tecniche ha raggiunto livelli tali che in alcuni casi si è parlato di «fuga dal diritto politico

57 Si veda a tal proposito, per esempio, l'interessante saggio di A.D. ZIMMERMAN, *Toward a More Democratic Ethic of Technological Governance*, in *Science, Technology, & Human Values*, n. XX, 1995, I, p. 86.

58 Sul punto di rinvia a E. D'ORLANDO, *Politica e tecnica nella produzione normativa*, in *DPCE online*, numero speciale, pp. 361 -363.

*tout courts*⁵⁹, per sottolineare un passaggio ulteriore nel processo di allontanamento dell'attività normativa rispetto a qualsivoglia pretesa di democraticità⁶⁰.

Tanti i fattori che sembrano quindi minacciare il perdurante ruolo della legalità come caposaldo del diritto amministrativo e suggerire l'esigenza di una definitiva trasformazione di questa scienza giuridica.

Questi agenti non vanno, però, intesi come slegati gli uni dagli altri. Al contrario, si tratta di tendenze che si legano reciprocamente e che esprimono sinergicamente un cambiamento di approccio rispetto al diritto in generale e, più segnatamente, a quello amministrativo. Sono testimoni di una trasformazione in atto.

Tutti gli elementi di de-composizione passati in rassegna nelle pagine che precedono, peraltro, rivelano un dato comune la cui eccentricità è solo apparente.

Essi sembrano giungere ad una sintesi e convergere allorchè si rivolga lo sguardo all'ordinamento delle Autorità Indipendenti e, in particolare, alle funzioni normative che in molti casi la legge loro demanda.

4. I poteri di normazione delle Autorità Indipendenti. Un ulteriore fattore di spinta verso il superamento della legalità tradizionale nel diritto amministrativo?

59 L'espressione è di ID., *Politica e tecnica* cit., p. 350. L'Autrice affronta proprio il rapporto, spesso, problematico tra il diritto politico e la tecnica, quest'ultima intesa in un'accezione molto vicina a quella di Scienza. Più in particolare, vengono individuate tre diverse tipologie di rapporti tra il diritto politico e la tecnica. Nel primo, quest'ultima svolge una funzione servente rispetto al primo, garantendone una migliore precisione ed aderenza alla complessità della realtà; nel secondo, si assiste ad un arretramento della politica, che riserva alla normazione tecnica alcuni spazi in precedenza occupati da esso; nel terzo, si realizza una situazione in cui la tecnica svolge una funzione concorrente rispetto a quella della politica, spesso sostituendosi ad essa. L'Autrice evidenzia che un assetto dei rapporti riconducibile al terzo tipo si è verificato nel contesto dell'emergenza pandemica, caratterizzato dall'adozione di misure fortemente limitative delle libertà costituzionali dei cittadini il cui contenuto era pressoché riproduttivo dei pareri rilasciati dai consulenti scientifici.

60 Sul problema dello scardinamento del sistema delle fonti e delle problematiche che esso genera anche in relazione al rispetto del principio democratico si rinvia a B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Diritto amm.*, 2015, II, p. 388.

Le Autorità Amministrative Indipendenti sono enti complessi, *sui generis*, difficilmente riconducibili ad una figura o modello unitario⁶¹, inseriti nell'ordinamento italiano attraverso un'opera di problematico incastro.

Le *Authorities*, infatti, sono soggetti giuridici nati negli Stati Uniti, dove hanno preso il nome di *Independent Regulatory Agencies*⁶², affidatarie del compito di assoggettare a regolazione alcuni settori dell'ordinamento ritenuti strategici sotto il profilo economico e sociale. Si è trattato, quindi, di un assoggettamento di questi comparti al controllo regolatorio dello Stato.

Nell'esperienza europea, invece, le Autorità Indipendenti, oltre ad aver fatto la loro comparsa più di recente rispetto a quanto avvenuto negli Stati Uniti, hanno assunto le vesti di paladine della liberalizzazione dei mercati e della tutela dei diritti della persona coinvolti in alcuni settori ritenuti particolarmente sensibili. Chiavi per la sottrazione dei mercati e di alcuni settori economico sociali alle ingerenze delle classi politiche⁶³, hanno conosciuto negli ultimi

61 Su questo punto insiste con particolare fervore G. AMATO, *Autorità semi – indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, III, p. 645, il quale rimprovera alla dottrina dell'epoca di rendersi colpevole di semplificazioni eccessive, che conducevano ad un obnubilamento degli elementi distintivi delle singole entità giuridiche considerate.

62 Per una lettura dedicata all'introduzione del modello delle *Agencies* nell'ordinamento statunitense si rimanda a A. SCALIA, *Le Independent Regulatory Agencies nell'ordinamento statunitense*, in *Rass. Giur. ENEL*, 1996, p. 316 ss. Sul punto si vedano anche le interessanti considerazioni svolte da G. AMATO, *Autorità semi – indipendenti ed autorità di garanzia* cit., p. 650 ss., il quale compie una ricostruzione parallela della storia del sistema amministrativo dei paesi di *common law* (segnatamente, Stati Uniti e Regno Unito) e di quelli dell'Europa continentale. All'interno del contributo viene evidenziata la differente funzione che le *Authorities* sono state chiamate ad assumere nei sistemi di *common law*, nei quali esse sono state introdotte al fine di assoggettare ad una forma di controllo pubblico attività economiche e contesti sociali fino a quel momento abbandonati all'iniziativa dei soggetti privati (stante la mancanza all'interno di questi sistemi di un vero apparato amministrativo assimilabile a quello conosciuto dagli Stati europei). In Europa, al contrario, la comparsa delle Autorità Indipendenti si è registrata a seguito dell'affermazione dei principi di matrice euro – unitaria relativi alla concorrenza ed all'integrazione dei mercati. Pertanto, mentre nel caso degli ordinamenti degli USA e del Regno Unito tali Autorità hanno rappresentato un primo passo verso l'introduzione di istituti propri di un diritto amministrativo di matrice europea, caratterizzati dall'intervento dei soggetti pubblici per la gestione di interessi ritenuti rilevanti per l'intera comunità, nel caso degli ordinamenti europei di *civil law* (caratterizzati da una vera tradizione di diritto amministrativo) la comparsa delle *Authorities* ha significato un arretramento del pubblico in settori che si è deciso di riservare al confronto competitivo dei privati.

63 Cfr., su questo punto, F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice – La potestà normativa delle Autorità Amministrative Indipendenti*, Torino, Giappichelli, 2020.

vent'anni una grande diffusione anche nell'ordinamento italiano. L'introduzione di queste destabilizzanti entità giuridiche ha generato un intenso dibattito dottrinale, vertente, tra gli altri profili, sul problema della compatibilità di un tale modello con il principio della separazione dei poteri, fondamento massimo dello Stato di diritto⁶⁴. Il dubbio è nato dal fatto che le Autorità in questione sono generalmente dotate di un ventaglio di poteri ed attribuzioni che includono tanto potestà di regolazione a carattere propriamente normativo, quanto poteri di tipo più propriamente amministrativo. A queste attribuzioni se ne aggiungo, talvolta, altre riconducibili ad una funzione quasi – giustiziale⁶⁵.

Ciò che più interessa ai fini di questo lavoro è, tuttavia, la concreta configurazione del potere normativo che la legge attribuisce non di rado alle Autorità Indipendenti. Un potere che manifesta un problematico modo di rapportarsi al principio di legalità sostanziale.

Va detto, in primo luogo, che quando la legge fa riferimento ai poteri regolamentari non sembrano esserci più dubbi sul fatto che si tratti di vere e proprie attribuzioni normative e non di potestà amministrative, a seguito di alcune rilevanti pronunce del Consiglio di Stato⁶⁶. Anche nel 2016⁶⁷ il massimo organo di giustizia amministrativa, pur evitando di dare una risposta definitiva al quesito inerente proprio alla natura delle prerogative riconosciute a queste entità e riconducendole all'ambigua categoria della “regolazione”, ha implicitamente rivelato una precisa presa di posizione. Infatti, nell'attribuire a questi atti i carat-

64 Per un maggiore approfondimento sul punto, si veda ID, *Il modello molteplice – La potestà normativa delle Autorità Amministrative Indipendenti* cit., p. 20.

65 Sul punto si vedano le considerazioni di V. DOMENICHELLI, *La giustizia nell'Amministrazione fra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, I, p. 62 ss.

66 Tra le tante, si veda Cons. Stato, Sez. Consult., atti normativi, 14 febbraio 2005, n. 11603/04, parere reso sullo schema di d.lgs. del Codice delle assicurazioni, consultabile all'indirizzo: <https://www.astrid-online.it/amministrazione-pubblica/qualit--de/materiali/qualit--de/giurisprud/4124F349-A11B-4912-A876-64024E503913.html>.

67 Si tratta del Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato sul Codice degli appalti in data 1 aprile 2016, n. 855, in *federalismi.it*, VIII, del 20.04.2016; del medesimo tenore anche il parere Consiglio di Stato, Sez. I, Adunanza di Sezione del 4 marzo 2020, parere n. 615 del 24 marzo 2020.

teri della generalità, dell'astrattezza e dell'innovatività dell'ordinamento giuridico, ha finito per inquadrarli nella categoria delle fonti secondarie del diritto.

Tanto premesso, un inquadramento omogeneo ed unitario di questi poteri è pressoché impossibile, stante la profonda eterogeneità che caratterizza il loro insieme. Si tenterà, pertanto, in questa sede un breve inquadramento sistematico che tenga conto delle peculiarità di ciascuno e che ne metta in risalto i punti di maggiore criticità⁶⁸.

Occorre mettere in evidenza, primariamente, il fatto che la concreta conformazione dei poteri normativi esercitati *de iure* e *de facto* dalle *Authorities* è intimamente connesso e dipende dalla specifica *mission* che l'ordinamento attribuisce loro: quella di introdurre una regolazione capace di stare al passo con i tempi in settori fortemente tecnici che coinvolgono interessi di particolare sensibilità. Proprio il perseguimento di un obiettivo di questa portata implica una certa flessibilità nell'esercizio del potere di regolazione, una malleabilità che consenta risposte rapide e soddisfacenti alle richieste della realtà economico-sociale.

Nel tracciare una siffatta panoramica dei poteri normativi delle Autorità Indipendenti, sembra opportuno prendere le mosse dalle potestà propriamente regolamentari che le leggi istitutive o regolative attribuiscono a molte di esse.

Tali potestà conferiscono alle *Authorities* il potere di intervenire direttamente sul settore assoggettato alla loro vigilanza, mediante l'introduzione di atti suscettibili di innovare il diritto vigente, talvolta con funzione meramente integrativa e specificativa di quanto già affermato a monte dalla legge, talvolta con funzione sostitutiva o, comunque, concorrente rispetto a quella della legge medesima⁶⁹.

68 Il carattere estremamente variegato delle attribuzioni normative delle quali beneficiano le Autorità Amministrative Indipendenti è sapientemente messo in luce da M. A. CABIDDU – D. CALDIROLA, *L'attività normativa delle autorità indipendenti*, in *Amministrare*, 2000, I – II, p. 13 ss.

69 Cfr., G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della repubblica, tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 229 ss., il quale evidenzia che in alcuni casi i regolamenti delle Autorità si pongono in una posizione di vera e propria indipendenza rispetto

L'attribuzione espressa di un potere regolamentare è avvenuta, per esempio, con riferimento alle Autorità operanti nel settore della vigilanza bancaria, finanziaria o assicurativa⁷⁰.

Accanto alle ipotesi in cui è la stessa legge attributiva a configurare quello delle Autorità Indipendenti come potere normativo di natura regolamentare, ve ne sono altre in cui, sebbene non vi sia una qualificazione espressa in questi termini, è comunque possibile riscontrare sotto un profilo sostanziale il carattere normativo del potere attribuito.

Il dato comune che lega queste ipotesi è rappresentato dall'assoluta genericità del potere assegnato. Le funzioni regolamentari sono affidate attraverso il conferimento al soggetto indipendente dell'incarico di perseguire generiche finalità, senza che sia in alcun modo delimitato il contenuto del potere o il suo oggetto. Il potere regolamentare, in altri termini, è svincolato da qualsiasi tipo di vincolo o di limite rintracciabile nella norma che lo legittima e si pone come libero. Infatti, anche quando la legge gli conferisce una funzione di attuazione o di specificazione dell'atto normativo, il potere regolamentare si rivela quasi interamente slegato da quest'ultimo. Questo perché una legge realmente attributiva di quei poteri, a monte e sotto un profilo sostanziale, manca del tutto.

È per le ragioni sopra esposte che in letteratura sono state utilizzate le espressioni «rinvii in bianco e prognosi incerte», per alludere all'ampiezza dei margini di manovra riservati all'affidatario del potere⁷¹.

In questo modo, si verifica nella sostanza un arretramento della legge, che invita le Autorità a riempire gli spazi da essa volutamente lasciati vuoti. La conseguenza è il riconoscimento alla potestà regolamentare delle *Authorities* di «una forza di fatto primaria»⁷². A questo riguardo si è parlato, infatti, dell'opportunità di configurare i rapporti tra la legge e l'atto normativo adotta-

alla legge, inserendosi in una situazione di vuoto normativo.

70 Cfr., F. ZAMMARTINO, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, in *Dirittifondamentali.it*, 2020, I, p. 977.

71 L'espressione è di M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2018, II, p. 177.

to dall'*Authority* non tanto in termini di gerarchia (posto che è difficile discutere di una vera subordinazione dell'atto regolamentare ad una legge che, di fatto, esprime unicamente la volontà dell'organo legislativo di abbandonare il campo), quanto di competenza⁷³.

C'è, in questo scenario, un evidente conflitto con i caratteri propri della legalità sostanziale dell'attività amministrativa⁷⁴. L'assenza di una norma che, oltre ad attribuire formalmente una potestà normativa ad un soggetto amministrativo, provveda anche a definire i contenuti del potere assegnato, comporta una negazione dei valori garantistici e democratici che si pongono alla base dell'esercizio potere pubblico in uno Stato di diritto che si fonda sulla sovranità popolare⁷⁵.

A proposito di tali poteri normativi, si è fatto riferimento alla categoria dei, così detti, “poteri impliciti”, che sottolinea come l'assenza di un'adeguata predeterminazione legale rende il potere pubblico concretamente esercitato im-

72 Questa l'espressione utilizzata da S. SANTOLI, *Principio di legalità e potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2003, III, p. 1793. L'Autore riporta anche alcune osservazioni della Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati nell'ambito di un'indagine conoscitiva del 2000 avente ad oggetto proprio le Autorità Indipendenti, nella quale si evidenzia che l'estrema genericità delle norme attributive dei poteri avvicina i poteri regolamentari delle Autorità Indipendenti alla categoria dei regolamenti indipendenti.

73 Sul punto, si rimanda a M. E. BUCALO, *Autorità Indipendenti e soft law – forme, contenuti, limiti e tutele*, Torino, Giappichelli, 2018, p. 86.

74 Alcuni Autori, tuttavia, ritengono che un obbligo di rispetto del principio di legalità in senso rigido si ponga soltanto nel caso dei poteri provvedimentali, non anche nel caso di quelli regolamentari. Così G. MORBIDELLI, *I poteri normativi delle autorità indipendenti (profili problematici e spunti tratti dalla giurisprudenza statunitense)*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 2010, I, p. 89, il quale sostiene che, in relazione ai poteri regolamentari, il rispetto del principio di legalità può essere assicurato mediante il ricorso ad una serie di strumenti di limitazione della discrezionalità del soggetto titolare del potere medesimo. Al contrario, meccanismi compensativi di questo genere non sarebbero ammissibili in relazione al potere provvedimentale.

75 Si veda, sul punto, la ricostruzione del dibattito dottrinale sulla potestà normativa delle Autorità Indipendenti effettuata da R. TITOMANLIO, *Riflessioni sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti fra legalità “sostanziale”, legalità “procedurale” e funzione di regolazione*, in *Nomos – le attualità nel diritto*, 2017, I, p. 4 ss. L'Autore dà conto dell'esistenza di un orientamento dottrinale particolarmente critico in rapporto alle funzioni normative attribuite a queste Autorità, che, lungi dal rappresentare la chiave per la realizzazione di un sistema amministrativo maggiormente aderente ai valori della democraticità, disporrebbero di un potere discrezionale pressoché illimitato e incompatibile con i principi della rappresentanza democratica e della legalità.

plicito, in quanto la sua concreta consistenza sarà “svelata” direttamente dall'Amministrazione titolare di esso⁷⁶.

In alcuni casi, peraltro, tali poteri assumono un'ampiezza tale da tradursi nella auto-attribuzione da parte delle Autorità Indipendenti di prerogative che esulano completamente dalle previsioni normative⁷⁷.

In queste ipotesi, la frattura del principio di legalità è ancora più fragorosa. Infatti, non ci si trova semplicemente dinanzi a poteri non compiutamente definiti dal legislatore all'interno della norma attributiva, ma a potestà che non sono nemmeno provviste di una base legale, la cui sussistenza viene desunta da un presunto nesso di strumentalità necessaria rispetto all'espletamento delle funzioni assegnate agli enti⁷⁸.

76 In molte occasioni la stessa giurisprudenza amministrativa si è pronunciata in senso favorevole alla compatibilità dei poteri impliciti con i valori dell'ordinamento. Da ultimo, si veda la sentenza della Sezione VI, 14 dicembre 2020, n. 7972, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2021, II, p. 353, nella quale il supremo organo di giustizia amministrativa ha espressamente affermato che «la giurisprudenza amministrativa ritiene che il suddetto principio di legalità possa subire adattamenti nella fase applicativa, riconoscendo l'ammissibilità della categoria dei poteri impliciti». I giudici amministrativi hanno, infatti, da tempo mostrato un approccio particolarmente flessibile al principio di legalità nei casi in cui si abbia a che fare con un potere di regolazione proprio di un'Autorità Indipendente, ritenendo che in questi casi le deviazioni dai canoni della tipicità e della nominatività siano giustificate dalla necessità di disciplinare un settore in continua trasformazione.

77 Un caso emblematico, a questo riguardo, è stato quello della lettura da parte della giurisprudenza amministrativa dei poteri della vecchia Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas, fondata su una lettura particolarmente estensiva dei poteri ad essa attribuiti dalla sua legge istitutiva, la n.481 del 1995. Nella nota sentenza n. 2987 del 29 maggio 2002, la Sezione VI del Consiglio di Stato ha rivelato una concezione particolarmente malleabile dei limiti dei poteri conferiti alle autorità di regolazione. In quell'occasione, infatti, il massimo organo di giustizia amministrativa aveva affermato che la giustificazione del potere normativo dell'Autorità, pur non trovando diretto riscontro nelle norme di legge, dovesse trarsi dalla generale funzione di “regolazione e controllo” ad essa attribuita in relazione al suo settore di competenza. Sul punto, si rimanda alle considerazioni critiche svolte da S. SANTOLI, *Principio di legalità e potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2003, III, p. 1785 ss.

78 Secondo M. CUNIBERTI, *Autorità Indipendenti e libertà costituzionali*, in *Amministrare*, 2000, I – II, p., il ricorso alla dottrina dei poteri impliciti trova spiegazione alla luce della dignità costituzionale degli interessi che le Autorità sarebbero chiamate a gestire. Il valore costituzionale dei valori coinvolti nei settori di competenza di questi soggetti giuridici darebbe una giustificazione all'ampliamento delle prerogative attribuite in modo espresso dalla legge. In altri termini, sarebbe la *mission* stessa affidata a tali organismi e la sua rilevanza di livello costituzionale a rendere lecito uno sconfinamento dalle potestà attribuite dalla legge e conferenti con la funzione da essa assegnata.

La dottrina dei poteri impliciti, originariamente estranea ad un sistema ordinamentale che, come quello italiano, si fonda sul primato della legge e sulla predeterminazione per via normativa del potere pubblico, è germogliata all'interno di sistemi giuridici meno affezionati al valore della legalità. È quanto si è verificato, per l'appunto, all'interno degli ordinamenti statunitense e comunitario. Il primo si è distinto per l'elaborazione della teoria degli *implied powers* già nel 1819, data dell'emanazione della celebre Sentenza Marshall da parte della Corte Suprema⁷⁹; il secondo per l'inserimento all'interno dell'articolo 308 del Trattato istitutivo della Comunità Europea di una previsione dal seguente tenore letterale: «Quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso»

Nonostante l'eterogeneità tra il sistema giuridico italiano e quelli in cui in origine essa aveva visto la luce, la teoria dei poteri impliciti è alla fine penetrata anche all'interno dell'ordinamento nazionale ed è stata ampiamente utilizzata per giustificare l'ampiezza delle prerogative delle quali le Autorità Amministrative Indipendenti fanno esercizio, pur non essendone investite dalla legge⁸⁰.

Si è finito, in questo modo, per legittimare un fenomeno di sostanziale “creazione” del potere direttamente da parte delle Autorità che ne sono titolari. Potendo esse muoversi tra le larghe maglie della legge attributiva, hanno finito per delineare da sé i contorni dei poteri e degli atti che avrebbero esercitato.

79 Teoria che rinvia le sue fondamenta nella così detta *implied powers clause* all'interno dell'articolo 1, sezione VIII della Costituzione degli Stati Uniti.

80 Si esprime in toni aspramente critici sulla configurabilità di poteri impliciti nell'ordinamento nazionale N. BASSI, *Principio di legalità* cit., pp. 420 ss., il quale, nell'inquadrare l'esigenza del ricorso alla dogmatica dei poteri impliciti in una visione del potere pubblico basata sulla prevalenza delle ragioni dell'efficienza su quelle della garanzia, evidenzia come la storia giuridica dell'ordinamento italiano deponga chiaramente in favore del riconoscimento di una posizione preminente, nell'ambito di questa dialettica, proprio alle ragioni della garanzia. Non vi sarebbe spazio, pertanto, se non in rare ipotesi (dotate comunque di una loro giustificazione coerente con l'impianto ordinamentale) per poteri innominati.

Questo è quanto è accaduto, per esempio, nel caso della Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, che nel corso degli anni si è resa protagonista di un'attività di autentica forgiatura di strumenti nuovi e innominati, attraverso i quali ha potuto concretamente definire le generiche prerogative di cui era stata resa affidataria⁸¹.

Una torsione del principio di legalità, dunque. Una deviazione dai suoi schemi ordinari dettata dalla necessità di garantire una gestione efficiente del settore demandato alla cura del soggetto indipendente.

Nel quadro così sinteticamente delineato, si inseriscono altre fattispecie che, pur non inquadrabili nella categoria dei poteri normativi *tout court*, ciò non di meno dimostrano di fiaccare il principio di legalità così come tradizionalmente recepito dall'ordinamento. È il caso degli atti di regolazione flessibile, o, per utilizzare un'espressione diffusa ma non unanimemente accolta, di *soft law*.

Il diritto flessibile, la cui riconduzione nell'ambito della gerarchia delle fonti del diritto è generalmente esclusa dalla letteratura contemporanea⁸², consiste in una categoria aperta di atti che, sebbene sprovvisti di un vero e proprio effetto innovativo dell'ordinamento giuridico, ciò non di meno si rivelano in grado di esercitare sui soggetti destinatari un potente effetto persuasivo. Si par-

81 La questione è esposta chiaramente da M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali* cit., pp. 92 – 93, il quale mette in evidenza come il carattere particolarmente scarno delle previsioni normative di cui alla legge n. 146 del 1990 abbia aperto la strada alla possibilità per l'Autorità stessa di dotarsi di strumenti e di poteri non previsti dalla legge. Anzi, l'Autore sostiene addirittura che, stante la concreta conformazione data ai propri poteri, si sia verificata in alcuni casi una diretta attuazione di valori costituzionali, anche «al di fuori di funzioni tipizzate e precostituite». Sul punto si veda anche M. E. BUCALO, *Autorità Indipendenti e soft law – forme, contenuti, limiti e tutele* cit., p. 193, che fa riferimento alla creazione di strumenti inediti ad opera della Commissione nella gestione delle procedure volte a favorire la conclusione di un accordo tra le parti; nonché P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità* Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 169 – 170, il quale manifesta delle perplessità in ordine all'ampiezza del potere attribuito all'Agcm dall'art. 14-ter della l. 287 del 1990 nell'ambito della procedura negoziata che questo soggetto può condurre con le imprese responsabili della violazione della normativa antitrust. L'Autore ritiene che l'accettazione da parte dell'impresa per via negoziale di impegni esorbitanti rispetto all'illecito commesso e alle finalità dell'istituto della negoziazione possa tradursi nell'appropriazione di prerogative, non solo non previste dalla legge, ma anche esorbitanti rispetto alla funzione attribuita all'Autorità.

82 Cfr., sul punto, B. CELATI, *Soft law nella regolazione dei mercati finanziari e tutela giurisdizionale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2020, II, p. 320.

la, a questo proposito, di una funzione di *moral suasion*, ovvero della capacità di questi atti di imporsi ai destinatari non già in virtù di una forza vincolante (della quale sono sprovvisti), ma in ragione della forza promanante dall'autorevolezza del soggetto che li adotta, generalmente un'Autorità Indipendente.

La *soft law* risponde alle stesse logiche dei poteri effettivamente normativi delle Autorità: quella di predisporre un impianto normativo agile e flessibile che consenta a tali soggetti di compiere la propria missione nel modo più efficace possibile. Nel farlo, tuttavia, pone problemi per certi versi ancor più insidiosi di quelli che connotano gli atti dotati di efficacia vincolante, in quanto assistita da garanzie sotto alcuni aspetti più deboli per gli amministrati, soprattutto durante i processi di elaborazione⁸³.

Un ulteriore ultimo tassello si inserisce nel mosaico che si è voluto comporre in queste pagine.

Questa componente si lega più specificamente ai poteri di risoluzione delle controversie dei quali spesso sono fornite le Autorità Indipendenti⁸⁴. Si tratta di funzioni di gestione e risoluzione delle controversie che dovrebbero garantire, insieme all'esercizio di un maggiore controllo dell'Autorità sul settore di riferimento, anche una benefica funzione di deflazione del contenzioso.

L'elemento di criticità risiede in ciò. Tale funzione è spesso intesa come complementare a quella più propriamente regolativa attribuita alle stesse Autorità. La conseguenza di una siffatta concezione è che le decisioni assunte all'esi-

83 A questo riguardo si rinvia alle considerazioni di F. ZAMMARTINO, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive* cit., p. 980, il quale sottolinea come le procedure che dovrebbero in parte compensare il *deficit* di legalità sostanziale siano spesso sprovviste di un adeguato carattere garantistico. Sono parimenti interessanti le riflessioni di M. E. BUCALO, *Autorità Indipendenti e soft law – forme, contenuti, limiti e tutele* cit., p. 179, la quale, nel ragionare sul funzionamento del potere normativo e para-normativo delle Autorità Indipendenti e sull'affinità di tale impianto con le teorie inerenti alla creazione di un sistema di diritto autopoietico, mette in luce anche le insidie che si possono celare dietro una simile soluzione. Insidie legate, per lo più, ai differenti livelli di forza esistenti tra gli attori del mercato, che possono facilmente consentire ai titolari di posizioni più strutturate di far prevalere la loro volontà su quella dei più deboli.

84 Questo è, per esempio, il caso dell'ARERA (Autorità di Regolazione per Energia, Reti e Ambiente), la quale è dotata di una funzione di risoluzione delle controversie dal d.lgs. n. 93 del 2011, art. 44.

to di queste procedure para – giurisdizionali sono suscettibili di esplicitare i loro effetti nei confronti della totalità degli operatori presenti nel mercato e non solo tra le parti coinvolte. Si realizza un effetto espansivo dell'ambito di efficacia della pronuncia adottata, che in questo modo integra la funzione autenticamente regolatoria. Si è parlato, a questo proposito, di «*regulation by litigation*»⁸⁵.

Tanto i poteri normativi, quanto quelli di regolazione flessibile e quelli di risoluzione delle controversie creano quindi un profondo iato nel lineare sistema della legalità amministrativa, basato sulla immediata derivazione del potere dalla legge, pur senza la negazione al soggetto pubblico di più o meno ampi margini di discrezionalità.

È il caso, tuttavia, di sottolineare che, sebbene le deviazioni rispetto agli schemi della tradizione siano accentuate, ad esse non si è accompagnato un freddo abbandono del valore della legalità. Al contrario, il mantenimento di questo principio è stato assicurato (o, quanto meno, si è tentato di farlo) per altre vie.

Ormai da tempo, infatti, tra le righe delle pronunce della giurisprudenza amministrativa intervenuta sull'argomento risuona l'eco della «legalità procedurale». Sembra quasi che si invochi la scoperta di una sorta di antidoto, capace di porre un freno ai malesseri causati dalla caduta della legalità sostanziale a monte, quest'ultima dovuta all'assenza di una norma di legge capace di circoscrivere le modalità di esercizio del potere⁸⁶. Si tratterebbe di una soluzione consistente nell'assicurare la partecipazione dei soggetti interessati dall'emanazione

85 Sul punto si vedano le riflessioni svolte da M. RAMAJOLI, *Consolidamento e metabolizzazione del modello delle Autorità di regolazione nell'età delle incertezze* cit., p. 176.

86 A questo proposito si veda, per esempio, Consiglio di Stato, Sezione VI, 11/04/2006, n. 2007, in *Foro amm. CDS*, XI 2006, p. 3142, così massimata: «Ai procedimenti regolatori condotti dalle Autorità indipendenti non si applicano le generali regole dell'azione amministrativa che escludono dall'obbligo di motivazione e dall'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione l'attività della p.a. diretta alla emanazione di atti normativi ed amministrativi generali (artt. 3 e 13, l. n. 241 del 1990); infatti, 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 cost., è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative».

dell'atto regolatorio (segnatamente, i membri delle categorie appartenenti al settore regolato) alle procedure che precedono l'emanazione di quest'ultimo, garantendo loro il confronto dialettico con l'Autorità. In questo modo, si dovrebbe assicurare la democraticità dell'attività posta in essere dal soggetto regolatore, pur nell'anomalia della norma attributiva del potere⁸⁷.

Accanto a quello della partecipazione ai procedimenti, altri istituti, come la motivazione degli atti, i vincoli rappresentati dai principi di ragionevolezza e proporzionalità e il carattere eminentemente tecnico e non politico degli atti adottati dovrebbero garantire la salvaguardia del principio di legalità e dei valori che esso reca con sé⁸⁸.

Se l'effettività di questi strumenti di compensazione ha destato e desta tutt'ora non poche perplessità in ordine alla sua effettiva capacità di compensare l'assenza di una base legale dei poteri normativi esercitati dalle Autorità Indipendenti⁸⁹ e getta ombre sulla reale natura delle funzioni da esse esercitate (funzioni meramente tecniche o funzioni politiche di composizione di interessi?), essi hanno avuto, quanto meno, il pregio di rimarcare l'esistenza di un qualche tipo di affezione dell'ordinamento per la legalità, anche in quei contesti in cui la sua sopravvivenza sembra maggiormente minacciata.

87 Il valore compensativo della partecipazione procedimentale in chiave democratica è stato mutuato dall'ordinamento statunitense che, in quanto primo ad aver fatto ricorso alla figura delle *Authorities*, ha anche previsto degli strumenti per favorirne l'*accountability* all'interno del sistema istituzionale. Come peraltro ricordato da G. DE MINICO, *Indipendenza delle Autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2012, I, p. 7, una delle prime preoccupazioni dell'ordinamento statunitense fu quella di affrontare il problema dello *standing*, ovvero di evitare che nell'ambito di queste procedure i soggetti più forti economicamente e meglio strutturati potessero agevolmente far prevalere i propri interessi su quelli delle parti più deboli.

88 Sul punto si rinvia nuovamente a F. ZAMMARTINO, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive* cit., p. 970 ss.

89 Per una critica lucida e ragionata sulle ragioni che non consentono di guardare agli istituti partecipativi come a strumenti davvero in grado di compensare la funzione democratica assoluta dal ricorso alla legge Parlamentare e ai valori rappresentativi che essa incarna, si rimanda a G. DE MINICO, *Indipendenza delle Autorità o indipendenza dei regolamenti? Lettura in parallelo all'esperienza comunitaria* cit., p. 6 ss. In senso parimenti critico si veda M. CONDORELLI, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti come strumento di democrazia partecipativa: mito o realtà?*, in *Jus-online*, 2020, II, pp. 92 ss.

5. Quale ruolo per la legalità nell'ordinamento amministrativo di domani?

Il ruolo della legalità nel diritto amministrativo sembra aver intrapreso da tempo un percorso di trasformazione. Sembra, anzi, che sia lo stesso diritto amministrativo ad aver mutato i suoi caratteri, oramai sempre più distante dalla materia conosciuta e costruita dai suoi moderni padri.

Quanto da ultimo affermato non deve, però, sorprendere, né allarmare. Sarebbe illusorio (nonché controproducente) pensare che una scienza giuridica possa raggiungere un grado di evoluzione tale da consentirle di vivere in uno stato di perenne immobilismo e di restare, da lì in poi, sempre uguale a sé stessa. In quanto scienza che vive nella società e ne interpreta i bisogni, essa è obbligata ad aggiornare i propri sistemi e i propri elementi strutturali quando le più rilevanti trasformazioni della vita di comunità lo rendano necessario. D'altronde, lo stesso sentiero che dal contesto post – costituzionale ci conduce ai giorni nostri ci mostra la storia di un diritto amministrativo che non è mai stato uguale a sé stesso, che si è continuamente rinnovato con l'acquisizione di nuovi principi e nuovi valori, anche e soprattutto dopo l'entrata in vigore della Costituzione⁹⁰. Questi valori, sebbene spesso rintracciati all'interno dell'ordito costituzionale, in molti casi sono emersi solo a seguito di una raffinata attività di interpretazione della giurisprudenza, capace di intuirne l'attualità e la necessità di fronte alle sfide imposte dalla contemporaneità⁹¹.

Resta da chiedersi, alla luce di quanto premesso, quale funzione può essere riconosciuta alla legalità nel diritto amministrativo che verrà. Un diritto che non sembra aver interrotto il suo percorso metamorfico.

90 Si pensi, su tutte, alle più recenti riletture che hanno garantito una nuova valorizzazione dei principi dell'imparzialità e del buon andamento della Pubblica Amministrazione.

91 Si rimanda, a questo proposito, alle considerazioni svolte da F. CORTESE, *Costituzione e nuovi principi del diritto amministrativo*, in *Diritto amm.*, 2020, II, pp. 329 ss., il quale evidenzia come tutti i principi generali dell'attività amministrativa dotati di dignità costituzionale (ad eccezione di quello di legalità) siano stati volutamente consacrati dai costituenti mediante l'utilizzo di formule aperte. Ciò sarebbe stato funzionale a consentir loro di evolversi ed adattarsi alla realtà sociale e di realizzare, così, la propria «pretesa di validità».

La riflessione non può che partire dalla consapevolezza del fatto che la legalità non ha un valore di per sé, ma solo in quanto strumento capace di esprimere e di dare effettività ad altre fondamentali garanzie dell'ordinamento. Come si è avuto modo di evidenziare in precedenza⁹², il suo significato si interseca nell'ordinamento italiano con quelli della democraticità, della certezza del diritto e della raffrontabilità del potere. Da ciò discende che, costituendo questi ultimi i valori fondativi di un sistema giuridico che si fonda sullo Stato di diritto e sulla supremazia della volontà popolare, che qualsiasi "torsione" o "evoluzione" della legalità in tanto potrà ritenersi legittima, in quanto non si traduca in una negazione di tali concetti. Laddove ciò si verificasse, non sarebbe più corretto discorrere di evoluzione del diritto amministrativo. Si tratterebbe, invero, di un collasso del sistema amministrativo - costituzionale nel suo complesso.

Ben vengano, pertanto, nuove forme e strumenti della regolazione che riescano a dar voce in modo più efficace alle sempre più numerose istanze che emergono dal tessuto sociale. Tutto ciò a patto che i nuovi strumenti siano capaci di assicurare la legalità dell'azione amministrativa e si rivelino realmente idonei a realizzare la salvaguardia dei valori che si pongono alla base di quest'ultima.

Proprio con riferimento alla condizione testé richiamata, si è avuto modo di appurare in precedenza che molti dei fattori di destrutturazione della legalità amministrativa non assicurano ancora adeguate garanzie⁹³. Più che all'introduzione di nuove forme di manifestazione della legalità amministrativa, sembra di assistere ad un tentativo di superamento di quest'ultima, come si trattasse di un istituto ormai da accantonare.

Questo è emerso, in particolare, in rapporto al valore della democraticità della normativa di derivazione comunitaria e di quella vasta congerie di atti, sia

⁹² Si rinvia a *supra*, § I e II.

⁹³ Il riferimento è alle considerazioni svolte all'interno del paragrafo § III.

propriamente normativi che di natura para - normativa, provenienti dalle Autorità Amministrative Indipendenti.

Anche con riferimento all'assicurazione della certezza del diritto, però, la fuga dalla legge e dal regolamento crea perplessità non trascurabili.

Quanto detto vale soprattutto per gli atti delle *Authorities*, la cui estrema varietà, unita ad una pressoché assente base normativa a monte, genera dubbi tanto con riferimento alla loro natura giuridica⁹⁴ quanto in relazione al reciproco coordinamento delle regole poste e alla possibilità per i destinatari di averne una facile conoscenza.

Con riferimento a quest'ultimo profilo sembra, anzi, che, in alcuni casi, l'eccessivo ricorso da parte dell'ordinamento al potere di regolazione delle Autorità abbia dato origine ad un quadro normativo fortemente confusionario e disorientante, tale da chiedere un nuovo intervento che garantisca maggiore sistematicità e chiarezza. È proprio sulla base di questa percezione che sembra essere stata introdotta all'interno del D.L. n. 32 del 18 aprile 2019 (il, così detto, "Sblocca – cantieri") la disposizione che prevede che l'attuazione di una serie di disposizioni del Codice dei contratti pubblici, prima demandata alle linee – guida Anac, sia ora affidata ad un regolamento ministeriale⁹⁵.

Sono, questi, segnali importanti che dimostrano che la transizione determinata dall'abbandono della centralità della legge Parlamentare all'interno

94 Sul punto si rimanda alle considerazioni di C. DEODATO, *Le linee guida dell'Anac: una nuova fonte del diritto?*, in www.Giustamm.it, 2016, IV, p. 7, il quale sostiene che la riconduzione delle linee guida dell'Anac alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità Indipendenti (come aveva fatto la Commissione speciale del Consiglio di Stato in occasione del parere n. 855 del 2016) sia una forzatura.

95 Cfr., sul punto, C. CHIARIELLO, *L'inquadramento delle linee guida Anac nel sistema delle fonti alla luce dell'interpretazione del Consiglio di Stato successiva all'entrata in vigore del d.l. n. 32/2019: dubbi interpretativi e questioni aperte*, in www.federalismi.it, 4 novembre 2020, p. 58 ss. il quale evidenzia il fatto che il ritorno allo strumento del regolamento ministeriale sembra essere un segnale della volontà del legislatore di voler assicurare nel sistema dei contratti pubblici una certezza del diritto fino a questo momento non pienamente garantita dallo strumento delle linee – guida. L'Autore sottolinea anche che la previsione da parte del decreto – legge dello strumento regolamentare con funzione attuativa non determina la scomparsa dell'istituto delle linee – guida (che continua ad esistere sia nella forma vincolante che in quella non vincolante), ma comporta un sostanziale ridimensionamento del loro ambito di applicazione.

dell'ordinamento, oltre che non essere stata ancora compiuta, necessita di una serie di importanti aggiustamenti per una sua eventuale piena realizzazione.

C'è da chiedersi, poi, se la legge parlamentare quale fonte principale della disciplina del potere pubblico sia destinata a cedere interamente il proprio ruolo a nuove fonti di produzione (alcune delle quali sempre più orientate verso una produzione del diritto dal basso) o se, invece, possa ancora rivendicare uno spazio da protagonista anche nell'ordinamento giuridico di domani.

Nel rispondere a questo interrogativo non si possono certamente chiudere gli occhi di fronte ad una realtà che (come messo in evidenza precedentemente) è fortemente mutata rispetto all'epoca in cui l'Assemblea Costituente forgiò l'assetto istituzionale dell'ordinamento e gli ingranaggi del sistema democratico. Il contesto attuale ci restituisce un sistema partitico debole e scarsamente rappresentativo e la presenza di spinte centrifughe sia verso l'alto sia verso livelli subordinati rispetto a quello della legge parlamentare, anche nella produzione delle norme atte a disciplinare l'attività delle Amministrazioni Pubbliche.

Ciò, tuttavia, non significa che la legge stessa sia una fonte di produzione del diritto e di disciplina del potere pubblico ormai desueta.

Questo perché, in primo luogo, sarebbe errato credere che, nella storia degli ordinamenti fondati sullo Stato di diritto, solo il contesto socioeconomico attuale, tramite la sua complessità, abbia prodotto l'effetto di mettere in crisi la legge e di gettare ombre sulla sua effettiva idoneità a disciplinare la realtà e dedurre, quindi, da questa constatazione che sia ormai giunta l'ora di un suo definitivo superamento⁹⁶.

In secondo luogo, perché sarebbe parimenti errato imputare alla legge come strumento normativo in sé le contingenti inefficienze e storture che la caratterizzano nel contesto contemporaneo. Tale strumento, pur nei limiti che

⁹⁶ Riflessioni di questo tenore si ritrovano in S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il significato formale dell'ideale del «governo delle leggi» (rule of law)* cit., pp. 40 ss.

sicuramente sono ad esso addebitabili nello scenario giuridico – istituzionale attuale, soffre anche le inefficienze imputabili tanto al legislatore (non sempre capace di dare vita ad un ordito normativo che assicuri chiarezza ed ordine) quanto ai giudici, sempre più propensi ad allontanarsi dal significato letterale della norma attraverso la loro attività ermeneutica.

In altri termini, occorre prendere consapevolezza del mutamento in atto, ma è altrettanto necessario fugare ragionamenti estremistici che non tengano conto del fatto che, nel processo di allontanamento dalla legge, vi sono fattori di crisi di essa che non dipendono dall'inadeguatezza del modello legislativo (o almeno, non solo da esso), ma da una serie elementi contingenti. Proprio sulla base di queste riflessioni che dovrebbe forse impostarsi un dibattito orientato al rinnovamento delle procedure di emanazione della legge, così da renderle più aderenti alle dinamiche del sistema socioeconomico di oggi⁹⁷.

Il percorso fin qui delineato può essere, dunque, sintetizzato efficacemente con una metafora: la legalità può essere vista come un animale che, arrivato il momento propizio, può cambiare la sua pelle, ormai non più adatta a contenerlo, per assumerne una nuova, mantenendo però intatta la sua più intima sostanza.

Analogia particolarmente calzante a proposito della legalità in un ordinamento che pone alla sua base il valore della democrazia.

E per rispondere, dunque, alla domanda fatta in apertura, relativa alla funzione della legalità nell'ordinamento amministrativo di domani, si ritiene doveroso ricordare l'insegnamento di Nicola Bassi, parafrasando il quale si può concludere che nell'eterna "lotta" tra le ragioni della legalità e quelle dell'efficienza della Pubblica Amministrazione non si potrà che accordare prevalenza

97 Sul punto si rimanda, ancora una volta, a ID., *Il significato formale dell'ideale del «governo delle leggi» (rule of law)* cit., p. 41 ss. Sull'argomento si vedano anche le considerazioni svolte da A. RUGGERI, *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?* cit., p. 597, il quale fa riferimento all'esigenza di «procedure semplificate e celeri di produzione giuridica», al fine di poter restituire alla legge una funzione rilevante nell'ambito del sistema degli atti espressivi di potere.

alle prime, in quanto imprescindibili fonti di garanzie per gli amministrati⁹⁸. Questo perché un'Amministrazione, per poter essere efficiente, deve in primo luogo agire in modo conforme alla legge.

98 Si rinvia ancora una volta a N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti* cit., pp. 420 ss., il quale rimarca con insistenza che la figura dei poteri impliciti non può avere cittadinanza nel nostro ordinamento, in quanto nata in sistemi giuridici che, a differenza del nostro, non hanno sposato una concezione forte e sostanziale della legalità amministrativa.