

## **Principio di legalità e principio di certezza del diritto a confronto nella regolazione amministrativa dei servizi economici generali (\*)**

*(\*) Relazione tenuta al convegno su La regolazione dei servizi di interesse economico generale promosso dalla Fondazione Cesifin a Firenze 6 novembre 2009*

Desidero in questa sede brevemente affrontare il tema dei rapporti che si intrecciano, determinando sovente contrapposizioni o comunque sovrapposizioni di non facile soluzione, fra principio di legalità e principio di certezza del diritto quando riferiti alla regolazione dei servizi economici di interesse generale.

1. Per regolazione<sup>1</sup> si intende qui, in senso largamente atecnico, l'intervento di un potere pubblico volto a porre le regole destinate a trovare applicazione all'erogazione dei servizi in questione e alla loro fruizione, indipendentemente dal fatto che si tratti di previsioni di portata generale (valevoli, cioè, per tutti i servizi appartenenti a una data categoria, come per esempio le prescrizioni dettate dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, di seguito Aeeg, nei settori di sua competenza) ovvero di carattere individuale (si allude in questo caso alle disposizioni puntuali, formulate dal concedente al suo concessionario, nell'ambito di un contratto di servizio o con altri provvedimenti singolari), e a prescindere anche dalla natura della regolazione che di volta in volta viene in considerazione (finalistica o condizionale<sup>2</sup>). In questa nozione di regolazione è d'altra parte inclusa, in quanto sua parte essenziale, anche l'attività di vigilanza sull'osservanza da parte dei loro destinatari dei precetti così formulati.

Non si nega, naturalmente, che in queste sue molteplici espressioni la regolazione possa o debba rispondere a parametri strutturali e funzionali spesso assai divergenti: si tratta però di profili di potenziale differenziazione che, per quanto in sé importanti, non sembrano assumere un rilievo determinante rispetto ai ragionamenti che cercherò di condensare nelle pagine che seguono.

Rispetto alla regolazione così intesa, non c'è dubbio che principio di certezza del diritto (con il corollario della tutela del legittimo affidamento) e principio di legalità presentino molti punti in comune: in ultima analisi, l'uno e l'altro, completandosi a vicenda, sottendono l'idea di un'azione pubblica di elaborazione e approvazione delle prescrizioni e di controllo circa la loro applicazione

---

<sup>1</sup> In argomento, fra gli scritti generali più recenti in lingua italiana, si segnalano: S.A. FREGO LUPPI, *L'Amministrazione regolatrice*, Torino 1999; A. LA SPINA – G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna 2000; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino 2002; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas*, Milano 2005.

<sup>2</sup> Per questa distinzione si rimanda ovviamente a L. TORCHIA, *La nuova costituzione economica*, in S. CASSESE – C. FRANCHINI (a cura di), *L'amministrazione pubblica in Italia*, 2<sup>a</sup> ed., Bologna 1994, pp. 137 ss..

sottoposta a superiori vincoli giuridici riguardanti l'autorità competente, il contenuto dispositivo delle decisioni assunte, i loro effetti nel tempo, ecc.

Fra i due principi, però, intercorrono anche notevoli divergenze applicative, perlomeno sotto i profili che ora si passa succintamente a elencare.

2. La certezza del diritto, in effetti, sembra assumere a proprio oggetto principale (come reso evidente dal suo corollario<sup>3</sup>) la posizione del destinatario dell'azione regolatoria, e soprattutto di quello che in qualche misura abbia basato la propria azione su ciò che in precedenza il regolatore abbia fatto o non abbia fatto.

Da questo punto di vista, è importante indubbiamente che la regola sia legittima (cioè in sé conforme ai parametri che di volta in volta assumono rilevanza), ma, per esempio, non è decisivo (per quanto non irrilevante) chi quella regola abbia posto, mentre è dirimente che essa sia coerente con taluni valori di fondo cui l'ordinamento assegni prevalenza (concorrenza, eguaglianza, ecc.).

La certezza del diritto, dal punto di vista valoriale, è insomma incentrata sulla prevedibilità dei comportamenti dell'autorità pubblica e del soggetto che in qualche misura soggiaccia ai suoi poteri di regolazione e di controllo. Ed è esattamente in questo senso che il *rule of law* è inteso nella giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo, che sostiene che, quando un diritto riconosciuto dalla CEDU può essere limitato solo per legge, non è necessaria tanto una legge in senso formale, quanto piuttosto una norma precostituita rispetto al momento dell'applicazione. Il tema della prevedibilità, poi, è centrale (almeno a parole) nelle ricostruzioni della Corte di giustizia in ordine al principio di certezza del diritto.

La certezza del diritto, peraltro, deve essere (o perlomeno dovrebbe essere) rispettata in maniera assai rigida in ambito sanzionatorio, vale a dire nei casi (non necessariamente disciplinati dal diritto penale) in cui alla violazione della regola consegua l'irrogazione di una misura penalizzante a carico del trasgressore. Ma la stabilità del quadro regolatorio di riferimento, naturalmente, non viene in gioco solo in tale ambito, ma di per sé pervade l'intero spettro della regolazione dei servizi di interesse generale, dal punto di vista tanto degli utenti, quanto soprattutto degli erogatori (basti pensare al canone del sistema tariffario certo e basato su criteri predefiniti, di cui è menzione nel comma 1 dell'art. 1 della legge n. 481 del 1995).

Tuttavia, purché non si tratti di applicare sanzioni, la certezza del diritto non sembra determinare inevitabilmente (anche quando vi sia un affidamento davvero meritevole di essere

---

<sup>3</sup> Sulla tutela del legittimo affidamento nei rapporti pubblicistici si veda – oltre ovviamente a F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano 1970 e *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano 2001 – anche S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino 2005.

protetto) un divieto assoluto di modificare in senso peggiorativo la regola precostituita, ma pare comportare semmai la necessità di assicurare al soggetto leso una qualche forma di “indennizzo” (o direttamente in denaro o attraverso misure regolatorie alternative, per lui favorevoli) a fine di mantenere l’equilibrio economico della sua attività. La potenziale flessibilità applicativa del principio (ciò che conta è il risultato finale, l’equilibrio economico, più che i modi attraverso cui lo stesso è assicurato) dovrebbe risultare particolarmente appariscente nella regolazione individuale (il concedente può esigere dal concessionario la costruzione di ulteriori opere strumentali al servizio, non previste inizialmente dal contratto di servizio, garantendo in cambio un congruo allungamento della durata della concessione<sup>4</sup>), ma ben potrebbe trovare spazio anche in quella generale (ai distributori di elettricità o di gas possono essere imposti per legge nuovi obblighi di servizio pubblico in tema per esempio di efficienza energetica, purché i costi aggiuntivi così determinati trovino compensazione in un aumento delle tariffe).

3. Nella sua accezione classica, cui io aderisco, viceversa, per il principio di legalità l’elemento davvero cruciale non è tanto che una norma vi sia, quanto piuttosto chi pone il precetto che deve essere applicato (da tutti: esercenti, utenti, ma anche amministrazioni dotate di potere regolatorio), il che – in un ordinamento democratico – si ricollega ovviamente all’esigenza di un controllo appunto democratico (diretto o indiretto) sull’operato delle autorità investite della funzione normativa. Di più, il principio di legalità implica – attraverso la disciplina del procedimento di formazione delle leggi e della composizione degli organi legislativi – un certo modo (per definizione, politico) di considerazione e ponderazione degli interessi diffusi nella società, destinato poi a riflettersi nella norma.

La funzione istituzionale del principio di legalità, ovviamente, non impone che tutta la regolazione sia contenuta nella legge, ma esige certamente a mio parere che i tratti fondamentali della disciplina di un dato settore siano definiti dalla legge o che, perlomeno, la legge chiarisca in termini sufficientemente precisi quale autorità, a quali condizioni e in vista di quali interessi possa completare la trama normativa lasciata incompleta in sede legislativa.

Il principio di legalità, peraltro, in linea di massima non tollera adattamenti flessibili in sede applicativa, come invece accade per la certezza del diritto: se il mandato legislativo è stato violato, ciò è di per sé sufficiente per giustificare l’applicazione di tutte le conseguenze negative che l’ordinamento collega all’infrazione (come, per esempio, l’annullamento del provvedimento amministrativo contrario alla legge).

---

<sup>4</sup> Evenienza questa molto frequente, almeno in passato, per le concessioni autostradali.

4. Per dirla in poche parole, dunque, nel principio della certezza del diritto prevale l'esigenza della stabilità (se non della regola in sé, almeno dell'equilibrio economico che essa genera), mentre il principio di legalità è imperniato sull'idea della prevalenza delle scelte compiute dal legislatore formale su quelle assunte dagli altri attori sociali, amministrazioni di regolazione incluse.

È qui ravvisabile un primo potenziale conflitto fra i due principi: quando la politica (esprimendosi attraverso la legge) modifica essa stessa il quadro regolatorio preesistente o conferisce mandato alle amministrazioni di farlo, il canone della certezza del diritto rappresenta o meno un limite insuperabile all'innovazione ?

La risposta naturalmente non può essere unitaria.

Si può per esempio sostenere con sufficiente sicurezza che la nuova disciplina legislativa non può pretendere di produrre effetti autenticamente retroattivi (rendere sanzionabile anche per il passato un comportamento che, all'epoca in cui fu posto in essere, era lecito; modificare *ex post* il trattamento giuridico di rapporti ormai integralmente esauriti). Di riflesso, lo spazio disponibile alla volontà riformatrice del legislatore è invece assai ampio, per non dire sconfinato, quando alla legge siano associabili solo effetti davvero circoscritti unicamente al futuro.

Il punto, però, è che proprio nella regolazione dei servizi di interesse generale sono frequenti le ipotesi per così dire ibride, vale a dire casi in cui il quadro normativo esistente in un dato momento è concepito per durare per un certo lasso temporale (il che tipicamente accade per le misure di incentivazione, siano esse fiscali o tariffarie o di altro genere) e il legislatore interviene prima della scadenza preventivata per modificarlo: la circostanza che, in tale evenienza, la modifica legislativa non revochi il beneficio per il passato, ma ne impedisca solo l'applicazione per il futuro, non elimina evidentemente il problema della portata sostanzialmente retroattiva della sopravvenienza legislativa, visto che essa di fatto vanifica scelte imprenditoriali compiute in precedenza sul presupposto della permanenza del diritto a fruire del trattamento di vantaggio per tutto il periodo originariamente ipotizzato.

Vi è stata un'epoca, come è noto, in cui in Italia l'argomento è stato vivacemente dibattuto nella letteratura specialistica riguardante le leggi di programmazione economica, senza tuttavia trovare apprezzabili riscontri pratici.

È sembrato a un certo punto che un sostegno alla tesi della non modificabilità delle leggi di incentivazione prima della scadenza del programma di promozione potesse trovare un saldo sostegno nella giurisprudenza comunitaria e tuttora è frequente che gli orientamenti della Corte di giustizia vengano evocati da chi miri per il loro tramite a invalidare interventi legislativi del genere ora in esame.

Temo però che si tratti di una speranza mal riposta: è vero che nelle sentenze europee viene riconosciuto con grande enfasi il valore fondamentale del principio di tutela dell'affidamento, ma la sua invocabilità in concreto è circondata da tante e tali limitazioni da renderne a dir poco evanescente la reale effettività<sup>5</sup>.

Costante è per esempio l'affermazione secondo cui di tutela dell'affidamento (e, quindi, di certezza del diritto) non può propriamente parlarsi quando ci si trovi al cospetto di un potere discrezionale dell'autorità titolare della competenza regolatoria: ma nella misura in cui un simile potere può essere esercitato anche direttamente dal legislatore (il che è tuttora ben possibile, tranne alcune eccezioni, per il diritto europeo), è chiaro come la condizione – perlomeno nei casi di regolazione a efficacia generale - ricorra praticamente sempre, a meno che (ma si tratta di evenienze rare) non esistano norme superiori (internazionali, comunitarie o costituzionali) che impediscano quella specifica innovazione di regime voluta nella fattispecie dal legislatore.

Altro rilievo assai frequente nei pronunciamenti della Corte, poi, è che la tutela dell'affidamento deve essere in concreto modulata sulle capacità dell'operatore medio di prevedere in anticipo una possibile modifica della normativa vigente e di comportarsi di conseguenza: e quel che appare particolarmente significativo è la totale assenza di qualsiasi tipizzazione degli indizi che potrebbero assumere rilievo in questa prospettiva (possono bastare anche dichiarazioni di esponenti politici).

Sarebbe probabilmente esagerato sostenere che il richiamo al principio di tutela dell'affidamento a fronte di operazioni legislative di riforma del quadro regolatorio esistente costituisca ormai, nelle sentenze della Corte di giustizia, poco di più di una mera clausola di stile: di sicuro tuttavia è difficile non constatare la distanza spesso siderale che intercorre fra la sua enunciazione solenne e le sue pratiche applicazioni.

Il principio della tutela dell'affidamento, peraltro, è stato dichiarato opponibile al legislatore altresì dalla nostra Corte costituzionale, anche al di là delle ipotesi – e il rilievo è di estrema rilevanza ai nostri fini – della protezione dei diritti sociali (come, per esempio, quelli previdenziali) e della salvaguardia del giudicato: in particolare, “la tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti” è stata qualificata dalla Corte alla stregua di un “principio connaturato allo Stato di diritto”

---

<sup>5</sup> La giurisprudenza comunitaria che potrebbe essere citata a questo riguardo è davvero sterminata. Mi limiterò perciò a menzionare, anche per la sua valenza paradigmatica, la recente Corte di giustizia, Sez. III, sentenza 10 settembre 2009 in causa C-201/08, *Plantanol*. Con due leggi del 2003 e del 2004 la Germania aveva garantito l'applicazione di un regime fiscale di favore per la commercializzazione di biocarburanti fino al 31 dicembre 2009. La durata dell'incentivo fino al 31 dicembre 2009 era stata poi confermata da un'altra legge del 15 luglio 2006. Sennonché, con legge del 18 dicembre 2006, il regime in questione è stato abrogato con decorrenza dal 1° gennaio 2007. La Corte, fra le altre cose, ha affermato che il giudice nazionale (al quale compete stabilire se nella fattispecie sia stato violato il principio di tutela dell'affidamento) deve considerare il fatto che l'eliminazione dell'incentivo fiscale era stata prefigurata nel contesto dell'accordo di coalizione del novembre 2005 fra CDU-CSU e SPD da cui poi scaturì il nuovo esecutivo tedesco guidato dalla Merckel.

ed esso è stato dichiarato astrattamente invocabile anche dagli operatori economici allo scopo di rendere insensibili alle sopravvenienze normative posizioni di vantaggio (incluse quelle riconducibili a disposizioni di regolazione dei servizi di interesse generale) acquisite grazie alla disciplina precedentemente in vigore<sup>6</sup>.

L'affermazione è in sé, naturalmente, molto importante, ma, come al solito, è dal modo in cui alla stessa viene dato concretamente seguito che dipende la sua effettività: e, da questo punto di vista, il giudizio che si può formulare sulla giurisprudenza costituzionale non è in fondo molto dissimile da quello appena riservato agli orientamenti del giudice comunitario.

Il principio della tutela dell'affidamento, infatti, non è dalla Corte costituzionale elevato a limite insormontabile rispetto a modifiche (anche a efficacia sostanzialmente retroattiva) del regime sulla base del quale l'affidamento stesso è sorto, bensì è considerato come un fattore che, per un verso, deve essere tenuto in conto dal legislatore che si appresti a introdurre il mutamento e, dall'altro, rende più stringente del consueto il controllo sull'intrinseca ragionevolezza dell'alterazione del quadro normativo previgente.

Quel che conta, insomma, è che vi sia una valida ragione di interesse pubblico che giustifichi il sacrificio dell'aspettativa all'intangibilità delle posizioni di vantaggio acquisite e che la ponderazione operata dal legislatore fra le esigenze legate rispettivamente alla prima e alla seconda non appaia manifestamente incongrua o arbitraria: soddisfatte queste condizioni, la tutela dell'affidamento non costituisce affatto un argine assoluto alle sopravvenienze legislative, il che in pratica significa che, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale come già per quella europea, la sua valenza è assai meno sostanziale di quanto lascerebbe supporre la sua pomposa enunciazione.

5. Esistono d'altra parte anche altri scenari della regolazione dei servizi di interesse generale caratterizzati da un rapporto problematico fra principio di certezza del diritto e principio di legalità.

Per come lo intendo io<sup>7</sup>, al principio di legalità è coesistente il dato costituito dall'impossibilità da parte dell'autorità di esercitare poteri amministrativi che non siano stati espressamente conferiti da parte della legge (anche se poi, l'inciso è opportuno per evitare equivoci, non bisogna cadere nell'eccesso di ritenere indispensabile una perfetta corrispondenza fra il contenuto del provvedimento in concreto adottato e il contenuto della clausola legale da cui l'amministrazione ha ricevuto il mandato ad agire: quest'ultima, in realtà, ben può essere formulata

---

<sup>6</sup> Corte cost., sentenza 9 luglio 2009 n. 206, in tema di denominazione di emittenti radiofoniche locali; Corte cost., sentenza 8 maggio 2007 n. 156, in tema di recupero di contributi pubblici a favore di aziende incaricate di gestire il servizio di trasporto pubblico locale.

<sup>7</sup> Sia consentito il rinvio a N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano 2001.

in termini generali). Il rilievo vale per qualsiasi amministrazione chiamata ad assumere determinazioni imperative (fra cui ovviamente anche quelle di natura regolatoria), ma assume (o, meglio, dovrebbe assumere) un'importanza centrale quando si tratti di autorità indipendenti, a causa della loro ontologica estraneità ai circuiti politico-rappresentativi.

Mi pare peraltro evidente che la stessa esigenza di una sufficientemente puntuale predeterminazione legislativa dei poteri esercitabili dalle istituzioni investite di poteri regolatori sia agevolmente desumibile anche dal principio di certezza del diritto: certezza del diritto significa a mio avviso non solo stabilità e chiarezza della normativa applicabile, al fine di rendere prevedibili le conseguenze dei propri comportamenti, ma anche precisione nell'identificazione delle autorità (anche se in questa prospettiva non importa tanto quale essa sia) cui l'ordinamento assegna la responsabilità di porre le regole (e quindi, se del caso, di modificare quelle già esistenti).

Da questo punto di vista, però, il panorama che ci offre la giurisprudenza italiana appare muoversi in tutt'altra direzione.

Il Consiglio di Stato ha imboccato da tempo una linea interpretativa propensa a svilire il necessario fondamento dei poteri delle autorità di regolazione (e, in particolare, dell'Aeeg) in norme legislative adeguatamente circostanziate. Al contrario, sarebbe in definitiva sufficiente che una misura regolatoria sia funzionale al perseguimento degli interessi pubblici affidati dalla legge alle cure dell'autorità per ritenerla concretamente adottabile, anche se di per sé il suo contenuto non risulti in nessun modo previsto dalla norma attributiva<sup>8</sup>.

Un analogo indirizzo ricostruttivo è peraltro distintamente percepibile anche in relazione ai poteri di regolazione esercitabili con provvedimenti individuali da parte del concedente nei confronti degli esercenti un servizio di interesse generale in regime di concessione: è stato così per esempio ritenuto esistente il potere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dell'Anas di subordinare a una preventiva autorizzazione amministrativa la modifica dell'assetto azionario della società di capitali controllante il concessionario, nonostante il totale silenzio della legge all'epoca vigente sul punto, in quanto giudicato parte integrante delle prerogative istituzionali del concedente finalizzate ad assicurare l'ottimale funzionamento del servizio in concessione<sup>9</sup>.

Tornando alle autorità di regolazione in senso tecnico e in particolare all'Aeeg, vi è da dire che nelle singole pronunce spesso il Consiglio di Stato giunge a una soluzione differente da quella accolta in primo grado in ordine all'estensione dei poteri legali della stessa (il TAR Lombardia parteggia notoriamente per un'interpretazione rigorosa del principio di legalità) muovendo anzitutto da una diversa (e talvolta del tutto ragionevole) ricostruzione della portata delle relative norme

---

<sup>8</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, decisione 17 ottobre 2005 n. 5827.

<sup>9</sup> TAR Lazio, Roma, Sez. III, sentenze 25 gennaio 2007 n. 563 e 2 febbraio 2007 n. 777.

attributive (dalle quale quindi, analizzate in chiave sistematica, viene tratto un contenuto più ampio di quello invece affermato in primo grado).

Fin qui, ovviamente, non ci sarebbe nulla da eccepire: il punto è tuttavia che poi il Consiglio di Stato, anche nelle ipotesi in cui francamente non si avverte la necessità di altre dimostrazioni dell'erroneità della sentenza appellata, sovente si attarda nell'inserimento nella motivazione dell'ulteriore argomento, sopra velocemente riportato, secondo cui comunque una tipizzazione legislativa specifica del potere esercitato non sarebbe stata necessaria..

E che alla base di questo modo di redigere le pronunce vi sia un disegno finalizzato, al di là delle contingenze, ad affermare una versione quanto mai flessibile del principio di legalità applicato all'azione di regolazione è dimostrato dalle decisioni in cui è stato sostenuto (sebbene con riferimento a un'autorità particolare come quella dei contratti pubblici) che non solo il contenuto del provvedimento puntuale non richiederebbe una qualche corrispondenza nel testo legislativo, ma addirittura che sarebbe possibile dedurre dai fini dell'azione stabiliti dalla legge l'esistenza di poteri di intervento diversi e ulteriori rispetto a quelli preventivati dal legislatore (è il caso della facoltà dell'Autorità per i contratti pubblici, prima della successiva tipizzazione formale del potere ad opera del d. lgs. n. 163 del 2006, di annullare le certificazioni giudicate irregolari rilasciate dalle Società organismi di attestazione<sup>10</sup>).

Se non si supponesse una consapevole tendenza ad accogliere solo per le funzioni di regolazione una visione quanto mai edulcorata del principio di legalità, del resto, sarebbe difficile spiegare l'impostazione profondamente differente che lo stesso Consiglio di Stato segue allorquando deve giudicare dell'ampiezza dei poteri, in rapporto alla norma legislativa attributiva, di amministrazioni non agenti in chiave regolatoria.

È emblematica, in questo senso, la lettura diametralmente opposta del principio di legalità che è stata offerta con riferimento a provvedimenti adottati da organi di vertice del nostro sistema politico-istituzionale (il Ministro della salute e la Conferenza Stato-Regioni). In materia di adempimenti connessi al divieto di fumare in locali pubblici, così, sono stati annullati gli atti con cui era stato imposto ai titolari di tali locali di richiamare i contravventori al rispetto del divieto e, in caso di persistenza, di segnalare il fatto ai pubblici ufficiali e agli agenti titolari del potere sanzionatorio: ciò in quanto la fonte primaria (art. 51 della legge n. 3 del 2001; artt. 2 e 7 della legge n. 584 del 1975) prevede sì in capo agli esercenti il dovere di curare l'osservanza del divieto, ma questo dovere si traduce esplicitamente nel solo obbligo di esporre cartelli nei locali; la stessa fonte, d'altra parte, pur demandando a successivi provvedimenti il compito di definire le procedure

---

<sup>10</sup>

La prima è Consiglio di Stato, Sez. VI, decisione 2 marzo 2004 n. 91.

per l'accertamento delle infrazioni, tuttavia espressamente non menziona gli esercenti medesimi fra i soggetti potenzialmente coinvolgibili in tali procedure<sup>11</sup>.

Non deve trarre in inganno, a questo riguardo, un precedente, ancora del Consiglio di Stato<sup>12</sup>, che parrebbe aver sposato una lettura rigorosa del principio di legalità, avendo annullato un provvedimento puntuale dell'Aeeg rivolto all'ex-monopolista del mercato elettrico per mancanza di una sufficiente base giuridica. In quel caso, infatti, la delibera è stata dichiarata illegittima, in ultima analisi, non perché in sé priva di un sufficiente riscontro in una norma di legge, ma perché non preceduta da una determinazione regolatoria di portata generale che ne contemplasse l'adozione al ricorrere di certe condizioni (sicché, se una simile determinazione della stessa Aeeg fosse invece esistita, il motivo di ricorso fondato sulla violazione del principio di legalità non sarebbe stato accolto).

Traspare qui con nettezza un'autentica sovrapposizione di piani fra certezza del diritto e legalità: l'attenzione è concentrata interamente sul primo principio (e, dunque, sulla prevedibilità da parte degli operatori dei comportamenti futuri dell'Aeeg), mentre quello di legalità è lasciato in ombra (naturalmente il rapporto – di inclusione o di esorbitanza – fra misura di regolazione puntuale in concreto adottata e previsione legislativa formale non cambia solo perché vi sia stata l'intermediazione di un provvedimento generale della stessa amministrazione che ha poi assunto l'atto individuale contestato). Se si vuole, attraverso interpretazioni di questo genere si permette al principio di certezza del diritto di operare come elemento capace di neutralizzare le violazioni del principio di legalità.

Né mi sembra realmente accettabile lo scambio, ritenuto invece inevitabile dal Consiglio di Stato sempre in relazione alle competenze delle autorità indipendenti di regolazione, fra legalità “procedurale” e legalità “sostanziale”, sulla base dell'idea che sarebbe proprio la necessità per tali autorità di anteporre alla decisione un procedimento aperto a tutti i potenziali interessati e di fornire una spiegazione sul rigetto delle osservazioni negative a permettere loro di introdurre misure di regolazione non previste dalla legge<sup>13</sup>. Fra questa impostazione e quella, poc'anzi esaminata, incentrata sulla valorizzazione della certezza del diritto, a ben vedere, vi sono chiarissimi collegamenti: si ammette, in sostanza, che le autorità di regolazione - attraverso un'opportuna modulazione della loro attività (vuoi anteponendo una delibera generale a una decisione

---

<sup>11</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, decisione 7 ottobre 2009 n. 6167, recante conferma di TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, sentenza 1° agosto 2005 n. 6068.

<sup>12</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, decisione 10 maggio 2007 n. 2244, recante conferma di TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, sentenza 6 febbraio 2006 n. 246.

<sup>13</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, decisione 27 dicembre 2006 n. 7972. È interessante comunque notare come questa pronuncia sembri valorizzare il dovere per le autorità di regolazione di rispettare il principio di tutela del legittimo affidamento, sebbene anche in questo caso l'accento sia posto più sugli aspetti procedurali (necessità di prendere in considerazione gli apporti partecipativi dei titolari dell'affidamento) che su quelli sostanziali.

individuale, vuoi dando notizia dei propri intendimenti futuri e motivando sulla mancata condivisione delle osservazioni contrarie formulate dai partecipanti all'*iter* decisionale) – siano in grado, con un consistente livello di autonomia, di perseguire propri programmi regolatori, pur nell'ovvio rispetto delle quasi sempre generiche indicazioni funzionali provenienti dal legislatore (promozione della concorrenza, protezione dei consumatori, tutela dell'ambiente, ecc.).

Ma, come il principio della certezza del diritto non può di per sé sostituirsi al principio di legalità (essendo diverse le ragioni di garanzia sottese all'uno e all'altro), così a mio parere è da respingere il tentativo di sostituire una versione “procedurale” della legalità a quella “sostanziale”: quest'ultima postula che, seppure in misura ovviamente non integrale e variabile al variare del tasso di discrezionalità affidato alla fase applicativa, l'assetto degli interessi deciso in un caso concreto dall'amministrazione sia realmente riconducibile a una scelta politica compiuta in sede legislativa; per quanto consistente possa essere il dovere dell'organo procedente di prendere in considerazione il singolo apporto partecipativo e di spiegare i motivi della decisione finale che non vi si adegui, quando la base legislativa del potere esercitato manchi è di fatto l'amministrazione a stabilire in fin dei conti in modo completo il rapporto di prevalenza/soccombenza fra i vari interessi toccati dal provvedimento.

**6.** Se da un lato, dunque, la certezza del diritto (al di fuori, lo si ripete, del settore sanzionatorio) non pare allo stato porre barriere davvero consistenti all'intervento regolatorio innovativo posto in essere direttamente dal legislatore, dall'altro la lettura del principio di legalità che prevale nella giurisprudenza italiana sulla regolazione dei servizi di interesse generale sembra viceversa accordare ai regolatori (si tratti o meno di autorità indipendenti) un'assai ampia riserva di competenza.

Occorre ora chiedersi se e fino a che punto questa riserva di competenza sia protetta dall'ordinamento rispetto alle sempre possibili (e nella pratica assai diffuse) invadenze legislative. Ci si riferisce ai casi in cui, assegnata in via generale una data funzione regolatoria a un'amministrazione, la legge intervenga a imporle scelte puntuali in fattispecie circoscritte ovvero direttamente a sovrapporre una propria impostazione regolatoria a quella privilegiata dall'amministrazione. Gli esempi prospettabili sono innumerevoli: si va dall'ipotesi in cui la legge impone al regolatore in termini precisi (e derogatori rispetto al regime ordinario) un determinato indirizzo (si pensi ai blocchi degli aumenti tariffari fissati per legge) a quella in cui la legge doppia per così dire con proprie disposizioni la disciplina dell'erogazione del servizio stabilita dal regolatore.

La risposta, dopo le osservazioni svolte in precedenza, parrebbe quasi scontata: se il principio di legalità implica la prevalenza del potere legislativo su quello amministrativo e se questa prevalenza si può tradurre anche in una sostanziale violazione del principio della certezza del diritto, sembrerebbero davvero residuare ben pochi impedimenti capaci di contenere la bulimia regolatoria del legislatore.

Qualche riflessione ulteriore sul punto, invece, si impone.

Bisogna chiedersi fino a che punto questa sorta di quasi onnipotenza legislativa sia compatibile con le modalità (organizzative e/o procedimentali) della regolazione eventualmente stabilite dal diritto europeo (la necessità di una compatibilità sostanziale è data qui per scontata).

Si possono dare, al riguardo, essenzialmente due ipotesi. In alcuni casi (il discorso vale soprattutto per i mercati dell'energia e delle telecomunicazioni), la normativa comunitaria ha investito direttamente le autorità di regolazione di determinate competenze. In altre evenienze, invece, l'ordinamento sovranazionale non ha imposto agli Stati membri di adottare particolari formule organizzative, ma richiede che la regolazione avvenga con determinati strumenti anziché con altri.

Secondo l'unico precedente nella giurisprudenza nazionale che ho reperito, l'impostazione regolatoria accolta dal diritto europeo non sarebbe vincolante fino in fondo per il legislatore interno, che quindi sarebbe libero di affiancarvi modalità ulteriori di sua scelta

Il caso<sup>14</sup> riguarda l'erogazione del servizio pubblico di trasporto ferroviario a livello regionale. Il regolamento Cee n. 1191 del 1969 come modificato dal regolamento Cee n. 1893 del 1991 (con disposizione dichiarata applicabile anche ai trasporti ferroviari non nazionali dal d. lgs. n. 422 del 1997), vigente all'epoca dei fatti<sup>15</sup>, individuava con chiarezza nel contratto di servizio intercorrente fra autorità pubblica e impresa esercente l'unico strumento diretto a disciplinare i rapporti fra la prima e la seconda in ordine all'assolvimento di obblighi di servizio pubblico e, per questa via, a regolare il servizio affidato al gestore: si era (e si è) insomma in presenza di un modello di regolazione improntato a una logica consensuale, nel quale ogni aspetto del servizio da erogare (dai suoi profili quantitativi e qualitativi, alla durata del rapporto, al corrispettivo dovuto al gestore, alle eventuali modifiche del contratto originario, alle penalità da comminare in caso di inadempimento) deve trovare necessariamente nel negozio bilaterale la sede esclusiva di regolamentazione.

Secondo il giudice amministrativo italiano, tuttavia, ciò non impedirebbe affatto al legislatore (si tratta qui del legislatore regionale, a causa del riparto di competenze in materia

---

<sup>14</sup> Deciso da TAR Toscana, Sez. III, sentenza 6 febbraio 2008 n. 115.

<sup>15</sup> Il regolamento Cee n. 1191 è stato ora sostituito dal regolamento Ce n. 1370 del 2007 che, sul punto che qui interessa, è se possibile ancora più esplicito.

vigente nel nostro Paese) di imporre l'osservanza (direttamente o, come avvenuto nella fattispecie, per il tramite di un regolamento amministrativo autorizzato dalla legge) di ulteriori prescrizioni e di prevedere l'applicazioni di sanzioni amministrative pecuniarie (aggiuntive alle penali contrattuali) per l'ipotesi di loro violazione: e questo si badi, non tanto in funzione di predeterminare le condizioni nel rispetto delle quali l'amministrazione competente dovrà negoziare con l'impresa il contenuto delle clausole dei futuri contratti di servizio, quanto piuttosto nell'ottica di incidere anche sui rapporti in essere e, comunque, di fissare regole (come dimostra propria la possibile comminazione di sanzioni amministrative) idonee a vincolare l'esercente a prescindere dalle previsioni contrattuali effettivamente sottoscritte.

Per giungere a questa conclusione si è affermato che la natura di servizio pubblico del trasporto ferroviario e il fine perseguito dal legislatore toscano (non già regolare il rapporto con l'impresa ferroviaria, bensì tutelare la posizione degli utenti, la protezione dei consumatori essendo al contempo qualificata come uno degli interessi collettivi fondamentali al cui soddisfacimento devono tendere i servizi pubblici) consentirebbero all'autorità pubblica di adottare atti di regolazione unilaterali, destinati ad aggiungersi a quelli indicati dal diritto europeo e di fatto svincolati dalla logica consensuale sottesa alla disciplina comunitaria in tema.

L'effetto pratico di un'opzione legislativa di questo genere e dell'avallo assicuratore (almeno per ora) dal giudice amministrativo è evidentemente, in definitiva, quello di superare (non importa se per una parte rilevante o no del rapporto) lo schema contrattuale identificato dal diritto europeo come il solo praticabile (schema che, fra le altre cose, risponde alla volontà di creare i presupposti per una gestione dei servizi ferroviari che sia davvero connotata da economicità e che, quindi, sia basata su un quadro di regole accettate preventivamente dall'impresa): e anche solo per questa ragione, cui altre potrebbero essere aggiunte (gli interessi collettivi che il servizio pubblico deve appagare non possono essere qui utilmente invocati; non deve essere dimenticato, infatti, che per la normativa vigente in tanto un rapporto giuridico diretto fra autorità pubblica e impresa ferroviaria è possibile, in quanto si tratti di disciplinare – mediante il contratto di servizio – l'assolvimento da parte dell'esercente di obblighi di servizio pubblico: ma fra questi sono già di per sé inclusi anche quelli rivolti alla tutela degli utenti), si tratta di un esito finale che non sembra per nulla condivisibile.

Segnali di maggiore rigore sono invece provenuti di recente (e non a caso) dalla giurisprudenza europea con riferimento al nucleo essenziale dei poteri che il legislatore comunitario ha voluto che gli Stati membri riservino alle autorità indipendenti (e anche questo non è un caso) concepite dalla normativa sovranazionale come forme organizzative indispensabili del sistema di regolazione di taluni servizi di interesse generale liberalizzati.

La direttiva Ce n. 54 del 2003, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie, stabiliva, come è noto, che l'assetto istituzionale preposto al governo del mercato elettrico dovesse annoverare anche un'autorità indipendente (l'impostazione è stata ora confermata dalla direttiva Ce n. 72 del 2009) e che a questa dovesse essere riservato il potere (art. 23) di “fissare o approvare, prima dell'entrata in vigore, quantomeno le metodologie usate per calcolare o stabilire ... le condizioni di connessione e accesso alle reti nazionali, comprese le tariffe di trasmissione e distribuzione”: in Belgio, tuttavia, una legge aveva attribuito al Governo il potere di indicare all'autorità di regolazione taluni criteri valutativi (riguardanti, in particolare, la valorizzazione degli ammortamenti e la remunerazione degli investimenti relativi a nuove reti o a nuove porzioni di reti di trasporto di energia elettrica riconosciute di interesse nazionale o sovranazionale) cui essa avrebbe dovuto uniformarsi nel dare attuazione al mandato tariffario conferitole dalla norma comunitaria appena richiamata.

La Corte di giustizia, prontamente invocata dalla Commissione, ha censurato la previsione in quanto ritenuta idonea – pur senza privare formalmente l'autorità di regolazione interna del potere di approvare le tariffe - di ridurre, per il tramite della determinazione governativa ivi contemplata, il margine di apprezzamento che il precetto comunitario ha inteso conferire inderogabilmente all'autorità stessa<sup>16</sup>.

In questo caso, dunque, è stata sancita l'inammissibilità di intromissioni esterne (la forma dell'intervento dell'autorità politica - legge, provvedimento basato sulla legge, ecc. - è irrilevante) all'interno del perimetro delle attribuzioni che il legislatore europeo ha affidato al regolatore nazionale. Si tratta di un precedente di estrema importanza, la cui latitudine applicativa non può essere confinata al caso concreto lì in discussione: mi pare infatti lampante la valenza generale della massima formulata dalla Corte di giustizia, applicabile dunque in tutte le evenienze in cui ricorrano condizioni analoghe (e, cioè, una disciplina comunitaria che, nel riferirsi al regime di un servizio di interesse generale, attribuisca la missione di regolarne, anche solo in parte, l'erogazione a un'amministrazione, eventualmente specificando i mezzi giuridici di cui essa può avvalersi a tal fine).

Vi può essere quindi una sorta di dialogo diretto fra il legislatore comunitario e le amministrazioni nazionali preposte alla regolazione dei servizi disciplinati dal primo e la linea di collegamento, che sia stata così instaurata, non può essere soggetta a interferenze, neppure se queste siano addebitabili al legislatore (o, il che è lo stesso, agli organi di governo in base a una previsione legislativa) e, quindi, alle istanze politiche rappresentate nelle sedi parlamentari. Inoltre, ma si tratta ovviamente dell'altra faccia della stessa medaglia, l'intangibilità del patrimonio di competenze che sia stato dato dal diritto europeo ai regolatori (non sempre, in effetti, la normativa sovranazionale

---

<sup>16</sup>

Corte di giustizia, sentenza 29 ottobre 2009 in causa C-474/2008, *Commissione c. Regno del Belgio*.

contiene disposizioni così precisamente riferibili a una regolazione di competenza amministrativa, come accade per i servizi ferroviari, quelli energetici o ancora quelli di telecomunicazione) viene garantita dalle istituzioni dell'Unione (Commissione e Corte di giustizia).

7. Con specifico riferimento alle autorità indipendenti, inoltre, credo che si debbano aggiungere alcune considerazioni ulteriori – in parte ispirate da quanto riferito nel paragrafo che precede – sulle modalità con cui negli ultimi anni viene in concreto esercitata in Italia la funzione legislativa.

A costo di apparire ingenuo, in effetti, il mio attaccamento al principio di legalità è fortemente legato a un certo modo di approvazione delle leggi: non intendo, ovviamente, l'utopica formazione di una volontà generale in un'assemblea da cui siano banditi gli interessi particolari, ma penso almeno alla disposizione legislativa come frutto di un processo deliberativo nel quale – pur con tutti i limiti derivanti dall'inevitabile direzione di una *leadership* politica e dalle altrettanto inevitabili pressioni lobbistiche – i parlamentari siano in grado davvero di influire sul contenuto delle norme in discussione e siano di riflesso destinati a risponderne in qualche misura a chi li ha eletti.

Poco o niente di questo modello è però sopravvissuto nel nostro Parlamento.

Il sistema elettorale attuale rende il parlamentare, di fatto, responsabile nei confronti non dei cittadini votanti, bensì dei vertici (spesso, fra l'altro, sostanzialmente monocratici) dei partiti che li hanno inseriti in posizione utile nelle liste. Per un numero sempre maggiore di leggi (inclusa la finanziaria, che pur dovrebbe rappresentare il momento più qualificante del controllo parlamentare sull'operato governativo), inoltre, si assiste da tempo alla pratica mortificante di un testo normativo (molte volte, fra l'altro, inizialmente introdotto dal Governo sotto forma di decreto legge) che viene trasformato in legge formale (quando si tratta di conversione di un decreto legge, spesso a ridosso del termine di scadenza) sulla base di un maxi-emandamento (predisposto almeno ufficialmente sempre dal Governo, in realtà frequentemente materialmente formulato dagli uffici di qualche Ministero) approvato con voto di fiducia.

Francamente nutro serie perplessità sulla legittimità costituzionale sostanziale di questa prassi. Ma, a parte questo, credo che sia obiettivamente impossibile negare che essa – quando sia utilizzata, come sovente è avvenuto, per imporre scelte regolatorie di dettaglio alle autorità indipendenti competenti – costituisca nella realtà la totale negazione del modello stesso della regolazione tramite autorità.

Quel che in concreto accade in questi casi, infatti, è che il Governo (o, peggio ancora, un singolo Ministro dotato della forza politica sufficiente a imporsi ai suoi colleghi di gabinetto)

ricorre alle formalità legislative (di fatto svuotate del loro autentico significato) per coprire un suo ruolo direttivo diretto (sia perdonato il bisticcio di parole) nei confronti delle autorità, imponendo loro di assumere decisioni puntuali con un certo contenuto, quando non addirittura impedendo loro di esercitare le loro ordinarie competenze in un'ipotesi specifica<sup>17</sup>. Se a ciò si aggiunge che, come l'esperienza recente dimostra, pure i requisiti della preparazione specifica e della sicura autonomia di giudizio (di cui dovrebbero essere in possesso i componenti delle autorità) sono applicati, diciamo così, con una certa allegria dai titolari dei poteri di nomina, se ne ricava un quadro se non preoccupante, perlomeno non molto edificante.

Si potrebbe replicare, al riguardo, che in fondo, se le autorità dipendono per quanto riguarda le loro funzioni e quindi in definitiva per lo stesso loro reale grado di indipendenza dal legislatore, nulla vieta a quest'ultimo – a prescindere dai percorsi procedimentali utilizzati – di modulare nel tempo l'autonomia delle stesse e, se crede, di revocarla del tutto (sebbene non in generale, ma con riferimento a casi particolari).

Questo, dal punto di vista del diritto interno, potrebbe essere forse vero: comincia però a non esserlo più del tutto dal punto di vista del diritto europeo.

Nelle ultime direttive dedicate ai servizi nel campo dell'energia e delle telecomunicazioni, infatti, il legislatore europeo, seppure con formule non coincidenti, ha introdotto il requisito dell'indipendenza delle autorità di regolazione non solo rispetto agli interessi degli operatori economici del settore di loro competenza, bensì anche rispetto ai Governi (fatta salva, nell'ambito dell'energia elettrica e il gas, la facoltà per gli stessi di dettare orientamenti di politica generale)<sup>18</sup>.

Di fronte a previsioni di questo genere, indubbiamente, si potrebbe tentare – per salvare la prassi italiana di cui si è parlato – di ricorrere all'argomento formalistico della veste legislativa ufficiale di cui è ammantata la misura la cui osservanza è imposta all'autorità. Il notorio interesse

---

<sup>17</sup> Gli esempi sono innumerevoli. Si possono citare, fra i casi più recenti, l'art. 2, comma 141 della legge n. 244 del 2007 (in materia di criteri di determinazione, da parte dell'Aeeg, del c.d. costo evitato di combustibile per gli impianti soggetti al regime dettato dalla delibera Cip n. 6 del 1992), l'art. 1, comma 10 del decreto legge n. 134 del 2008, convertito con legge n. 166 del 2008 (in tema di poteri di controllo dell'Autorità *antitrust* sulla nuova Alitalia), l'art. 3, comma 11 del decreto legge n. 185 del 2008, convertito con legge n. 2 del 2009 (in materia di dispacciamento).

Può essere utile ricordare, ancorchè si tratti di un settore diverso, che non si contano ormai le previsioni, quasi sempre puntuali fino all'exasperazione, contenute in un numero davvero consistenti di decreti leggi in materia di concessioni autostradali: lo strumento legislativo viene in questo caso utilizzato al fine in sostanza di consentire allo Stato di modificare unilateralmente le convenzioni regolanti i rapporti con i concessionari. Capita non di rado, poi, che nuove convenzioni autostradali siano approvate, anziché mediante il procedimento amministrativo appositamente previsto allo scopo, direttamente con legge (si veda da ultimo l'art. 8-*duodecies* del decreto legge n. 59 del 2008, introdotto dalla legge di conversione n. 101 del 2008; si consideri che il titolo del decreto legge è "disposizioni urgenti per l'attuazione degli obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee", attuazione alla quale era del tutto estranea l'approvazione delle convenzioni in questione).

<sup>18</sup> Art. 35 della direttiva Ce n. 72 del 2009; art. 39 della direttiva Ce n. 73 del 2009; art. 3 della direttiva Ce n. 21 del 2002, come modificato dalla direttiva Ce n. 140 del 2009.

È necessario considerare che questo ulteriore requisito di indipendenza è stato introdotto in quanto le autorità nazionali di regolazione dell'energia elettrica, del gas e delle telecomunicazioni concorrono al funzionamento di nuovi organismi europei di regolazione.

della giurisprudenza europea per la sostanza delle cose e non per loro sembianze superficiali, tuttavia, potrebbe riservare in futuro qualche sorpresa.

**8.** Chiedo perdono per il carattere affastellato delle riflessioni svolte nei paragrafi che precedono, che a ragione possono risultare non vicendevolmente legate da nessi logici sufficientemente evidenti.

Il difetto è, come è ovvio, anzitutto imputabile a mia personale responsabilità: tuttavia, e non è che con ciò voglia cercare facili scuse, l'assenza di organicità è almeno in parte anche dovuta alle condizioni caotiche nella quali attualmente si trova invischiata suo malgrado la sistematica in generale della disciplina pubblica dell'economia e, in particolare, di quella della regolazione dei servizi di interesse economico generale.

Le cause sono molteplici, e non tutte necessariamente deprecabili (si pensi alla velocità di evoluzione dei mercati e alla conseguente necessità per le autorità pubbliche di adeguare in continuazione le dimensioni e le direzioni dei propri interventi senza andare troppo per il sottile).

Ma quali che ne siano le ragioni profonde, credo che sia sotto gli occhi di tutti che, sotto l'incalzare degli eventi, i grandi principi che dovrebbero disciplinare i rapporti fra il potere pubblico e gli attori economici sembrano ormai sfumare e divenire evanescenti, assomigliando sempre di più a vuoti simulacri di un tempo (se mai c'è stato realmente) che fu: ed è inevitabile che la deriva abbia investito per primi proprio i principi di legalità e di certezza del diritto, che dovrebbero rappresentare le strutture portanti del regime di quei rapporti.

La contrazione temporale (tutto succede in un istante) e spaziale (tutto avviene virtualmente nello stesso posto) che caratterizza l'esperienza quotidiana della contemporaneità ha come stritolato le stanze di compensazione di tipo formale-procedimentale edificate dallo Stato di diritto a garanzia di un ordinato (e, se necessario, lento e faticoso) modo di regolamentazione delle relazioni umane: ciò che realmente rileva sono ormai non le procedure decisionali predeterminate (neppure quando esse sono strumentali al rispetto di valori sostanziali di base per gli ordinamenti democratici), bensì i rapporti concreti di forza fra i diversi attori, istituzionali e non, che si agitano sulla scena in una sempre più vorticoso girandola fatta di continui scambi di ruoli e di connesse responsabilità.

In questa caduta abissale di attenzione per il versante formale (si noti: formale, non formalistico) della produzione giuridica paiono d'altra parte essere coinvolti - il che è particolarmente preoccupante per chi si occupa professionalmente di diritto - anche gli organi giurisdizionali preposti alla verifica delle decisioni pubbliche riguardanti i mercati, i quali - vuoi per smania di protagonismo, vuoi per impossibilità di comportarsi diversamente - sembrano sempre più spesso ispirare le loro decisioni alla logica di dotarsi per il futuro di mezzi di gestione delle

controversie attribuite alle loro competenze (e, cioè, di argomenti ricostruttivi) il più possibile flessibili, al fine di ancorare la decisione di loro pertinenza più che a qualche preconstituita ragione giuridica (in quanto tale riconoscibile e replicabile), a un loro contingente valutazione di opportunità nel singolo caso. Un simile risultato è ottenuto proprio attraverso l'impiego di enunciazioni di principio in cui alla solennità della formulazione linguistica della massima si associa un suo tasso a volte strabiliante di vaghezza<sup>19</sup>, perchè ovviamente quanto più è generica l'affermazione di principio, tanto più è facile piegarne l'applicazione materiale all'obiettivo di mascherare un intervento riconducibile in definitiva alla completa discrezione di chi lo effettua.

Ma se questa è la realtà con cui ci dobbiamo confrontare, qualsiasi pretesa di rigore nella ricostruzione delle coordinate giuridiche che dovrebbero governarla è, prima ancora che destinata inevitabilmente a fornire risultati opinabili, in sé del tutto vana.

NICOLA BASSI

---

<sup>19</sup> Si prenda il caso, di cui si è già parlato, dell'idea patrocinata dal Consiglio di Stato sulla necessità che per le autorità indipendenti di regolazione alla legalità sostanziale si sostituisca una legalità procedurale: è oggettivamente quasi impossibile sapere in anticipo se il livello di apertura procedimentale assicurato nel caso specifico dall'autorità sarà ritenuto successivamente sufficiente dal giudice o se sarà giudicato sufficiente il tenore delle risposte date dalla stessa alle osservazioni che le siano state rivolte nel corso dell'istruttoria.

Ugualmente eclatante è il livello di incertezza generato dall'orientamento della Corte di giustizia comunitaria circa la prevedibilità da parte di un operatore medio dei mutamenti del quadro regolatorio in essere: non è affatto chiaro a quali indici occorra fare riferimento, né esiste una tipizzazione degli avvertimenti, lanciati al mercato dai poteri pubblici, idonei a impedire l'invocazione del principio di tutela dell'affidamento.