

Prof. Giuseppe Morbidelli
Professore ordinario di diritto amministrativo
nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università
"La Sapienza" di Roma

Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*

Sommario

1) All'origine della teoria dei poteri impliciti	2
2) Teoria dei poteri impliciti come criterio interpretativo	4
3) Poteri impliciti dell'amministrazione: distinzione tra poteri regolamentari e poteri provvedimentali.....	6
4) L'attribuzione di poteri regolamentari per obiettivi	8
5) (segue): Conseguenze sul punto della delimitazione dei poteri: le querelles sui poteri impliciti di AEEG.....	15
6) Enucleazione di un criterio di individuazione – legittimazione dei poteri regolamentari impliciti mutuato dalla Corte Suprema USA	19
7) Regolamento e provvedimento	23
8) I poteri impliciti nei provvedimenti.....	25
9) Provvedimenti e poteri impliciti: il controlimite del principio di tipicità.....	30
10) I poteri provvedimentali impliciti: casistica e relative "ragion per cui";	32
a) Il potere di autotutela esecutiva a difesa anche di beni del patrimonio indisponibile;	32
b) Il potere di ciascun ufficio amministrativo di vietare o permettere a terzi l'accesso e/o la permanenza negli edifici in cui l'ufficio adempie alle proprie funzioni pubbliche;	32
c) I poteri dell'Amministrazione vigilante:	32
ca) Il potere di annullamento degli atti dell'ente vigilato;	32
cb) I poteri interdittivi ed inibitori;	32
cc) Il potere di scioglimento degli organi direttivi;	32
cd) Il potere di nomina di un commissario ad acta;	32
ce) Il potere di emanare atti di indirizzo;	32
d) Diffida;	32
e) Avvertimenti al pubblico;	32
f) Convalida, rettifica e sanatoria "giurisprudenziale";	32
g) Il potere di ispezione;	32
h) Il potere di sospensione.....	32
11) Poteri provvedimentali impliciti e principi generali.....	48
12) I poteri impliciti per estensione dell'oggetto (con particolare riguardo ai provvedimenti di AGCM).....	52
13) (segue). Gli impegni di cui all'art. 14 ter l. 287/1990.....	60
14) I poteri impliciti di prestazione	64
15) Conclusioni.....	68

*Il presente scritto costituisce la relazione presentata al 53° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 20-22 settembre 2007 avente ad oggetto "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia".
Esso è destinato agli Studi in memoria di Vincenzo Caianiello

1) All'origine della teoria dei poteri impliciti

La individuazione e la delimitazione dei c.d. poteri impliciti costituisce da sempre uno dei punti critici del diritto pubblico¹. Se volessimo, anche le dispute circa i confini dei poteri dell'Imperatore del Sacro Romano Impero e delle frastagliate e diffuse comunità intermedie dell'epoca medievale ruotavano sovente attorno alla sussistenza o meno di poteri impliciti. Oppure, più recentemente, nelle forme di governo improntate alla monarchia costituzionale, si era soliti ravvisare una serie di poteri impliciti del Sovrano². Comunque, come notissimo, la teoria dei (e il dibattito sui) poteri impliciti ha la sua musa nell'ultimo comma della sez. 8^a dell'art. 1

¹ Ma anche del diritto privato: mi limito a ricordare il recente dibattito nel diritto tedesco con riguardo alle competenze implicite dell'assemblea generale (*Hauptversammlung*) delle società per azioni. Sentenza fondamentale per lo sviluppo di tale problematica è la sentenza *Holz Müller* del BGH (1982), nota come *Holz Müller-Urteil*: è in questa sentenza, infatti, che vengono riconosciute per la prima volta all'assemblea generale delle "competenze non scritte" (cioè non espressamente sancite nella legge tedesca sulle società per azioni, AktG), in particolare il potere di partecipare a processi decisionali che in genere invece, secondo l'AktG, atterrebbero unicamente al consiglio di gestione (*Vorstand*). Nella specie appunto si è stabilito che è potere implicito dell'assemblea generale quello di influire, in casi "eccezionali", sulla gestione dell'azienda – potere di per sé non incluso nell'elenco delle competenze dell'assemblea generale del §119/AktG e esplicitamente attribuito invece al consiglio di gestione (§ 76/AktG). Secondo la Corte infatti vi sarebbero alcune decisioni fondamentali che, pur rientrando nelle competenze esclusive del consiglio di gestione, hanno effetti di tale entità sui diritti corporativi degli azionisti e sui loro interessi patrimoniali (rappresentati dalle quote possedute), che il consiglio di gestione "non può pensare ragionevolmente di poterle prendere sotto propria esclusiva responsabilità senza consultare l'assemblea generale". In questi casi, continua la sentenza, il consiglio di gestione "viola il proprio dovere di accuratezza". Ricordo subito tale caso per far presente che, come sempre quando si vanno ad individuare poteri impliciti, ciò non può non generare incertezze giuridiche e dare adito ad accese controversie circa l'interpretazione, la natura e il margine di applicazione dei poteri impliciti dell'assemblea generale. Si è parlato di "*Wüste der Rechtsunsicherheit*" (deserto dell'incertezza giuridica). La giurisprudenza successiva del BGH, (v. le sentenze *Gelatine*, BGH, Urteile vom 26. April 2002: Az. II ZR 154/02 e Az. II ZR 155/02) ha definito le competenze implicite dell'assemblea generale come il risultato di un'aperta "evoluzione del diritto" (*offene Rechtsfortbildung*).

² Sulla presenza di consistenti poteri d'influenza impliciti e espliciti, da parte del monarca, attraverso l'esecutivo, o in quanto capo dello Stato: v. ora M. Kirsch, *Monarch und Parlament im 19. Jahrhundert. Der monarchische Konstitutionalismus als europäischer Verfassungstyp*, Göttingen, Vandenhoeck u. Ruprecht, 1999.

della Costituzione USA (c.d. *implied powers clause*), che attribuisce al Congresso il potere di fare tutte le leggi necessarie e opportune per l'esercizio dei poteri enumerati nella sezione stessa e tutti gli altri poteri che la Costituzione conferisce al Governo degli Stati Uniti o ai suoi dicasteri ed uffici. Fu proprio facendo leva su tale disposizione che Hamilton, nella sua qualità di segretario del Tesoro, fornì al Presidente Washington la teoria degli *implied powers* atta a giustificare la conformità a Costituzione della istituzione di una Banca Nazionale. Teoria poi ripresa e rinsaldata dalla Corte Suprema nel 1819³, e che poi - come alla fine del XIX secolo ebbe ad osservare il futuro Presidente W. Wilson - ha costituito il principio dinamico basilare della teoria costituzionale americana. In virtù di essa sono costituzionali tutti i mezzi adottati dal Governo i quali siano idonei a raggiungere lo scopo della Costituzione, e nel contempo coerenti con la lettera e lo spirito della stessa. L'unico limite è che non si tratti di divieti espressi o che non si tratti di potere così importanti ed indipendenti - come lo sono, ad es., quelli di far la guerra o di introdurre imposte - che non possano essere logicamente intesi come *implied o incidental* in altri poteri, o usati come un mezzo per esercitarli⁴.

La *necessary and proper clause*, nell'interpretazione dettata in *MacCulloch v. Maryland*, ha fatto sì che la Corte Suprema ha considerato "potere implicito" del Congresso ad esempio la creazione di un ampio diritto penale federale, un'ampia regolamentazione del diritto del lavoro, l'esecuzione di ispezioni parlamentari, la fondazione di altri tipi di società private oltre alle banche, la possibilità di impiegare tutti i mezzi possibili, anche la confisca, per l'esazione delle tasse, il diritto di espropriazione, il diritto di negare l'accesso agli stranieri o di espellerli.

La teoria dei poteri impliciti è stata del resto intesa come propria di ogni ordinamento e di ogni testo normativo (quando questo non lo escluda espressamente), anche cioè in carenza di una clausola come quella *de qua*. Risponde anzi ad una esigenza di interpretazione evolutiva, in quanto

³ Nel noto caso *MacCulloch vs Maryland*, 17 U.S. 326 (1819) (consultabile sul sito: http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1_8_18s14.html) in cui si ebbe ad affermare che “se lo scopo è legittimo e costituzionale allora tutti i mezzi che sono appropriati e vengono adottati chiaramente al fine di raggiungerlo e che non sono espressamente vietati dalla Costituzione, ma anzi sono coerenti con il testo e lo spirito della Costituzione, sono costituzionali”.

⁴ Per una trattazione sintetica di questa dottrina v. L. TRIBE, *American Constitutional Law*, Mineola-New York, 1988, 2^a ed., 300 ss.

consente di adattare la normativa (specie quella dotata di rigidità, come le costituzioni moderne) via via ai bisogni del tempo⁵.

2) Teoria dei poteri impliciti come criterio interpretativo

Inutile dire poi che il potere implicito costituisce un principio proprio del diritto internazionale pubblico: un trattato internazionale implica anche la presenza di previsioni, pur non espresse, ma che risultino essere necessarie per la ragionevole applicazioni delle previsioni dello stesso trattato e per il raggiungimento dei suoi scopi. Esso del resto ha una espressa canonizzazione nell'art. 308 (già 235) Trattato CE, che autorizza ogni azione della Comunità che "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". Di talché, per quanto tale ordinamento sia nato come titolare di "competenze d'attribuzione", cioè di *enumerated powers*, si è subito caratterizzato come un sistema orientato in senso finalistico; ciò del resto è ben percepibile ove si consideri la progressiva espansione delle competenze comunitarie, la cui causa prima è data dal fatto che le competenze della Corte sono formulate in termini finalistici, ovvero secondo una tecnica redazionale che le rende più simili a "titoli trasversali", che non a vere e proprie "materie". Sicché è acquisito che la competenza attribuita ad un'istituzione comunitaria le conferisce nel contempo anche il potere di adottare misure che non sono previste espressamente e "nominatamente" nei trattati, ma risultino essere indispensabili per assicurare un esercizio efficace e appropriato di tale competenza. Le competenze non vengono cioè dedotte da un'analisi degli obiettivi dei trattati, bensì dal fatto che esse servono all'esercizio dei poteri di cui la Comunità è già dotata⁶.

Ed invero la tesi dei poteri impliciti costituisce un metodo interpretativo, anche se la terminologia impiegata non è univoca: nel diritto tedesco si usa in genere il termine *ungeschriebene Kompetenzen* (competenze non scritte), ma si hanno anche espressioni quali "*mitgeschriebene Kompetenzen*" (lett.

⁵ V. in tal senso già A LEVI, *La teoria hamiltoniana degli implied powers della Costituzione*, in *Accademia Nazionale dei Lincei, Rendiconti della classe scienze morali, storiche e filologiche*, serie VIII, vol VI, 1952, 513.

⁶ Su questo tema v. per tutti R. CALVANO, *I poteri impliciti comunitari. L'art. 308 TCE come base giuridica per l'espansione dell'azione comunitaria*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006, 91 ss.

“competenze con-scritte”, ovvero non verbalmente espresse ma implicite in ciò che è “scritto”), “*mitgedachte Kompetenzen*” (“competenze sottointese”), o competenze annesse (*Annexkompetenzen*), o competenze derivate dalla natura delle cose (*Kompetenzen kraft Natur der Sache*) o competenze che derivano dalla peculiare relazione tra diversi ambiti di regolamentazione (*Kompetenzen kraft Sachzusammenhang*).

Fatto sì è che l’“implicito” è tradizionalmente e comunemente accettato: basti pensare da un lato al brocardo nel più sta il meno, e dall’altro ai limiti impliciti, che, per dottrina prevalente e giurisprudenza della Corte Costituzionale, investono da noi il potere di revisione costituzionale o l’ammissibilità dei referendum abrogativi. E ovviamente l’implicito investe *in primis* la individuazione dei poteri degli organi: ad es. la Corte Costituzionale ha affermato che la Commissione inquirente deputata a svolgere indagini di natura istruttoria, strumentalmente connesse ad un processo penale (nel vigore dell’originario art. 96 Cost.), ha il potere di adottare anche misure restrittive della libertà personale, ai sensi del comma 2 dell’art. 13 Cost., in quanto ciò è connaturale all’esercizio di attribuzioni siffatte, in vista del promuovimento di una accusa⁷.

Del resto la nostra Corte Costituzionale, sia talvolta nel determinare i contenuti delle materie (e delle c.d. “materie non materie”), sia nella pluricommentata sentenza 303/2003, nella sostanza fa applicazione della teoria dei poteri impliciti: in particolare la 303 è leggibile nel senso che è implicito nell’art. 118, comma 1° Cost., l’attribuzione di una competenza legislativa allo Stato (additiva rispetto a quelle di cui all’art. 117) atta a disciplinare funzioni che richiedono per ragioni di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza un esercizio a livello centrale⁸.

⁷ V. Corte Cost. ord. 7 maggio 1977, con nota adesiva sul punto di A. PACE, *Ancora sulla legittimità dei poteri coercitivi della commissione “inquirente”*, in *Giur. Cost.*, 1977, 1306 ss.

⁸ Nel senso che l’art. 118, comma 1° esprime una ulteriore materia, che potrebbe chiamarsi individuazione e disciplina delle funzioni amministrative statali nelle materie di potestà legislativa regionale, cioè una sorta di materia implicita attribuita allo Stato, in quanto additiva rispetto all’elenco dell’art. 117 Cost. sia consentito rinviare a G. MORBIDELLI, *La localizzazione e la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici tra Stato e Regioni*, in *Atti del Convegno – Titolo V della Costituzione ed opere pubbliche* (in ricordo di Vincenzo Caianiello), Bologna, 2002, 63.

La teoria dei poteri impliciti è dunque soprattutto un criterio interpretativo, talvolta indubbiamente esercitato in maniera discutibile, ma che è funzionale alla individuazione del contenuto del precetto legislativo.

3) Poteri impliciti dell'amministrazione: distinzione tra poteri regolamentari e poteri provvedimentali

In questa sede intendiamo esaminare tale criterio e la sua applicazione sotto l'ottica dell'esercizio di funzioni amministrative. E' evidente che la disamina impatta sul significato e sulla portata che assume il principio di legalità dell'attività amministrativa, e dunque su una tematica ad "alta volatilità", attese le tante incertezze che la attraversano⁹. Qui si assume che tale principio è stato costituzionalizzato anche al di là delle materie soggette a riserva di legge. Quanto alla portata di tale costituzionalizzazione (in senso formale o in senso sostanziale) e al suo significato (legalità inderogabile solo attraverso la legge o anche tramite regolamento; legalità perseguibile tramite disciplina legislativa espressa o anche tramite principi generali), la risposta non può essere unitaria, e verrà data nel corso del presente studio. A tal fine, occorre fare una *summa divisio* tra poteri impliciti nell'ambito dei poteri normativi dell'amministrazione e poteri impliciti nell'ambito dei poteri provvedimentali. Fermo restando che è invece escluso dall'indagine (e dalla tematica) l'esercizio del potere nel suo formarsi: nel corso del procedimento, caratterizzato dal principio inquisitorio, è del resto sicuro che pur nel silenzio della legge (e s'intende ove non vi siano divieti nella legge o limiti costituzionali) l'Amministrazione può discrezionalmente svolgere attività strumentali, quali sopralluoghi, ricerca di informazioni, acquisizioni di perizie etc. Come pure è esclusa l'attività dell'amministrazione esercitata *iure privatorum*, in esplicitazione cioè della capacità di diritto privato. La nostra attenzione è infatti rivolta ai poteri,

⁹ Con riguardo al nostro ordinamento, riteniamo obbligatorio richiamare gli studi ormai classici circa il principio di legalità con riguardo all'attività amministrativa, ovverosia: L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966; A. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1966, 157 ss.; F. SATTA, *Principio di legalità e amministrazione democratica*, Padova, 1969; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1973, 659 ss.; F. LEVI, voce *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 124 ss.; A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamento giuridico*, in *Dir. amm.*, 1999, 111.

cioè a manifestazioni di volontà dell'Amministrazione che innovano (o rifiutano di innovare) le situazioni giuridiche preesistenti e che si caratterizzano per il requisito della funzionalizzazione stabilita dalla legge, della doverosità, della irrinunciabilità, della procedimentalizzazione¹⁰.

Tale *divisio* risponde al fatto che poteri regolamentari e poteri provvedimentali rispondono a regole diverse. Difatti i regolamenti sono sovente, soprattutto quando sono emanati dalle Autorità indipendenti, titolati da leggi che si limitano a dettare criteri rappresentati da obiettivi o finalità: ne consegue che nell'andare a determinare in concreto il contenuto della *potestas* regolamentare il ricorso alla tesi dei poteri impliciti è quasi fisiologico. Questo però, di per sé, non determina un *vulnus* al principio di legalità che, semmai, potrà esservi in ragione della attribuzione di un potere normativo individuato solo attraverso gli obiettivi, e dunque con ridotta "raffrontabilità" dello stesso rispetto alla legge. Come già ricordato, la individuazione di poteri o compiti non espressamente indicati dal testo normativo, ma comunque riconducibili ad esso, è una operazione ricorrente, anzi tipica dell'ermeneutica, operazione la quale si intende ove esercitata leggendo correttamente la *ratio* della legge contribuisce a determinarne il significato e dunque la portata dell'attribuzione del potere regolamentare.

Fatto si è che, con riguardo ai poteri regolamentari, il ricorso al criterio degli *implied powers* serve ad individuare i confini esterni della "competenza" o in altre parole l'estensione di un potere (appunto regolamentare) sicuramente attribuito dalla legge.

Con riguardo invece ai poteri provvedimentali si tratta non di esaminare i limiti esterni della competenza, ma la stessa esistenza della competenza ad esercitare quello specifico potere. Non si individua cioè lo spazio di azione del potere (di porre regole generali ed astratte) sicuramente attribuito, anche se ne sono incerti i confini, ma la stessa titolarità del potere provvedimentale.

¹⁰ V. in proposito V. OTTAVIANO, *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 912; G. DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, Milano; B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in *Trattato di diritto amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Diritto amministrativo generale*, II, ed., Milano, 2003, I, 772 ss.; oltre ovviamente ai classici G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.* 1944, I, 116; S. ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 172;; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, I, 1949, 235.

4) L'attribuzione di poteri regolamentari per obiettivi

Come accennato il problema dei poteri impliciti si pone in particolare con riguardo al potere regolamentare delle Autorità indipendenti. Questo perché la legge si limita spesso ad attribuire competenze generali alle Autorità e ad enunciare solo alcuni obiettivi rimessi alla loro cura. Ciò accade per varie ragioni, soprattutto rappresentate dal carattere indeterminato dei valori da tutelare (pluralismo, completezza di informazione, efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, risparmio, stabilità delle banche e delle compagnie di assicurazione etc.), e con riguardo specifico alle competenze di regolamentazione di settori tecnici, dal fatto che sono necessari interventi connotati da elasticità, alta competenza tecnica e specialistica¹¹.

Conseguentemente – è osservazione comune – i poteri normativi vanno ben oltre la mera esecuzione ed integrazione delle disposizioni di legge, in quanto esse lasciano alle Autorità margini di discrezionalità così ampie “da configurare delle vere e proprie deleghe in bianco”¹². Di qui la riflessione: “*dalla casistica emergono alcuni interrogativi di fondo: fino a che punto il principio di legalità, anche nella sua portata meramente formale, possa dirsi salvo di fronte a disposizioni che conferiscono poteri normativi (ma anche provvedimentali: n.d.r.) vincolati solo con la generica enunciazione di un obiettivo o di un valore; fino a che punto una tecnica di questo genere sia compatibile con le riserve di legge relative previste nella Costituzione*”¹³. Tantopiù – vale aggiungere – che le Autorità indipendenti non dispongono di una legittimazione popolare diretta, in quanto la designazione dei titolari degli organi, seppur non riconducibile ad un modello uniforme, è comunque di competenza di altri soggetti (Governo, Presidenti Camere etc.), ed inoltre gli organi non sono nemmeno

¹¹ La letteratura sulle Autorità indipendenti è sterminata, e non è pertanto il caso di richiamarla anche qui: per una ricostruzione delle ragioni ispiratrici dell'istituzione delle Autorità indipendenti e delle ragioni della loro collocazione istituzionale al di fuori del potere esecutivo, nonché sulla connotazione “tecnica” delle relative competenze, si deve però richiamare il saggio di V. CAIANIELLO, *Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, ora in V. CAIANIELLO, *Istituzioni e liberalismo*, Soveria Mannelli, 2005, 115 ss.

¹² Così P. CARETTI, *Introduzione*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti, 2003-2004*, Torino, 2004, XV.

¹³ V. ancora P. CARETTI, *Introduzione*, cit. XV.

caratterizzati da responsabilità nei confronti né del popolo e neanche di organi rappresentativi di questo¹⁴.

Come è evidente, non è certo possibile rispondere a tale quesito in astratto, ma occorre vedere caso per caso, tenendo conto sia dello specifico potere normativo affidato sia della specifica disciplina legislativa (di fonte statale o comunitaria), afferente alla materia oggetto di attribuzione regolamentare. La dottrina, con riguardo ai poteri normativi, ha dimostrato che il rispetto del principio di legalità può essere assicurato anche attraverso una rete di “limitatori” della discrezionalità ricavabili dal sistema. La riserva di legge ed il principio di legalità vengono infatti soddisfatti non soltanto dalla *interpositio legislatoris*, ma anche attraverso i principi e le regole ricavabili dal sistema ordinamentale che rendono in concreto l’atto sindacabile. Ed invero, contribuiscono a costituire la raffrontabilità oltre ai principi generali¹⁵, il combinato dei principi della materia, di criteri e regole di

¹⁴ Si tenga presente, infatti che i regolamenti caratterizzati solo per obiettivi sono riscontrabili anche a livello comunale e provinciale: ad es. i regolamenti di igiene, di polizia urbana e rurale, di ornato, ma in tal caso la conformità al principio di legalità è stata giustificata in considerazione che sono approvati da organi elettivi, ovvero direttamente rappresentativi. Ciò sulla base del presupposto che il principio di legalità costituisce, in fondo, una sorta di legittimazione: per cui se il principio di legalità va ricondotto a un fondamento democratico, il carattere rappresentativo della comunità proprio delle autonomie locali può soddisfare già di per sé alcune delle condizioni necessarie per l’attuazione del principio in esame: v. in tal senso A. TRAVI, Presentazione del tema del Convegno, avente ad oggetto *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, 53° Convegno di studi amministrativi, Villa Monastero, Varenna 20-21-22 settembre 2007 (pag. 5 del dattiloscritto); Id., *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, cit., 121; v. altresì, per il fatto che principio di legalità e principio democratico sono interconnessi S. PAJNO, *Considerazioni su principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 467.

¹⁵ Cfr., in tal senso, M. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principi di legalità*, Milano, 1990, 169, con puntuali richiami alla giurisprudenza costituzionale, tra cui soprattutto, v. Corte Cost. 7 agosto 1988 n. 409, in *Giur. Cost.* 1988, I, 1833 alla quale si può poi aggiungere Corte Cost., 24 marzo 1993, n. 103, ivi, 1993, 841. V. anche, l’approfondito studio di S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 267, il quale mette in luce come i principi generali elaborati dalla giurisprudenza costituiscono elementi di riconduzione del sistema ad unità e dunque criteri direttivi del potere regolamentare. Così, si esprimeva già, G. GUARINO, *Sul carattere discrezionale dei regolamenti*, in *Foro it.*, 1953, I, 541 e più di recente G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, in Id. *Scritti di diritto pubblico*

ordine tecnico insiti nella materia, in quanto si ritiene che determinino risposte normative obbligate di una procedura partecipata e trasparente; di una adeguata motivazione¹⁶. In tal senso la nostra dottrina ha fornito rilevanti contributi¹⁷, a loro volta basati sulla giurisprudenza che ha particolarmente valorizzato, ai fini dell'inveramento del principio di legalità, gli elementi della motivazione e della partecipazione. Tali elementi, in sostanza, vanno a surrogare, al pari della disciplina sostanziale, la *interpositio* legislativa¹⁸. In talune sentenze si afferma *expressis verbis* che “nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal

dell'economia, 179, nota 41, dove si sottolinea come la diffusione dei principi sia tale che “molto raramente si incontrano spazi vuoti, sicché il timore che i regolamenti indipendenti costituiscono una riedizione del primato dell'esecutivo e dunque della legge come mero vincolo negativo, viene ad esser molto attenuato” e la rete di principi “copre” lacune e schematismi della legislazione e, in definitiva, assicura il rispetto della riserva di legge.

¹⁶ Naturalmente, non sempre la rete di principi, procedure, criteri tecnici, raggiunge tale risultato. Talvolta infatti i criteri sono così generici che, per l'assenza di riscontri nella normativa primaria cui fare riferimento, il principio di legalità non può dirsi rispettato. Ad es. per restare nei regolamenti delle Autorità indipendenti, dubbi consistenti di legittimità investono i regolamenti di AGcom in tema di comunicazione politica. In particolare è da ritenere non coerente con la riserva di legge il fatto che AGcom introduca una definizione di “soggetto politico” (v. ad es. delibera 83/03/CSP), oppure stabilisca la ripartizione degli spazi relativi alla comunicazione politica e ai messaggi autogestiti (si veda ad es. la delibera n. 84/03/CSP). Come pure non sembra in linea con la riserva di legge la previsione (che sono ricorrenti nei vari regolamenti adottati in materia) circa i programmi di comunicazione politica sui temi oggetto di consultazioni elettorali, secondo cui non possono prendere parte a tali programmi persone che risultino candidate in altre competizioni elettorali in corso, nonché alla previsione, nei giorni di maggiore concentrazione del voto, di una sorta di “moratoria” della comunicazione politica e dei messaggi auto gestiti relativi alle altre campagne elettorali in corso o allo stesso periodo ordinario (non elettorale): v. in tal senso F. DONATI-V. BONCINELLI, *I regolamenti dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, cit.156-7.

¹⁷ V. in particolare G. PUCCINI, *La potestà regolamentare della Consob in materia di intermediazione finanziaria etc.*, in P. CARETTI (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, cit. 14 ss., nonché F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, 2^a ed. Torino, 2007, 111 ss. e *ivi* numerose ulteriori indicazioni.

¹⁸ V. sul punto la ricostruzione, con ampi richiami di dottrina e di giurisprudenza di P. LAZZARA, *L'azione amministrativa ed il procedimento in cinquant'anni di giurisprudenza costituzionale*, in G. DELLA CANANEA-M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, 430 ss.

legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio”¹⁹. Si aggiunge, ancora con particolare riguardo alle Autorità indipendenti, che, attesa la naturale flessibilità e mobilità delle materie affidate, non si prestano ad essere guidate da *standards* predeterminati, il che però è controbilanciato dal fatto che *standards* univoci sono ravvisabili nelle regole della tecnica (quelle che una volta si chiamavano le “regole dell’arte”). A tal proposito, è da ricordare che la giurisprudenza ha costantemente rilevato che il principio di legalità è inverato quando si tratta di norme “confacenti al particolare ambito tecnico - specialistico cui si riferiscono”²⁰. Al punto che, addirittura con riguardo alla disciplina di sanzioni amministrative (quindi a stretta legalità), si è affermato che è ammissibile nella normativa regolamentare “una certa «elasticità nella puntuale configurazione e nella determinazione delle condotte sanzionabili», purché «esse siano riferibili a principi enunciati da disposizioni legislative o enucleabili dai valori che ispirano nel loro complesso le regole di comportamento che caratterizzano la scala di doveri propri della funzione esercitata»²¹; specialmente «quando il contenuto dei valori tutelati dalla norma ... è tale da rendere impossibile prevedere tutti i comportamenti che possono lederli»”²². Del resto, con riguardo alle istruzioni di vigilanza, espressione del potere regolamentare di Banca d’Italia, si è messo in luce che la loro rispondenza al principio di legalità nasce dal fatto che si muovono entro criteri oggettivi, ricavabili dalla regolamentazione tecnica del settore bancario²³. Ne deriva che con riguardo alle istruzioni di vigilanza di Banca d’Italia, ma anche ai regolamenti Consob o Isvap, è da ritenere che laddove si debbono determinare disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto materie di carattere tecnico come l’adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio, le partecipazioni detenibili, l’organizzazione contabile ed i controlli interni, soccorrono specifiche regole tecniche che nascono dalla dottrina,

¹⁹ V. Cons. Stato, Sez. V, 27 dicembre 2006, n. 7972, in *Giornale dir. amm.*vo, 4/2007, 378 ss. con nota di S. SCREPANTI, *La partecipazione ai procedimenti regolati dalle Autorità indipendenti*, cui si rinvia anche per i molti richiami di dottrina e di giurisprudenza sulla c.d. “legalità procedimentale”.

²⁰ V. Cass., Sez. I, 7 aprile 1999, n. 3351, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 770.

²¹ V. Corte Cost. 24 luglio 1995, n. 356. in *Giur. cost.*, 1995, I, 2631.

²² V. Corte Cost. 8 giugno 1981, n. 100, in *Giur. cost.*, 1981, I, 843.

²³ V. Cass., Sez. I, 23 marzo, 2004, n. 5743, in *Foro amm. CdS*, 2004, 679.

dalla pratica, dai principi deontologici, i quali contribuiscono a dettare criteri volti a garantire la cosiddetta “raffrontabilità”²⁴.

In questa sede, visto che siamo partiti proprio dalla *implied powers clause* e dalla giurisprudenza della Supreme Court, si ritiene produttivo mettere in luce che ad analoghe conclusioni si era giunti (e da tempo) in USA. La regola di base è che le agenzie amministrative sono “creature della legge” (“*In administrative law, the root principle is that agencies are creatures of statute*”²⁵), nel senso che esse hanno solo i poteri che vengono loro attribuiti dal Congresso, secondo il principio della “delega dei poteri” (*delegation of powers*), ma non hanno “poteri inerenti” cioè poteri autonomi o poteri derivanti dalla *common-law*²⁶. Peraltro, pur a fronte di tale posizione, secondo cui ogni agenzia ed è investita solo dei poteri (*rule-*

²⁴ V. in argomento quanto rilevato in G. MORBIDELLI, *Il potere regolamentare di ISVAP dopo il Codice delle Assicurazioni*, in *Scritti in onore di Giovanni Grottanelli de Santi*, Milano, 2007, spec. 599 ss. Si potrebbe aggiungere che, a fronte di norme tecniche, la giurisprudenza costituzionale non solo riduce il tasso di raffrontabilità, ma legge con minore rigore il riparto di competenze tra Stato e Regione (si rinvia sul punto a A. CONTIERI, *Normative tecniche come limite all'attività normativa*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo Annuario*, 2004, *Condizioni e limiti alla funzione legislativa nella disciplina della pubblica amministrazione*, Milano, 2005, 105). Va detto anche che, in talune occasioni, la Corte Costituzionale ha invero fatto un uso eccessivamente disinvolto del criterio della tecnicità. Ciò in particolare con riguardo alla disciplina di cui alla legge urbanistica: infatti dopo aver precisato che la riserva relativa di legge ex art. 42, comma 2°, consente al legislatore di attribuire alla pubblica Amministrazione il potere di incidere sulla concreta disciplina del godimento degli immobili “qualora, nella legge ordinaria siano contenuti elementi e criteri idonei a delimitare chiaramente la discrezionalità dell'Amministrazione” la Corte ebbe rilevare che “gli ampi poteri (così testualmente la Corte), conferiti ai commi dall'art. 7 della legge urbanistica, secondo cui, com'è noto, mediante l'emanazione dei piani regolatori il territorio comunale viene distinto in zone più o meno edificabili, con rilevanti conseguenze per il diritto del proprietario”, sono in linea con la riserva di legge, in quanto l'imposizione di vincoli di zona sulle aree altrimenti fabbricabili non costituisce esercizio “di discrezionalità indiscriminata ed incontrollabile”, bensì di discrezionalità tecnica”, rimanendo pertanto esclusa la prospettata violazione della riserva relativa di legge” (v. in tal senso la sentenza Corte Cost. 3 maggio 1966 n. 38, negli stessi termini Corte Cost. 11 maggio 1971 n. 94).

²⁵ B. SCHWARTZ, *Administrative Law*, 3rd Edition, Boston, 1991, 169; cfr. anche *Chrysler Corp. v. Brown*, 441 U.S. 281, 302 (1979).

²⁶ *Oceanair of Fla, Inc. v. US Department of Transp.*, 876 F 2d 1560, 1565 (11th Cir. 1989); *Central Education. Agency v. Sellhorn*, 781 S.W. 2d 716 (Tex. App. 1989); *Bevans v. Industrial Commn.* 790 P 2d 573, 576 (Utah. App. 1990).

making power) espressamente delegati²⁷, è possibile constatare l'affermarsi di un c.d. "approccio interpretativo flessibile" (*generous judicial approach*) nel senso che la delega viene interpretata in maniera ampia in modo da dare all'Autorità la possibilità di emanare ogni norma che sia ragionevolmente correlata allo scopo fissato dalla norma abilitante. Nel caso della FCC (*Federal Communications Commission*), ad esempio, il potere conferitole dal *Communications Act* non si limita alla specificazione dei parametri tecnici ed economici che l'amministrazione dovrà usare per concedere o meno le licenze di sua competenza, bensì include il potere di emanare norme e regolamenti volte a perseguire i fini dettati dal "bene pubblico, dal pubblico interesse o dalla necessità"²⁸. La genericità di questa formulazione fa sì che gli effettivi poteri della Commissione risultino di grande ampiezza e si estendano al potere di regolare le relazioni tra i *networks* o il numero massimo di stazioni che possono essere gestite con una sola licenza²⁹.

27 *Chrysler Corp. v. Brown*, 441 U. S., 302; *Amalgamated Transit Union v. Skinner*, 894 F 2d 1362, 1368 (D.C. Cir. 1990); *Drake v. Honeywell*, 797 F 2d 603, 607 (8th Cir. 1986).

²⁸ 47 U.S.C. §§ 303, 307.

²⁹ *National Broadcasting Co. v. United States*, 319 U.S. 190 (1943). In tale pronuncia, la Corte ha ritenuto che lo *standard* del pubblico interesse è accettabile perché "è tanto concreto quanto lo è permesso dalla complessità dei fattori atti a valutare l'ambito del potere delegato in questione" ("*The public interest standard is as concrete as the complicated factors for judgement such a field of delegated authority permit*"). La difficoltà di tracciare *standards* precisi, soprattutto per un ambito come quello delle comunicazioni che allora era solo agli inizi e di cui era difficile prevedere lo sviluppo, giustificano dunque la scelta di *standards* generici. Altrettanto importante fu il c.d. *Yakus Case* del 1944 (*Yakus v. United States*, 321 U.S. 414). Nella specie si trattava dell'*Emergency Price Control Act* del 1942 che dava al *Price Administrator* (Amministrazione addetta ai prezzi) il potere di stabilire le soglie massime per i prezzi, se "a suo avviso" crescevano o minacciavano di crescere in modo tale da impedire il raggiungimento degli scopi stabiliti dall'Atto. I prezzi massimi, secondo l'atto abilitante, avrebbero dovuto essere "corretti e equi" ("*fair and equitable*") nonché adeguati a perseguire i fini fissati dall'Atto. La Corte affermò che la norma abilitante conteneva *standards* sufficientemente precisi, poiché specificava le condizioni in cui il potere di fissare i prezzi massimi fosse da esercitarsi ("se essi crescevano o minacciavano di crescere...") e stabiliva che essi avrebbero dovuto essere "corretti ed equi". In realtà, come sostenuto anche dal giudice dissenziente *Roberts*, non si trattava di *standards* precisi e dettagliati ma di una formulazione che poteva dare adito alle più diverse interpretazioni (soprattutto riguardo a cosa fosse "corretto e equo") e che lasciava all'amministrazione un ampio margine discrezionale (relativamente all'analisi delle condizioni che potevano giustificare un intervento). La sentenza *Yakus* rilevò

La giurisprudenza della Corte Suprema si è così consolidata nel ritenere costituzionale il potere delle agenzie di emanare norme sostanziali anche in base ad una “generica attribuzione di potere di emanare e promulgare tali norme e regolamenti se ciò è necessario a perseguire i fini stabiliti dall’Atto”³⁰. In altre parole, la delega di un potere normativo generico (*general rulemaking*) garantisce anche la delega del potere di emanare norme sostanziali specifiche, anche se tale delega non è espressamente garantita nella legge abilitante: si tratta del principio del c.d. *general grant of power*, principio che - come nella nostra giurisprudenza - si basa sulla necessità di rendere l’agire amministrativo più efficace e efficiente possibile.

E’ vero che, più recentemente, nel caso *Mistretta v. United States* si è ritenuto di rinforzare lo standard del pubblico interesse tramite quello del “principio comprensibile” (*intelligible principle*): la delega di un potere deve cioè contenere almeno un “principio comprensibile” in base al quale l’organo delegato deve esercitare i poteri che gli sono stati attribuiti. Si trattava di un caso in cui il Congresso aveva delegato alla *U.S. Sentencing Commission* il potere di stabilire principi guida per il controllo dei giudici federali per le sentenze relative a casi penali. La delega venne contestata con la motivazione che il Congresso concedeva alla commissione una discrezionalità legislativa troppo ampia. La Corte affermò, invece, che si trattava di una delega costituzionale, poiché l’unico requisito richiesto è che il Congresso, nella norma attributiva, definisca un “principio comprensibile” a cui l’organo delegato debba attenersi³¹.

Senonché, a guardar bene, il criterio del “principio intelligibile” non è in fondo meno vago di quello del pubblico interesse e dunque la sentenza *Mistretta* è in linea con la precedente giurisprudenza della Corte Suprema e con la tendenza ad accettare norme attributive di poteri generiche, tendenza che invero, in *Mistretta*, la Corte ripercorre e giustifica ancora sulla base dei moderni sviluppi della crescente complessità dei problemi da affrontare: “*In our increasingly complex society, replete with ever*

dunque con chiarezza l’intento di superare definitivamente l’impostazione seguita in precedenza (si vedano le due sentenze del 1935: il c.d. *Panama Case, Panama Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 e lo *Schechter Case, Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495) e accettare anche *standards* generici e ampi (*broad standards*).

³⁰ *In re Permanent Surface Mining Reg. Litig.*, 653 F. 2d, 514.

³¹ *Mistretta v. United States*, 488 U.S. 361, 416 (1989).

changing and more technical problems, Congress simply cannot do its job absent an ability to delegate power under broad general directives”.

In altre parole, anche in USA il fatto che la normativa debba rispondere a criteri tecnici finisce per fare aggio su criteri improntati all'esigenza di una attribuzione di poteri chiara e puntuale.

5) (segue): Conseguenze sul punto della delimitazione dei poteri: le querelles sui poteri impliciti di AEEG

Se questi sono i criteri di indirizzo dell'esercizio del potere regolamentare, è giocoforza che emergano interpretazioni estensive, sino a ricomprendere aree non espressamente attribuite. Come è avvenuto in particolare con riguardo all'Autorità per l'energia elettrica e il gas. Tale Autorità, prevista e regolata dalla l. 481 del 1995, dispone di una serie estesa di poteri, definiti, peraltro, sovente per obiettivi o comunque con attribuzioni non puntuali, tutti comunque riconducibili entro la funzione di regolazione del settore. Tale carattere “a ridotta tassatività” è stato scolpito con particolare nitore dal Consiglio di Stato, quando ha osservato, proprio con riguardo alla l.481/1995, che essa, al pari di molte leggi istitutive di Amministrazioni indipendenti, “è una legge d'indirizzo che poggia su prognosi incerte, rinvii in bianco all'esercizio del futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti indeterminati che spetta all'Autorità concretizzare”³². Come abbiamo già evidenziato, nella teoria classica dei poteri impliciti vi è un potere legislativo di cui si discute l'estensione (che questa derivi dalla presenza della *proper clause* o da principi generali o dall'effetto utile non rileva ai presenti fini). Quando si va a trasferire la tematica con riguardo ai poteri delle Autorità indipendenti, abbiamo anche qui una attribuzione di potere e un problema di delimitazione dei confini dello stesso. Solo che l'attribuzione di potere, a differenza di quello che avviene nelle Costituzioni a favore del potere legislativo, deve rispondere a determinati criteri atti a garantire la raffrontabilità. Ed infatti, se si vanno a vedere le varie questioni che hanno interessato la Autorità per l'energia, si potrà notare che non era tanto un problema di potere implicito e dunque di strumentalità e/o connessione, quanto di eccessiva vaghezza dell'attribuzione del potere, anche se le due

³² Si veda Sez. VI, 24 maggio 2005, n. 5827, che annulla TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 6392.

tematiche sovente vanno a compenetrarsi e confondersi, perché tantopiù il potere è attribuito in maniera generica, tanto maggiori sono le opzioni interpretative volte ad individuare campi di applicazione connessi e impliciti. Sicché il problema sta non tanto nel verificare la connessione e la “implicanza” dell’esercizio in concreto del potere in astratto attribuito, quanto la coerenza dell’attribuzione stessa di tale potere con il principio di legalità. Non a caso il Consiglio di Stato suole giustificare le letture c.d. “deboli” del principio di legalità con la presenza di garanzie partecipative, alla luce del nostro criterio riequilibratore della c.d. dequotazione della legalità rappresentato dalla presenza di garanzie partecipative, criterio che viene applicato dalla Corte Costituzionale in quanto elemento che contribuisce ad inverare il rispetto della riserva di legge³³, in una con la “tecnicità” della materia. Proprio la ricordata sentenza della Sez. VI, n. 5827/2005, che andava a scrutinare una delibera dell’Autorità per l’energia, elettrica la quale aveva imposto una garanzia assicurativa per gli infortuni derivanti dall’uso del gas fornito di impianti di distribuzione a tutti gli utenti finali civili, affidando la stipula e la gestione del contratto al Comitato Italiano Gas, e aveva stabilito che i costi fossero coperti dalla componente addizionale della tariffa di distribuzione, ebbe a ritenere che non è riscontrabile una carenza di prescrittività del dettato normativo, il quale, stabiliti i poteri e le finalità dell’Autorità, secondo la tecnica del “programma legislativo aperto”, rinvia al procedimento ed alle garanzie di partecipazione per fare emergere la regola che, dopo l’intervento degli interessati, risulta essere tecnicamente la più idonea a regolare la fattispecie. In altre parole, nella specie l’Autorità ha esercitato un compito attribuito dal legislatore: la tutela della sicurezza degli impianti e, mediante un congruo e giusto procedimento, ha individuato la regola tecnica più opportuna per il perseguimento di tali finalità³⁴. Resta il fatto che la giurisprudenza, nel giustificare la conformità al principio di legalità, nel contempo disvela la presenza di poteri impliciti o

³³ Sul punto si rinvia ancora alle indicazioni di F. CINTIOLI, *Potere regolamentare*, cit., nonché al rilevante contributo di D. DE PRETIS-B. MARCHETTI, *La discrezionalità della pubblica amministrazione*, in G. DELLA CANANEA-M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, cit., spec. 348 ss.

³⁴ Per il vero si potrebbe osservare che la tutela della sicurezza non si ha imponendo l’assicurazione: la quale interviene appunto se la sicurezza non c’è stata!

comunque non rilevabili con immediatezza dalla legge³⁵. O meglio, impiega a tal fine soluzioni tecniche interpretative atte a disvelare i poteri impliciti in senso stretto. Tanto che giustifica tali poteri impliciti con la natura delle cose (v. ancora, Sez. VI, 5827/2005 dove si legge “*la natura della copertura legislativa è adeguata alla peculiarità dei poteri dell’Amministrazione indipendentemente quale amministrazione che si ‘autoprogramma’ secondo le finalità stabilite dal legislatore*”³⁶), per cui, se c’è da raggiungere i fini genericamente attribuiti dalla legge, la regolamentazione di settori pur non espressamente affidati all’Autorità è coerente al ruolo stesso di quest’ultima³⁷, oppure invoca l’esigenza di risultato o di effetto utile: si osserva così che le funzioni affidate a queste Autorità risultano strettamente connesse alla natura dell’attività che le stesse pongono in essere, attività che è volta a garantire comunque il risultato della regolazione del settore³⁸. Altre volte invece si appella al *passé-partout* rappresentato dalla tutela della concorrenza, considerando che “ai sensi dell’art. 2, comma 12, lettera c), l’Autorità controlla che le

³⁵ V. anche Cons. Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2001, n. 2987: anche qui, facendo leva sulla finalità “a tutela della sicurezza”, si è ricavato che a tal fine l’Autorità può dettare prescrizioni che riguardano tutta la filiera della distribuzione.

³⁶ Così M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna 2000, 91-92, registra la tendenza delle Autorità indipendenti a inventare “nuovi strumenti quasi normativi” per aggirare le difficoltà di un circuito giuridico allargato ma ancora ostacolato da importanti barriere ... Si produce così un variegato repertorio di strumenti giuridici che, piuttosto che seguire i classici percorsi della legalità asseconda e promuove dinamiche giuridiche compatibili con l’estensione del raggio d’azione delle relazioni economiche. Questa giuridicità camaleontica spiccatamente adattivo e teleologico è chiamata a servire i mutevoli bisogni del mercato”.

³⁷ N. BASSI, *I poteri amministrativi di regolazione al cospetto del principio di legalità: osservazioni su alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali*, in E. FERRARI-M. RAMAJOLI-M. SICA, (a cura di), *Il ruolo del giudice amministrativo per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, 287-298, legge in tal senso la giurisprudenza del Consiglio di Stato.

³⁸ V. in tal senso, Cons. Stato, Sez. VI, 30 ottobre 2001, n- 5681 e Id., 24 ottobre 2002, n. 5691: e in dottrina E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell’energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006, 130 ss. op. cit., secondo cui discende dalla ragion d’essere di questi organismi la loro capacità di adottare misure, in via amministrativa, idonee a consentire la soddisfazione dell’interesse pubblico in vista del quale sono stati istituiti anche qualora tali misure non siano previste esplicitamente dalla legge.

condizioni e le modalità di accesso per i soggetti esercenti i servizi, comunque stabilite, siano attuate nel rispetto dei principi della concorrenza e della trasparenza, anche in riferimento alle singole voci di costo, anche al fine di prevedere l'obbligo di prestare servizio in condizioni di eguaglianza, in modo che tutte le ragionevoli esigenze degli utenti siano soddisfatte": il che a sua volta funge da presupposto per misure di riequilibrio e anche di inibitoria di comportamento ritenuti lesivi dei diritti degli utenti³⁹ e a *fortiori* la prescrizione di far pervenire all'Autorità documenti contrattuali⁴⁰.

Sulla stessa linea è riconducibile la giurisprudenza che ha dato una lettura estensiva delle direttive concernenti la produzione ed erogazione dei servizi⁴¹. Poiché esse investono anche i "livelli di qualità" generali e specifici, si è ritenuto che rientra tra i poteri dell'Autorità anche quello di porre prescrizioni che incidono sulle obbligazioni caratterizzanti lo svolgimento dei singoli rapporti di utenza, prescrizioni che poi vanno a far parte obbligatoriamente del contratto individuale di utenza⁴². Diverso è il

³⁹ V. la decisione del TAR Lombardia, Sez. II, 11 maggio 2002 n. 2027, confermata da Cons. Stato, Sez. VI, 8 settembre 2003 n. 4910; cfr. in argomento K. MARCANTONIO, *Principio di legalità e concorrenza nel settore energetico: verso la convergenza regolatoria?*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 1124.

⁴⁰ V. il caso deciso da TAR Lombardia, Sez. II, 13 aprile 2001, n. 3116.

⁴¹ E' forse necessario precisare che l'art. 2, comma 12 lett. h), della legge 14 novembre 1995, n. 481 prescrive che l'Autorità "emana le direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, sentiti i soggetti esercenti il servizio e i rappresentanti degli utenti e dei consumatori, eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione; tali determinazioni producono gli effetti di cui al comma 37" (ai sensi di detto comma 37, "il soggetto esercente il servizio predispose un regolamento di servizio nel rispetto dei principi di cui alla presente legge e di quanto stabilito negli atti di cui al comma 36. Le determinazioni delle Autorità di cui al comma 12, lettera h, costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio").

⁴² V. ad es., per quanto concerne l'imposizione dell'obbligo di pronto intervento a seguito di segnalazioni di dispersioni di gas, Cons. Stato, Sez. VI, 24 maggio 2002, n. 2854 e Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2002, n. 2987, mentre, per quanto riguarda la determinazione da parte delle Autorità delle condizioni inderogabili per i contratti di vendita di gas naturale a clienti del mercato vincolato e a clienti finali di servizi di vendita di gas effettuati attraverso reti di gasdotti locali senza accesso consentito a soggetti terzi, v. Cons. Stato, Sez. VI, 27 ottobre 2003, n. 6628: ancora, per il potere di

discorso, nel senso che non è questione di poteri impliciti (se non in senso del tutto atecnico), con riguardo alla questione circa il potere di AEEG di disciplinare l'ingresso e l'importazione del gas naturale: potere negato dal TAR Lombardia⁴³, e invece legalmente esercitabile per il Consiglio di Stato⁴⁴. Il problema era infatti solo quello di interpretare la nozione di attività "libere" ex art. 1, comma 2°, lett. a, l. 239/04: secondo il Consiglio di Stato – e invero con un ragionamento convincente – la liberalizzazione non è invero tale a tutti gli effetti, sicché permangono frammenti di poteri dell'Autorità anche nei confronti di attività libere. In sostanza, il Consiglio di Stato rileva che la "liberalizzazione" di cui alla l. 239/04 non ha fatto venir meno una serie di poteri regolatori, così come, prima di tale legge, la stessa giurisprudenza del TAR Lombardia aveva ritenuto nei confronti delle attività liberalizzate ma aventi rilevanza pubblica⁴⁵.

6) Eucleazione di un criterio di individuazione – legittimazione dei poteri regolamentari impliciti mutuato dalla Corte Suprema USA

Resta il fatto – e lo dimostrano le critiche di autorevoli dottrine e le stesse incertezze giurisprudenziali – che le letture evoluzionistiche o di "adeguatezza" per corrispondere ai continui progressi della tecnica e delle esigenze pongono comunque dubbi di coerenza con il principio di legalità. Indicazioni utili possono essere tratte dalla dottrina dei poteri impliciti così come si è affermata e sviluppata in USA, attesa appunto la esperienza e la cultura di tale ordinamento in tema di *necessary and proper clause*. La tesi di A. HAMILTON è che i poteri impliciti sono uno strumento o un mezzo per esercitare alcuni dei poteri espressamente specificati nella Costituzione, esattamente come qualsiasi altro strumento o mezzo. L'unica questione da risolvere, in questo caso come in ogni altro, è se il mezzo impiegato ha una logica relazione (*natural relation*) con i poteri espressamente sanciti dalla Costituzione: "necessario" non significa altro che ciò che è utile, richiesto, funzionale o di cui c'è bisogno⁴⁶. La Corte Suprema poi ebbe a precisare

imporre obblighi in tema di qualità del servizio, onde garantire l'efficienza del sistema v., Cons. Stato, sez. VI, 16 marzo 2006, n. 1409 (n. 9).

⁴³ Sez. IV, 28 luglio 2005, n. 3478.

⁴⁴ V. Sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3352.

⁴⁵ TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 20 novembre 2002, n. 4515.

⁴⁶ Se il fine da raggiungere è legittimo e risulta in modo evidente dall'enumerazione dei poteri espressi contenuta nella Costituzione, allora tutti i mezzi chiaramente usati per raggiungerlo – e che non siano espressamente proibiti – sono costituzionali. Il potere di

che se lo scopo è compreso chiaramente all'interno di uno dei poteri espressi e se il mezzo impiegato a raggiungerlo è correlato in modo evidente al raggiungimento di tale scopo e non è proibito esplicitamente dalla Costituzione, allora si deve convenire che esso rientri nell'ambito di competenza⁴⁷. Ma come si individua tale nesso, ovvero il legame tra la materia da regolare e gli obiettivi insiti nei poteri espressi, sì da potersi appellare alla *necessary and proper clause*?

HAMILTON, nella sua "*Opinion on the Constitutionality of the Bank*", aveva affermato che dovesse trattarsi di una relazione ovvia, evidente, palese, naturale (*natural relation*) tra il fine e il mezzo con cui raggiungerlo, MARSHALL, in *MacCulloch v. Maryland*, aveva usato i termini "appropriate" e "plainly adapted" in riferimento ai mezzi da usarsi, che avrebbero dovuto essere appunto "appropriati" e "adatti in modo chiaro/univoco" al raggiungimento di un determinato scopo.

Rimaneva e rimane il problema di definire in modo concreto e preciso i parametri in base ai quali poter stabilire l'"evidenza" e l'"univocità" del nesso "fine-mezzo". La Corte Suprema ha elaborato a tal fine due metodi diversi, uno di carattere formalistico (v. la sentenza del 1895 *United States v. E. C. Knight Co.*, 156 U.S. 1) e uno invece di tipo empirico pratico (v. *Houston East & West Texas Railway Co. v. United States*, 234 U.S. 342). Il primo sta nel rilevare, secondo i criteri della ragionevolezza, se v'è un effetto prossimo, diretto, e non remoto o collaterale. L'approccio di tipo empirico è invece basato sulla considerazione dei fatti economici e degli aspetti pratici, nel senso che l'identificazione della "sostanzialità" ("*substantiality*") del nesso "fine-mezzo" non si basa su considerazioni di natura formale, ma sull'esame empirico delle conseguenze effettive che una determinata regolamentazione o un mancato intervento da parte del Congresso avrebbero sulla materia.

L'approccio empirico è quello che si è affermato nella giurisprudenza della Corte Suprema soprattutto a partire dal New Deal. Sulla base di *Houston East & West Texas Railway Co. v. United States*, e ancora di più con la

fondare la National Bank, rappresentando un mezzo per raggiungere scopi ben delineati dalla Costituzione relativamente alle competenze in materia di tasse, credito, prestito, commercio e sostentamento della flotta e dalle forze armate, è per HAMILTON un potere implicito nel testo costituzionale e quindi legittimo. Cfr. A. HAMILTON, *Opinion on the Constitutionality of the Bank*, 23.2.1791 (il testo è consultabile sul sito: http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1_8_18s11.html).

⁴⁷ *MacCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 326 (1819).

sentenza del 1937 *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp.* (301 U.S. 1), il parametro fondamentale per stabilire se sussista un nesso "fine-mezzo" è basato sull'analisi delle effettive conseguenze di una determinata azione (o "non-azione") del governo centrale. Spetta al Congresso accertare il nesso "fine-mezzo" tra lo scopo da raggiungere e l'ambito da regolamentare o le leggi emesse a tal fine. Questo non significa che il Congresso abbia l'obbligo di fornire le prove del nesso "fine-mezzo" alla base di una propria azione legislativa: ma dal momento che solo sulla base di queste la Corte può decidere sulla costituzionalità di tale azione e che in mancanza di tali prove, la Corte non è tenuta a cercarle lei stessa, il Congresso si vede nella pratica "costretto" a fornirle, se gli preme che la Corte possa dare un giudizio di costituzionalità su un proprio provvedimento legislativo. Se il Congresso, infatti, nell'ambito del procedimento legislativo, non accerta tale nesso, allora la Corte non è tenuta a trovarlo lei stessa, ma può respingere direttamente la legge contestata⁴⁸. In altre parole la giurisprudenza ritiene che una semplice affermazione verbale del Congresso circa la presenza del "nesso fine-mezzo" non è sufficiente perché la Corte possa giudicare la costituzionalità di un provvedimento in relazione alla *necessary and proper clause*. *Congressual findings* sul

⁴⁸ In *United States v. DeWitt*, 76 U.S. 41 (1870), la Corte Suprema fu chiamata a decidere sul divieto, emanato dal Congresso, di vendere determinati oli usati per l'illuminazione e reputati pericolosi. Poiché la tutela dei consumatori non rientrava tra le competenze enumerate e poiché il Congresso, nelle sue considerazioni riguardanti la legge, non aveva citato alcun nesso tra la regolamentazione da prendere e uno dei suoi poteri espressi (ad esempio il potere di regolare il commercio), la Corte Suprema giudicò incostituzionale il divieto, senza cercare essa stessa di individuare un possibile nesso (in fondo alquanto evidente), tra il divieto emanato e la competenza sul commercio tra gli stati. Casi analoghi sono anche *Scarborough v. United States*, 431 U.S. 563 (1977) e *United States v. Bass*, 404 U.S. 336 (1971): in quest'ultimo, ad esempio, la Corte, affermò di non essere in grado di affrontare la questione della costituzionalità di una norma emanata dal Congresso (*Title VII del Crime Control Act*) perché il Congresso non aveva sostanziato in modo sufficiente il nesso tra l'ambito di regolamentazione (in questo caso il possesso di armi da parte di pregiudicati sulla base di 18 U.S. C. App. § 1202(a)(1)) e il commercio tra stati: "*The legislative history of the Act hardly speaks with that clarity of purpose which the Congress supposedly furnishes courts in order to enable them to enforce its true will. [...] We refuse to adopt the broad reading in the absence of a clear direction from the Congress [...] Given this ambiguity, we adopt the narrow reading: the phrase 'in commerce or affecting commerce is part of all three offences and the present conviction must be set aside because the Government has failed to show the requisite nexus with interstate commerce'*".

rapporto tra ambito da regolare e scopo da raggiungere secondo i "poteri espressi", pur non essendo obbligatori, sono, nella pratica, indispensabili perché la Corte possa esaminare il nesso "fine-mezzo" fondamentale per la dottrina dei poteri impliciti.

Questo criterio, in fondo, si raccorda con l'obbligo di motivazione introdotto dalla l. 28 dicembre 2005, n. 262, con riguardo agli atti regolamentari e generali di Banca d'Italia, CONSOB, ISVAP, COVIP, e che costituisce principio valevole anche con riguardo agli atti, normativi e/o generali delle altre Autorità indipendenti (quali Autorità per l'energia elettrica e gas e AGCOM), e del resto canonizzato in delibere di tali Autorità volte a regolare l'esercizio di tali poteri. La motivazione è cioè necessaria per dimostrare la stretta consequenzialità di quella specifica regolamentazione con i fini assegnati dalla legge, per quanto attinente a settori non espressamente attribuiti.

E' vero che il giudice amministrativo potrebbe egualmente ravvisare tale competenza per ragioni di connessione, coerenza o di strumentalità. E in tale ricerca farà applicazione dei noti criteri interpretativi, per cui ad es. norme di sfavore si interpretano in maniera restrittiva, come pure si interpretano in maniera restrittiva i limiti ai diritti costituzionalmente garantiti, mentre si interpretano estensivamente le norme a tutela di valori costituzionali protetti⁴⁹. Peraltro, proprio l'assenza di attribuzione espressa impone che l'Amministrazione abbia avuto la contezza di disciplinare quella determinata materia in quanto strumentale al fine espressamente previsto, e che tale contezza venga esternata, onde consentire il contraddittorio prima e poi il sindacato giurisdizionale. Deve essere cioè un implicito consapevole e argomentato, dato che, tra l'altro, così si risponde ad una fondamentale esigenza di garanzia costituzionale tanto più necessaria quando è in gioco il principio di legalità: infatti il sindacato giurisdizionale di ragionevolezza è ben più intenso in presenza di motivazione che consente una verifica concreta e puntuale del percorso logico seguito. In altre parole, la motivazione, in una con il contraddittorio (così come nei confronti di regolamenti titolati solo per obiettivi), contribuisce a recuperare la legalità e dunque a giustificare l'*implied*

⁴⁹ Per una ipotesi di lettura estensiva delle norme a tutela dell'ambiente, si da ricomprendere tra i poteri dell'EPA (Environmental Protection Agency) quello di regolamentare anche i gas serra, malgrado l'assenza di uno *statutory authority* espresso in materia, v. Corte Suprema USA, 2 aprile 2007, n. 05-1120. .

*power*⁵⁰, in quanto la legalità si persegue anche attraverso la presenza di un sindacato giurisdizionale “forte” del provvedimento.

7) Regolamento e provvedimento

Ci si potrebbe anche chiedere se i regolamenti possono, a loro volta, introdurre nuovi provvedimenti amministrativi, di talché si potrebbe parlare di poteri impliciti con riferimento a detti provvedimenti, in quanto non sono poteri esplicitamente previsti dalla legge, ma solo implicitamente attraverso il rinvio al potere regolamentare. Sicché sono, alla fine, espliciti, ma la relativa previsione è da ricercare nella fonte secondaria. Ciò presuppone accettare la tesi per cui la tipizzazione dei provvedimenti amministrativi può essere data dai regolamenti; tesi che, ovviamente al di fuori della materia coperta di riserva di legge, deve essere condivisa. Infatti, rovesciando la tesi di Cammeo e prima di lui di Codacci Pisanelli (secondo cui il potere regolamentare è una conseguenza del potere discrezionale), si può dire che l’attribuzione del potere regolamentare implica *ex se* anche l’attribuzione di presidiarne le prescrizioni, attraverso controlli preventivi e anche di graduarle o meglio di introdurre temperamenti attraverso autorizzazioni particolari, sicché il potere regolamentare può introdurre anche nuovi provvedimenti. Sono invero frequenti le ipotesi in cui regolamenti di polizia urbana o rurale o di igiene sottopongono determinate attività ad autorizzazioni: ma a loro volta tali atti abilitativi sono una conseguenza dei divieti imposti in tali regolamenti e sono comunque disciplinati dai principi generali (es.: divieto di circolare nella zone pedonalizzate, salvo autorizzazioni per particolari categorie di soggetti, autorizzazioni a raccogliere funghi o bacche ai residenti; autorizzazione a sciare fuori pista). Ciò non contrasta con il principio di tipicità, perché, quando la materia non è coperta da riserva di legge, il tipo di atti può essere determinato direttamente dal regolamento, che a sua volta dovrà tener conto dei principi generali in materia di autorizzazione, che contribuiscono così a determinare i caratteri essenziali del provvedimento (es.: personalità e revocabilità dell’autorizzazione). In altre parole il potere regolamentare ha in se, implicitamente, s’intende al di fuori delle ipotesi;

⁵⁰ V. infatti i continui richiami alla motivazione (oltre che al procedimento partecipato) che si leggono in Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, proprio per compensare la ridotta legalità sostanziale di una delibera dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas.

riservate alla legge, la *facultas* di introdurre nuovi tipi di atti amministrativi. Ma fino a che punto può giungere l'*interpositio* del regolamento, o meglio quali sono i limiti (oltre quelli della riserva di legge). Posto che la legalità e anche la tipicità possono essere inverati (in assenza di riserva di legge) anche dalla fonte regolamentare, resta però fermo che, allora, tale fonte deve a sua volta essere titolata da leggi contenenti idonei criteri direttivi per l'introduzione di poteri provvedimentali, che a loro volta devono conformarsi ai principi generali e non porsi in contrasto con le norme sovraordinate. E anche se sono regolamenti indipendenti quest'ultimi sono comunque sottoposti ad una rete di criteri estraibili dai principi generali che contribuiscono al rispetto del principio di legalità⁵¹. Sicché, ancora una volta, non è un problema di

⁵¹ Si tratta quindi di un criterio che dà risultati più sicuri di quelli elaborati in Germania dalla Corte Costituzionale Federale (BVerfG), e che vengono transeunti sotto la teoria della essenzialità (*Wesentlichkeitstheorie*). Secondo il principio della essenzialità, occorre considerare quanto una determinata questione, sia importante, significativa, incisiva, fondamentale, essenziale appunto, per i cittadini e la comunità: più una questione è essenziale per l'intera società o i singoli cittadini, maggiore è il grado di intervento richiesto al legislatore. Questo principio è il criterio cui attenersi per determinare quale debba essere il livello di determinatezza della norma che di volta in volta attribuisce un determinato potere all'amministrazione pubblica: se la questione è di rilevante importanza per i cittadini e la comunità, allora sarà necessaria una legge formale e questa dovrà essere tanto più dettagliata e precisa quanto maggiore è la portata degli effetti della regolamentazione sulla comunità e sui singoli e tale dettaglio dovrà andare ad investire anche la tipicità. In questo modo si stabilisce una sorta di gerarchia dei valori demandati all'apprezzamento, caso per caso, del giudice (che appunto detta tale gerarchia), sicché le questioni meno rilevanti non solo non sono coperte da riserva di legge, ma l'attribuzione del potere regolamentare può nascere solo in via formale. Ad es., fra le "questioni essenziali", che non possono essere regolate autonomamente dall'amministrazione scolastica, si trovano i contenuti e gli obiettivi formativi, l'elenco delle materie, la struttura di base dell'organizzazione scolastica (tipi di scuola, corsi di studio, partecipazione dei genitori e degli alunni...), la posizione giuridica degli alunni (accesso alla scuola, esame finale, trasferimenti...) e le misure disciplinari (cfr. ad esempio BVerfGE 45, 400; BVerfGE 47, 46; BVerwGE 47, 194; BVerfGE 58, 257). Misure "non fondamentali" e che quindi non presuppongono una previa attribuzione di poteri da parte del legislatore sono stati ritenuti l'introduzione della settimana corta (BVerwGE 47, 201) e l'introduzione della riforma ortografica (BVerfGE 98,218, 258): è evidente, però, come del resto avviene sempre quando si deve identificare un contenuto essenziale, che le incertezze applicative non mancano (come mette esaurientemente in luce H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Aufl., München 2004, § 6, 119 ss., spec. 127)..

conformità a legalità del provvedimento, ma di conformità a legalità del regolamento, per il che valgono i criteri già ricordati a proposito di regolamenti indipendenti da intendere con minore rigore in considerazione del fatto che sono regolamenti approvati da organi elettivi (v. retro, § 4 testo e note). Del resto, anche la giurisprudenza della Cassazione, già prima della riforma del titolo V che ha indubbiamente elevato il tasso di autonomia degli enti locali, ha più volte affermato (e tra l'altro con riferimento a materia di stretta legalità come gli illeciti amministrativi) che il principio di legalità dell'illecito amministrativo, contenuto nell'art. 1 l. n. 689 del 1981, non si estende, quanto al precetto, ai regolamenti comunali (e provinciali), i quali trovano il loro fondamento costituzionale nel riconoscimento delle autonomie locali, affermato negli art. 5, 128 cost., con cui deve coordinarsi il principio della riserva di legge, di carattere relativo, previsto dall'art. 23 Cost.⁵²

8) I poteri impliciti nei provvedimenti

Le considerazioni svolte in precedenza valgono con riguardo ai poteri regolamentari, e non con riguardo ai poteri provvedimentali. Non bisogna farsi confondere dalla presenza dei poteri di "regolazione". Come noto l'attività delle Autorità indipendenti (o perlomeno di molte di esse) viene definita di "regolazione"⁵³. Anzi, una autorevolissima dottrina⁵⁴ ha introdotto la stessa categoria della Autorità di regolazione. Il termine ha la sua origine nel termine *administrative regulation*, che esprime una funzione di controllo continuo e focalizzato, esercitato da una *agency* pubblica, in ordine ad una attività o un settore cui si attribuisce particolare rilevanza sociale, controllo che si esprime ora in attività positiva (atti di indirizzo, regolamenti, autorizzazioni etc.), sia in attività successiva di verifica, sia attività di *moral suasion*, sia in attività propositiva, e che è attribuita ad una Autorità neutrale⁵⁵. E' cioè una definizione che pone

⁵² Cass. 18 febbraio 2000, n. 1865; Id. 13 dicembre 1995, n. 12779.

⁵³ V. ad es. lo stesso titolo del volume, *Regolazione e garanzie del pluralismo - Le Autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderno della Riv. trim. dir. proc. civ.*, Milano, 1997, 89.

⁵⁴ G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti e Autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 645.

⁵⁵ Su quest'ultimo elemento v. S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO-M. D'ALBERTI, *Dalla regolazione alla concorrenza*, Milano, 1999, 13 il quale aggiunge

l'accento sul dato teleologico (finalità comune) e sul dato strutturale, rappresentato dal cumulo in capo ad un'unica Autorità indipendente di estesi e variegati poteri afferenti ad un dato settore: normativi, amministrativi in senso stretto, di "influenza", paragiurisdizionali⁵⁶. In altri termini la regolazione assomma in sé tre componenti: prima, la unitarietà dell'obiettivo (es.: tutela del pluralismo, delle comunicazioni, della concorrenza, della riservatezza, della stabilità), seconda, il rivolgersi verso il futuro (e non il passato, come nell'*adjudication*), infine la compresenza e convergenza di funzioni a tal fine. Sicché sia la normazione, che l'esecuzione, che la vigilanza, sono funzionali allo stesso obiettivo e tra di loro collegate. Ulteriore e dirimente caratteristica è l'attribuzione di tale funzione ad una Autorità dotata di indipendenza, che opera attraverso procedure trasparenti e aperte al contraddittorio⁵⁷.

Le varie potestà costituiscono un "sistema": non si tratta di funzioni separate, bensì interconnesse, anche se logicamente distinte fra di loro, e che sono volte a regolare attività future.

Ognuno però mantiene i caratteri ontologici del tipo cui è ascrivibile: ad es. le direttive rispondono alle regole di tale categoria di atti.

La conclusione è che la lettura finalistica dei poteri delle Autorità indipendenti, se è ammissibile a fronte dell'esercizio del potere regolamentare sempre che sia accompagnata dal requisito della motivazione nei termini sovra indicati, non è praticabile a fronte dell'esercizio di poteri provvedimentali (anche quando sono riconducibili al potere di regolazione).

Ciò lo si ricava con chiarezza proprio dalla ricordata giurisprudenza avente ad oggetto misure dell'Autorità per l'energia elettrica e del gas; e infatti laddove tali misure si esprimono in provvedimenti puntuali, il criterio del potere non espresso, ma esercitato per coerenza con il fine o per esigenze di risultato, viene ritenuto illegittimo. Quando si tratta non di potere regolamentare, e dunque di previsioni generali ed astratte, le quali poi a

che la regolazione "si esplica con modalità «*process oriented*» contraddittorio, partecipazione, trasparenza".

⁵⁶ V. per una analisi della nozione di regolazione, delle sue componenti, della sua origine e dei suoi scopi S. VALENTINI, *Diritto ed istituzioni della regolazione*, Milano, 2005; v. altresì M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in AAVV, *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti* (Quaderni del Consiglio di Stato), Torino, 1999 e S.A.FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999, 22.

⁵⁷ V. ancora S. CASSESE, *op. ult.*, cit.

loro volta richiedono procedimenti *ad hoc* di applicazione, ma di poteri provvedimentali, la loro individuazione ed enucleazione deve infatti rispondere a regole rigorose, tali da garantire l'ossequio al principio di tipicità. Non è cioè sufficiente la fissazione dell'obiettivo da raggiungere, ovverosia lo scopo da perseguire. Un conto sono le finalità, un conto sono i poteri provvedimentali, volti a concretizzare le prime⁵⁸. In particolare, dalle mere finalità non sono enucleabili gli obblighi puntuali di *facere*, il cui contenuto sia demandato in *toto* all'Autorità amministrativa. Ed infatti è stato ritenuto *contra legem* la fissazione di limiti massimi della concentrazione della capacità produttiva assegnabile ai singoli operatori mediante procedure concorsuali. Da notare che si trattava di un tetto "*antitrust*" che riguardava tre specifiche procedure concorsuali bandite dal gestore della rete di trasmissione nazionale (GRTN) e che il limite della quantità di energia assegnabile impingeva sulla iniziativa economica garantita dall'art. 41, comma 1° Cost., per cui la mera finalità di conseguire un mercato concorrenziale non è stata (e correttamente) ritenuta idonea a rispettare il principio di tipicità⁵⁹. Così come sono state ritenute *contra legem* delibere che imponevano obblighi a contrarre se pur rispondenti ad obiettivi procompetitivi: così la delibera n. 254 del 2004 con cui Enel s.p.a. veniva obbligata, laddove si fosse verificata una determinata situazione ad offrire sul mercato la propria produzione ad un prezzo fisso per un determinato periodo, in modo da arginare il proprio *status di incumbent*⁶⁰ o le delibere n. 212 e 220 del 2005 con cui l'Autorità ha obbligato ancora Enel s.p.a. a cedere contrattualmente a terzi la capacità produttiva virtuale che, per ogni macrozona geografica in cui è suddiviso il mercato dell'energia elettrica le consentirebbe, secondo stime proiettate sull'anno 2006, di imporre il prezzo dell'energia elettrica al di fuori della logica concorrenziale⁶¹. In tale maniera, secondo l'Autorità, si sarebbero

⁵⁸ E' vero che le direttive sui "livelli di qualità", ex art. 2 l. 481/1995, sopra ricordate, non sono atti regolamentari; sono comunque atti generali, assimilabili sotto molti profili ai regolamenti (tanto che sovente la distinzione è controversa), ma soprattutto non sembra che fosse necessario, nella specie, ricorrere ai poteri impliciti trattandosi di poteri espressamente attribuiti.

⁵⁹ V. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 4 aprile 2002, n. 1331, in *Foro amm.*, TAR, 2002, con nota di N. BASSI: *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell'azione amministrativa, fra regole costituzionali e norme comunitarie*, ivi, 1990.

⁶⁰ TAR Lombardia, Milano, Sez. VI, 20 giugno 2005, n. 1946.

⁶¹ Cfr. Lombardia, Sez. IV, 6 febbraio 2006, n. 246, in *Foro Amm.*, TAR, 2006, 466, con osservazione di A. CACCIARI, *In tema di limiti al potere attribuito all'Autorità* –

ripristinate le condizioni di mercato in regime di concorrenzialità. Senonché nessuna norma consente l'imposizione di limiti all'autonomia negoziale degli operatori in relazione alla gestione della propria capacità produttiva, ovvero ai processi di formazione del prezzo sul mercato all'ingrosso dell'energia elettrica. Il Consiglio di Stato, con la sentenza che ha confermato la illegittimità di tale deliberazione⁶², ha appunto messo in luce che il potere "a tutto tondo" di cui all'art. 2, l. 481/1995 deve comunque estrinsecarsi in direttive, cioè in atti dotati di genericità ed astrattezza e in cui vengono individuati compiti ed obiettivi di massima, rivolgendosi ad una platea indeterminata di soggetti senza imporre obblighi concreti e puntuali. Mentre invece a fronte di delibere a contenuto specifico, come quella che introduce nei confronti di un operatore determinato individuati obblighi di cessione di quantitativi di energia elettrica, fissando tempi, modalità e condizioni di prezzo, il principio di legalità, tantopiù quando incide su situazioni individuali, tutelate dagli artt. 23, 41, 42, Cost., non può certo essere inteso in senso debole: "il principio di (legalità *n.d.r.*) si attualizza inoltre nella previsione di fattispecie provvedimentali tipiche attraverso le quali si esprime la posizione di preminenza della pubblica Autorità". Del pari, è stata ritenuta illegittima la delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas che, pur in difetto di una attribuzione espressa, aveva ritenuto, dal complesso delle proprie funzioni, di poter imporre la destinazione dei proventi derivanti dall'attività nel settore elettrico (si trattava dei proventi conseguenti alla cessione di un ramo di azienda), alla riduzione degli oneri afferenti al sistema⁶³.

all'Autorità per l'energia elettrica e gas e in particolare in tema di esclusione di un potere di imposta agli operatori di mercato di obblighi derogatori rispetto al principio di autonomia negoziale, 473 e in Giorn. dir. amm. 2006, 1117, con nota di K.MARCANTONIO, Principio di legalità e concorrenza nel settore energetico: verso la convergenza regolatoria?

⁶² Cons. Stato, Sez. VI 10 maggio 2007, n. 2244.

⁶³ TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 16 gennaio 2007, n. 39: altra è la fattispecie decisa dal TAR Lombardia, Sez. II 31 gennaio 2001, n. 689: lì è stata esclusa una competenza connessa dell'Autorità per la determinazione dei prezzi sorvegliati, non solo perché la legge (art. 3, comma 32°, l. 481/1995) stabilisce che le competenze connesse devono essere attribuite attraverso appositi regolamenti, che di contro non erano intervenuti (in sostanza tale comma funge da limite espresso alla introduzione di competenze connesse). V. comunque, per una rassegna critica sulla giurisprudenza del TAR Lombardia, nei confronti di provvedimenti di AEEG, anche con riguardo al tema dei

Vale aggiungere che la dottrina che ha recentissimamente esaminato il problema, proprio con riguardo *ex professo* alle delibere dell’Autorità per l’energia, ha criticato le letture rigorose del principio di legalità, imputate di non tener conto delle esigenze di funzionalità e di efficienza dell’azione amministrativa, ricavabili dall’art. 97 Cost., ed osservando che la ragione stessa della istituzione di una Autorità indipendente è quella di “*affidare ad un soggetto specializzato la disciplina continuativa di settore economico, adeguandola in modo dinamico – e difficilmente prevedibile a priori – all’evoluzione del relativo contesto di mercato*”⁶⁴. Tantopiù considerato che le istanze di garanzia dei privati, che la regola della legalità mira a soddisfare, ricevono adeguata tutela anche grazie alla presenza dei noti principi generali sull’azione amministrativa (da quello di finalizzazione a quelli di ragionevolezza e di proporzionalità)⁶⁵. Senonché tale tesi, del resto sostenuta con molta cautela (tanto che espressamente vengono ritenute non condivisibili le prospettazioni dottrinali o le scelte giurisprudenziali troppo marcatamente “funzionalistiche”), sembra essere riferita all’esercizio del potere normativo, che certamente può (e anzi deve) essere conformato al principio della tutela della concorrenza, a quello della tutela della sicurezza etc. Altro però sono i provvedimenti che direttamente pongono limiti o prescrizioni incidenti su situazioni soggettive garantite dalla Costituzione o impongono prestazioni. In questo caso non è più sufficiente la predeterminazione della finalità, occorre anche la tipizzazione in quel determinato potere. Del resto anche la dottrina in questione sostiene che i poteri dell’Autorità richiedono almeno un fondamento legislativo “minimo”, riferito all’oggetto specifico della regolazione⁶⁶: occorre quindi che quello specifico potere (non la mera finalità da perseguire) sia indicato dalla legge, indicazione che non può che riguardare sia l’oggetto che gli effetti, cioè le conseguenze giuridiche del provvedimento.

poteri impliciti, F. FRACCHIA, *Giudice amministrativo ed energia il sindacato del Tar Lombardia sugli atti dell’Autorità per l’energia e il Gas*, in *Giust. amm.* 2007.

⁶⁴ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell’energia elettrica e del gas naturale*, Milano, 2006, 131 ss.

⁶⁵ E. BRUTI LIBERATI, *op. cit.*, 134.

⁶⁶ V. in tal senso la sintesi delle pagine di BRUTI LIBERATI, *op. cit.*, nella recensione di A. TRAVI, in *Diritto pubblico*, 2006, 954

Né si può ritenere che tale tipizzazione possa trovare la sua fonte nel regolamento (il che è del resto espressamente escluso dall'Autore in questione)⁶⁷.

9) Provvedimenti e poteri impliciti: il controlimite del principio di tipicità

Le sentenze appena citate, che pur riguardano Autorità dotate di poteri flessibili e ad ampia genericità, e come tali ben piegabili verso l'individuazione di poteri impliciti, dimostrano *per tabulas* che nei confronti del provvedimento amministrativo implicito si erge uno *sfavor* di principio. Si intende per tale quel provvedimento amministrativo non previsto da alcuna norma di legge (o di regolamento, se si segue la tesi per cui il principio di legalità e di riflesso il principio di tipicità possono essere inverati, nelle materie non riservate alla legge, da regolamenti⁶⁸). Mentre l'implicito "normativo" ha o può avere una sua giustificazione nella logica dell'ermeneutica, l'implicito provvedimento ha necessità di una copertura ben più pregnante. Questo per la semplice ragione che deve fare i conti con il principio di tipicità, che significa connessione fissata dalla normativa tra i vari elementi dell'atto e la predeterminazione degli effetti che esso può produrre. La tipicità implica che la legge nell'attribuire all'amministrazione quel potere, deve stabilire i presupposti, il procedimento, gli effetti, e dunque stabilirne la funzione specifica. Il fondamento della tipicità va ravvisato negli stessi principi costituzionali relativi allo svolgimento dell'attività amministrativa. Mentre per i provvedimenti destinati ad incidere sfavorevolmente nella sfera giuridica dei destinatari è il principio di legalità a fondare la regola della tipicità⁶⁹, per i provvedimenti che dispongono in modo favorevole nei confronti della sfera giuridica dei destinatari tale regola discende dalle esigenze di imparzialità e buon

⁶⁷ E. BRUTI LIBERATI, *op. cit.*, 130.

⁶⁸ V. in tal senso ad es. A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Diritto pubblico*, 1995, spec. 108 ss.; S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, 2000, 198 ss.

⁶⁹ V. partic. G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in G. GUARINO (a cura di), *Dizionario amministrativo*, 2^a ed., Milano, 1983 140-142, che ricollega la tipicità direttamente all'art. 1 Cost., oltre che all'art. 97 per la materia organizzativa, all'art. 23 per le prestazioni imposte, all'art. 53 per la materia tributaria, nonché, in termini più generali, all'insieme delle disposizioni in materia di tutela delle situazioni soggettive.

andamento dell'azione amministrativa⁷⁰. La tipicità comporta quindi che le varie categorie di provvedimenti siano identificate dalle norme disciplinatrici dei relativi poteri e non rimesse all'autonomia dell'Autorità amministrativa.

Il principio di tipicità non vuol dire però esclusione di ogni potere implicito, tantopiù che l'attribuzione del potere può avere un grado di non compiuta determinazione⁷¹, ma vuol dire che l'attribuzione di tale potere deve essere ricavata non dal criterio finalistico, ma dal sistema normativo in cui questo potere si radica.

⁷⁰ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 596.

⁷¹ M.S. GIANNINI, *Sulla tipicità degli atti amministrativi*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, 319 ss., 320-322, rileva come la tipicità non determini una regolazione assoluta e completa della fattispecie, ma attenga solo alla presenza, necessaria, di talune situazioni e/o al contenuto sempre necessario, di talune di esse. Sui vari profili della tipicità (in senso strutturale e in senso funzionale, in senso debole e in senso forte) e per una accurata disamina critica delle varie tesi in proposito e delle applicazioni giurisprudenziali (nonché per la distinzione dal principio di nominatività) v. il recente studio di L. PISCITELLI, *Sulla nozione di tipicità dell'atto amministrativo*, Genova, 2003.

10) I poteri provvedimentali impliciti: casistica e relative “ragion per cui”;

a) Il potere di autotutela esecutiva a difesa anche di beni del patrimonio indisponibile;

b) Il potere di ciascun ufficio amministrativo di vietare o permettere a terzi l’accesso e/o la permanenza negli edifici in cui l’ufficio adempie alle proprie funzioni pubbliche;

c) I poteri dell’Amministrazione vigilante:

ca) Il potere di annullamento degli atti dell’ente vigilato;

cb) I poteri interdittivi ed inibitori;

cc) Il potere di scioglimento degli organi direttivi;

cd) Il potere di nomina di un commissario ad acta;

ce) Il potere di emanare atti di indirizzo;

d) Diffida;

e) Avvertimenti al pubblico;

f) Convalida, rettifica e sanatoria “giurisprudenziale”;

g) Il potere di ispezione;

h) Il potere di sospensione.

Ciò stante, dove germoglia il potere amministrativo implicito? Cioè non posto espressamente né dalla legge né da una fonte regolamentare e che purtuttavia si ritiene di esercitare “per connessione” o per derivazione da altri poteri sicuramente attribuiti.

Sono numerose le ipotesi in cui l’Amministrazione, titolare indiscussa di determinati poteri, ne esercita altri in quanto funzionali al corretto esercizio dei primi.

Le ipotesi “storiche” e più importanti dei poteri impliciti invero non sono più da ritenersi tali in virtù della recente novella della legge sul procedimento amministrativo.

Taluni poteri fondamentali per non dire classici del diritto amministrativo, tali anzi da dar luogo a veri e propri istituti, non avevano sino a pochi anni fa una espressa previsione normativa: si pensi all’annullamento d’ufficio, alla revoca, alla convalida, alla sospensione (invero in precedenza l’esistenza di tale ultimo potere era discussa, pure aveva già avuto una prima e parziale positivizzazione nell’art. 7 l. n. 241/1990)⁷². Oggi sono stati positivizzati dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 che ha integrato e

⁷² Istituti, questi, oggetto di una accurata analisi proprio sotto la presente angolazione da parte di N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001.

novellato la l. n. 241/1990, e nel contempo – a mio giudizio – se ne è ridotto il campo di applicazione, in quanto sono stati introdotti prospettive e limiti, non sempre riconducibili alla pregressa conformazione di tali poteri secondo la giurisprudenza⁷³. Del resto, anche il potere regolamentare è stato a lungo considerato, prima del fondamentale saggio di Zanobini⁷⁴, un potere implicito, scaturente dall'attribuzione di un potere discrezionale: nel senso che il suo esercizio veniva legittimato quale regolazione *ex ante* dell'esercizio del potere provvedimento discrezionale. Nel contempo, la l. 15/2005 ha eliminato un potere implicito largamente praticato. Infatti nel passato, era considerato implicito il potere di coazione, ovvero il potere della pubblica amministrazione di dare attuazione ai provvedimenti rimasti non eseguiti da parte degli interessati pur intimando in tale senso. Nel senso che l'atto amministrativo, ove per essere eseguito avesse avuto necessità dell'azione dei destinatari dello stesso, era anche per definizione esecutorio. Si tratta della tesi della pienezza della competenza (Cammeo parlava addirittura di pienezza della sovranità, per il vero ascrivendo a tale *imperium* anche il potere di dettare regole e di dar luogo a controlli)⁷⁵. Data cioè una determinata competenza, e attribuito un correlativo potere di impero, vi si considerava incluso per connessione anche il potere di coazione, pur in assenza di una espressa previsione legislativa. Ciò veniva giustificato sulla scorta di argomenti diversi: chi si appellava ad una ragione per così dire funzionale all'agire amministrativo, sicché vi sarebbe

⁷³ V. ad es., per quanto riguarda la revoca, i rilievi di A. TRAVI, *La revoca dopo la legge n. 15/2005 e l'analisi economica del diritto*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Annuario 2006, Atti del Convegno annuale su *Analisi economica e diritto amministrativo*, Milano, 2007, 183 ss., mentre per quanto concerne l'annullamento vanno altresì tenuti presenti i limiti introdotti dall'art. 1, comma 136, l. l. 30 dicembre 2004, n. 311 e le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria con riguardo agli atti contrastanti con il diritto comunitario (v. Corte Giust. CE, 14 gennaio 2004, C-453/00, Kühne & Heitz). Su tale sentenza e sulle sue implicazioni v., in particolare, D. DE PRETIS, "*Illegittimità comunitaria*" dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 725 ss. e D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in G. D. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra organizzazione e diversità culturale*, Padova, 2005.

⁷⁴ G. ZANOBINI *Sul fondamento legislativo della potestà regolamentare*, in *Arch. giur.* 1922, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano 1955, 145 ss.

⁷⁵ F. CAMMEO, *L'esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, in *Giur. it.* 1929, III, 18 ss.

un interesse sociale intrinseco alla esecutorietà (Borsi scriveva che è la *utilitas* pubblica a giustificare l'esecutorietà dell'atto amministrativo⁷⁶); chi alla presunzione di legittimità, chi ad una conseguenza implicita dell'imperatività, chi ad un principio generale dell'ordinamento (ricavandola da tutta una serie di disposizioni, tra cui *in primis* l'art. 378 l. 22 marzo 1865 n. 2248, all. F)⁷⁷. Come noto, la dottrina, anche soprattutto in virtù delle disposizioni costituzionali, ha messo in discussione e anzi dimostrato l'inesistenza di tale potere implicito, in quanto è sempre necessaria una previa base legislativa⁷⁸. Peraltro la giurisprudenza ha mantenuto la fedeltà alla tesi tradizionale⁷⁹. Senonché l'art. 21 *ter*, l. 241/1990, nello stabilire che “*nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre correlativamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti. Il provvedimento costitutivo di obblighi indica il termine e le modalità dell'esecuzione da parte del soggetto obbligato*” e che “*qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni, previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge*”, non solo ha chiarito che il potere di coazione richiede comunque una espressa base legislativa, ma altresì ha stabilito che non è sufficiente la mera attribuzione formale di tale potere, essendo invece indispensabile anche una predeterminazione legislativa del concreto esplicarsi di quello che venne definita⁸⁰ capacità di farsi giustizia a se⁸¹.

⁷⁶ Cfr. U. BORSI, *Fondamento giuridico dell'esecuzione forzata amministrativa*, in *Studi senesi 1905*, ora in *Scritti di diritto pubblico*, Padova, 1976, I, 239 ss.: Id. *L'esecuzione degli atti amministrativi*, in *Studi senesi*, 1901-2, ora in *Scritti di diritto pubblico*, I, 52.

⁷⁷ Puntuali indicazioni delle varie posizioni della dottrina in N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, cit. 350 ss.

⁷⁸ Sono stati fondamentali in tal senso gli scritti di F. BENVENUTI, *Autotutela* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, IV. Milano, 1959, 537 ss.; A. M. SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 819 ss.; S. CASSESE, *I bei pubblici, circolazione e tutela*, Milano, 1969.

⁷⁹ V. la giurisprudenza ricordata da V. BASSI, *Tempo di legalità*, cit. 330. Mette conto ricordare invece che la Cassazione è di contro ferma nell'affermare che “l'autotutela della P.A., attuata mediante lo strumento autoritativo (nella specie con effetti sulla esecuzione di contratti di diritto privato), può essere esercitata solo nelle ipotesi tassativamente previste per legge, come quelle indicate dalla legge n. 2248 del 1865, all. F, art. 340 e dall'art. 8 della medesima legge all. E, non estensibili in via di analogia a casi diversi” (Cass., S.U. 20 dicembre 2006, n. 27170, in *Giur. it.*, 2007, 1532.

⁸⁰ F. BENVENUTI, *Autotutela* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, cit.

A parte questi rilievi, che comunque costituiscono una conferma storica dell'istituto "potere provvedimento implicito", possiamo ricordare tra i poteri impliciti (o meglio ritenuti comunemente tali).

a) il potere di autotutela esecutiva a difesa anche di beni del patrimonio indisponibile (per quanto ai sensi dell'art. 823, comma 2° cod. civ., la facoltà per la pubblica amministrazione di procedere in via amministrativa è riferita ai soli beni del demanio pubblico).

In tal senso la giurisprudenza è costante⁸², anche se si tratta di soluzione criticata in dottrina⁸³, in quanto si rileva che, essendo già per sé discutibile far derivare dalla disposizione in esame un potere atipico ed innominato di autotutela nei confronti dei beni demaniali, *a fortiori* si dovrebbe escludere una siffatta possibilità per quelli del patrimonio indisponibile.

b) Il potere di ciascun ufficio amministrativo di vietare o permettere a terzi l'accesso e/o la permanenza negli edifici in cui l'ufficio adempie alle proprie funzioni pubbliche.

Non si tratta del diritto di determinare quali spazi siano aperti al pubblico e quali riservati solo al personale amministrativo, ma del potere di vietare a determinati individui l'ingresso o la permanenza anche nelle parti degli edifici pubblici in genere accessibili ai cittadini. Lo scopo di tale competenza è quello di tutelare e rendere possibile l'attività amministrativa eliminando eventuali elementi di disturbo o pericolo. Si tratta invero di una tematica che è sorta e si è sviluppata in Germania (l'istituto si chiama *Hausrecht*), ma che si pone (o si può porre) anche nel nostro ordinamento. Laddove tale potere non è espressamente canonizzato - esso ad es. è espressamente attribuito al Presidente del *Bundestag* dalla Legge

⁸¹ V. ora per una accurata disamina della portata e del significato dell'art. 21 *ter* F. SAITTA, *Esecutorietà*, in N. PAOLANTONIO-A. POLICE- A. ZITO (a cura di) *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 437 ss.: nonché G. PAGLIARI, *Efficacia, esecutività ed esecutorietà dei provvedimenti amministrativi*, in F. LIGUORI (a cura di), *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, Bologna, 2007, spec. 83 ss.

⁸² Cass., 28 novembre 1981, n. 6328, in *Foro it.*, 1982, I, 3045; Cons. St., sez. IV, 20 aprile 1988, n. 337, in *Foro it.*, 1989, III, 398; Cons. St., sez. IV, 6 aprile 2000, in *Foro amm.*, 2000, 1218; Cons. St., sez. V, 1 ottobre 1999, n. 1224, in *Cons.Stato*, 1999, I, 159.

⁸³ V. per tutti M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, 89 ss. in particolare nota di richiami 152, oltre alla fondamentale monografia di S. CASSESE, *I beni pubblici, circolazione e tutela*, Milano, 1969

Fondamentale (Art. 40 II *Grundgesetz*), e ai presidenti dei *Landtage* nelle Costituzioni dei vari Länder - esso è considerato un potere implicito che deriva dal dovere dei singoli uffici di svolgere le proprie funzioni pubbliche⁸⁴. Questo perché ogni Autorità ha prima di tutto il dovere di esercitare i poteri di cui è stata espressamente investita. Per adempiere a tale dovere, essa deve necessariamente avere anche la competenza di eliminare ogni elemento che possa rappresentare un disturbo o un ostacolo allo svolgimento delle proprie funzioni e deve quindi poter vietare l'accesso ai propri edifici a persone che possono danneggiare o pregiudicare le attività amministrative. Secondo tale visione, lo *Hausrecht* è dunque una "competenza annessa" alla competenza materiale espressamente attribuita al singolo ufficio amministrativo: si tratta cioè di un potere, insito nei poteri espressi perché funzionale al loro esercizio. Se un ufficio viene *espressamente* investito di un determinato incarico deve avere anche *implicitamente* i poteri necessari a svolgere tale incarico, in particolare il potere di eliminare eventuali impedimenti e garantire così l'efficace adempimento delle proprie funzioni.

Questa impostazione è affermata dalla giurisprudenza, ad esempio in alcune pronunce del tribunale amministrativo di Francoforte⁸⁵ e delle alte corti amministrative di Münster⁸⁶, del NRW⁸⁷ e dello Schleswig-Holstein⁸⁸. Una parte della dottrina contrasta invero tale tesi, rilevando che il "divieto di accesso" emanato da un ufficio amministrativo sulla base dello "Hausrecht" rappresenta un'incisione autoritativa della pubblica amministrazione nella libertà di azione del singolo cittadino⁸⁹. Essere investiti di una funzione non dà automaticamente il potere di ingerenza nella sfera individuale del cittadino in casi di disturbo dello svolgimento della funzione di propria competenza. Il divieto di accesso ad un edificio pubblico (in particolare agli spazi accessibili al pubblico) rappresenta una

⁸⁴ V. in tal senso H. KRÜGER, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl. 1966, 262, 332, 929; H.E. FOLZ, *Polizeiliche Zuständigkeiten und kollidierende Kompetenzen anderer Hoheitsträger*, JuS, 1965, 41ss.; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Aufl. 2004, § 3 Rn 24, 55.

⁸⁵ VG Frankfurt/M, *NJW* 1998, 1424.

⁸⁶ OVG Münster, *NVwZ-RR*, 1989, 316 (317)

⁸⁷ OVG NW, *NWVBl.* 1989, 91

⁸⁸ in *NJW*, 2000, p. 3440.

⁸⁹ D. EHLERS, *Gesetzesvorbehalt und Hausrecht der Verwaltungsbehörden*, in *DÖV* 1977, 737 ss.; cfr. anche D. EHLERS, *Ungeschriebene Kompetenzen*, in *Jura* 2000, 323-329.

ingerenza nella libertà di circolazione del cittadino e quindi deve sottostare al principio della riserva di legge, ovvero essere legittimato da una norma attributiva esplicita. In particolare per EHLERS gli *Hausverbote* (“divieti di accesso” indirizzati a determinati individui), sono atti amministrativi a tutti gli effetti e poiché si tratta in particolare di atti limitativi dei diritti, essi possono essere emanati solo se sussiste una legge che attribuisca agli uffici interessati il potere di emanarli.⁹⁰ Si potrebbe riconoscere un potere implicito alla pubblica amministrazione solo se questo fosse indispensabile allo svolgimento di una funzione e se in assenza di esso l’amministrazione non avesse alcuna possibilità di adempiere ai propri compiti. Ma il diritto di vietare l’accesso a determinati individui, pur essendo utile in certe situazioni, non è “in sé” necessariamente indispensabile affinché l’amministrazione possa svolgere le sue funzioni, quindi non può essere considerato un potere implicito alle competenze espresse; tanto più che la sicurezza dello svolgimento delle funzioni pubbliche può essere garantita in altri modi, ovvero tramite gli uffici di polizia e ordine pubblico espressamente incaricati di eliminare i pericoli per la pubblica sicurezza.

La questione è invero controversa, tanto che taluni ravvisano il fondamento dello *Hausrecht* nel diritto consuetudinario, altri lo fondano sull’analogia con le fattispecie nelle quali il potere di vietare l’accesso agli edifici pubblici viene espressamente attribuito a determinati organi, altri invocano le disposizioni del codice civile relative allo *Hausrecht* dei privati sugli edifici di propria proprietà (§§ 859 seg., 903 e 1004 BGB). Si afferma cioè che quando un ufficio vieta l’ingresso a un determinato individuo non agisce in qualità di Autorità pubblica ma agisce anche come soggetto “privato” che fa valere i propri diritti di proprietà sugli edifici, secondo quanto sancito dal BGB (il che però presuppone che il divieto non si esprima con atti amministrativi e quindi saremmo per definizione al di fuori della tematica dei poteri impliciti o no).

Con riguardo al nostro ordinamento, un divieto del genere, in quanto non riguardante categorie indistinte di soggetti e non derivante perciò da ragioni di ordinato e corretto uso del bene pubblico, è da ritenere incostituzionale per violazione della riserva di legge ex art. 16 Cost. (ed infatti il c.d. DASPO che vieta l’accesso agli stadi a determinati soggetti, è previsto e regolato dalla legge).

⁹⁰ D. EHLERS, *Gesetzesvorbehalt und Hausrecht der Verwaltungsbehörden*, cit. 741-742.

c) I poteri delle amministrazioni vigilanti:

ca) Il potere di annullamento degli atti dell'ente vigilato⁹¹.

Va detto tuttavia che la tesi che sostiene la presenza di tale potere appare recessiva, a fronte di una maggiore sensibilità verso l'autonomia degli enti e dell'affermarsi di una netta distinzione tra vigilanza e gerarchia. Infatti la stessa nozione di vigilanza è stata oggetto di una recente pronuncia del Consiglio di Stato, dove si è messo in evidenza che la vigilanza rientra nell'ambito delle formule organizzatorie, differenziandosi, in particolare, dalla gerarchia: a tal fine, è stato evidenziato che il concetto di vigilanza "implica un rapporto organizzatorio diverso e più tenue del rapporto gerarchico e che deve essere inteso come potere strumentale al corretto esercizio della funzione in quella determinata materia stabilita dalla legge e non è caratterizzata dal controllo su di un'attività amministrativa già svolta, ponendosi piuttosto come indirizzo all'attività da svolgersi"; per cui non possono essere ricondotti nell'ambito della potestà di vigilanza, come formula organizzatoria a carattere generale, poteri autoritativi, riconducibili alla gerarchia ed al controllo, quali l'annullamento⁹². Del resto, una volta venuta meno la concezione di uno Stato-soggetto in posizione di sovraordinazione generale su tutti gli enti pubblici, l'istituto della vigilanza ha perso la sua compattezza, dovendo fare i conti, volta per volta, con un variegato diritto positivo⁹³.

⁹¹ In tal senso v. in particolare V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano 1992, 444 ss.; e in giurisprudenza v. il parere del Consiglio di Stato n. 53 bis, del 24 gennaio 1950, secondo cui "il potere di annullamento può essere esercitato nei confronti di tutti gli organi, siano individuali o collegiali, che si trovino od agiscano nell'ambito sottoposto alla supremazia e alla vigilanza dell'Autorità ministeriale", riportato nella Relazione sull'attività del Consiglio di Stato nel 1947-50, vol. II, p. 33, nonché più recentemente, Cons. Stato, Sez. VI, 17 maggio 1977, n. 429, in *Cons. Stato*, 1977, I, 86 ss. Corte Conti, Sezione controllo enti, 16 luglio 1985 n. 1827 in *Cons. Stato*, 1986, II., 101, secondo cui "l'amministrazione statale che vigila su un ente pubblico cui lo Stato contribuisce in via ordinaria ha l'obbligo di attivare la potestà di annullamento delle delibere ritenute illegittime in quanto si configura come deviazione dal corretto esercizio di un compito istituzionale la mera rilevazione della irregolarità formale e sostanziale di un atto senza procedere al suo annullamento".

⁹² Cons. St., Sez. IV, 12 settembre 2006, n. 5317, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹³ V. in proposito quanto rilevano M. STIPO, *Vigilanza e tutela (dir. amm.)* in *Enc. giur.* XXXII, Roma 1994, 5 ss. e S. VALENTINI, *Vigilanza (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.* XLVI, 1993, Milano, 702 ss., per un esempio di questa variegatezza della nozione talchè non si presta ad essere inquadrata entro coordinate sicure e stabili si veda ad es. il

Ciò, peraltro, non esclude che dal complesso dei poteri di vigilanza attribuiti dalla legge non possano trarsi dei poteri impliciti, ovvero non previsti espressamente dalla norma di legge. Difatti, secondo, la giurisprudenza possono essere riconosciuti all'Autorità vigilante poteri strumentali, non espressamente attribuiti dalla legge, atti a garantire e rendere effettivo il corretto esercizio della funzione di vigilanza: così, si è ritenuto che, laddove siano conferiti al vigilante poteri penetranti di controllo, quali, ad es., l'indicazione del contenuto che devono assumere certi atti (nel caso di specie il potere dell'Autorità di vigilanza per i lavori pubblici nei confronti delle SOA), si può ritenere sussistente, al fine di rendere effettiva la vigilanza, un potere di annullamento dei predetti atti, anche se non riconosciuto espressamente dalla legge⁹⁴.

cb) Poteri interdittivi ed inibitori.

Tale categoria esprime i poteri impliciti desunti non già dalla posizione di organi di vigilanza in astratto, bensì dalla specifica normativa, in cui è inserita in concreto la funzione di vigilanza (in sostanza, per lo stesso ordine argomentativo da cui - come appena visto - si ricavano i poteri decisionali della Autorità di vigilanza dei lavori pubblici nei confronti delle attestazioni SOA): così, con riguardo all'art. 143 del T.U. leggi sanitarie, che sottopone, a vigilanza, agli effetti della sanità pubblica, “i fabbricanti ed i commercianti di prodotti chimici e preparati farmaceutici, di colori, di droghe, di profumi, e di acque e fanghi minerali”, si è escluso che detta vigilanza si esprima in meri poteri di controllo circa l'osservanza di previe norme e non in quello di dettare nuove regole di comportamento, che non

caso deciso da TAR Lombardia, Sez. II, 2001, n. 7116, circa l'estensione dei poteri di vigilanza di AEEG.

⁹⁴ Cons. St., Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 991; Id., Sez. VI, 24 gennaio 2005, n. 128. Da notare che in senso diverso si era pronunciato il TAR Lazio (v. III, 13 marzo 2004, n. 2439; Id., 19 maggio 2003, n. 4368), basandosi sul fatto che non era riscontrabile alcuna norma né della legge né del regolamento che prevedesse in capo all'Autorità un potere di diretta incidenza sulle attestazioni rilasciate dalle SOA; sicché aveva concluso come fosse da escludere che tale Autorità potesse legittimamente emanare veri e propri provvedimenti di annullamento a delle attestazioni rilasciate. Tale potere peraltro è ora espressamente riconosciuto dall'art. 40, comma 4°, lett. b, e comma 9° ter, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (Codice dei contratti pubblici). Sulla Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (ora, dopo l'art. 6 d.lgs. 11 aprile 2006 n. 163, Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture), sotto l'ottica dei poteri impliciti, cfr. B. PONTI, *Principio di legalità e presunti poteri di regolazione dell'Autorità per la vigilanza su lavori pubblici*, in *Servizi pubblici ed appalti*, 2003, 613 ss.

siano direttamente specificative di norme precedenti e funzionali al loro rispetto, osservando di contro che nel potere in questione, in quanto collegato ai compiti di generale tutela della salute pubblica, non può non essere compresa l'adozione di provvedimenti, volti a vietare la produzione e il commercio di prodotti (nella specie, cosmetici) che presentino pericolosità per la salute pubblica⁹⁵. Tali conclusioni si fondano da un lato nel complesso di attribuzioni di vigilanza, nonché sull'argomento *a fortiori* per cui poteri del genere erano riconosciuti, nella sua sfera di competenza territoriale, all'ufficiale sanitario, ma dall'altro e soprattutto nella forza espansiva (dei poteri) che intrinsecamente la materia "tutela della salute pubblica" assume.

cc) Il potere di scioglimento degli organi direttivi.

Si tratta di un potere radicato in un principio generale dell'ordinamento⁹⁶. In tal senso si è espressa anche la Corte Costituzionale, osservando che "*il potere di nomina del Commissario straordinario costituisce attuazione del principio generale, applicabile a tutti gli enti pubblici del superiore interesse pubblico al suggerimento, con tale rimedio, degli organi di ordinaria amministrazione, i cui titolari siano scaduti o mancanti. Tale potere non è esercitabile liberamente*"⁹⁷. Del resto la stessa giurisprudenza ha più volte ribadito che la nomina del commissario straordinario è un atto di autotutela esecutiva, appartenente alla categoria delle misure strettamente ripristinatorie, la cui funzione si esaurisce nell'eliminare la situazione di danno o di pericolo per l'interesse pubblico. Nel primo caso ha carattere sanzionatorio, nel secondo è una conseguenza del principio di funzionalità. Tale potere non v'è invece nei confronti degli enti privati, per i quali il potere di scioglimento degli organi può essere stabilito solo da una legge⁹⁸.

⁹⁵ V. Cons. Stato, Sez. IV, 6 maggio 1980, n. 504, in *Giur. it.*, 1981, III, 21.

⁹⁶ Il principio generale del "commissariamento", come potere generale spettante all'Autorità che ha nominato l'organo rivelatosi inefficiente, risponde infatti ad una esigenza indefettibile di funzionalità e al principio di continuità dell'azione amministrativa: v. Cons. Stato, Sez. II, 6 febbraio 1980, n. 1304, in *Cons. Stato*, 1982, I, 1056; Id., Sez. VI, 13 marzo 1981, n. 133, in *Foro amm.*, 1981, I, 133; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 6 dicembre 2001, n. 7879; Cons. Stato, Sez. III, 14 febbraio 1989, 110/89, in *Cons. Stato*, 1992, I, 1510.

⁹⁷ Corte Cost., 20 gennaio 2004, n. 27; Id., 27 luglio 2005, n. 339.

⁹⁸ G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, 244.

cd) Il potere di nomina di un commissario ad acta⁹⁹.

ce) Il potere di emanare atti di indirizzo.

Tale è il caso delle direttive e degli atti generali impartite alle fondazioni bancarie dal Ministero del tesoro, nell'esercizio della propria funzione di vigilanza ed in assenza di una norma primaria attributiva di detti poteri; in detta ipotesi il giudice amministrativo ha specificato che l'Autorità di vigilanza ha poteri d'indirizzo non vincolanti, talché tali atti non potendo assumere forza regolamentare e comunque non essendo espressamente tipizzati, non sono vincolanti e direttamente lesivi¹⁰⁰. In altri termini, da tale giurisprudenza, si desume che l'Autorità di vigilanza può esercitare funzioni implicite strumentali all'esercizio delle proprie funzioni le quali, però, non essendo coperti da una espressa disposizione di legge, non hanno forza giuridica. Sicché non sono veri e propri poteri.

d) Diffida, da intendersi come potere innominato riconosciuto a tutte le amministrazioni per la tutela degli interessi pubblici di cui sono attributarie. Essa è stata oggetto di una significativa elaborazione pretoria. Innanzitutto, il giudice amministrativo si è preoccupato di definire la sua portata concettuale, anche al fine di distinguerlo dalla diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c.. Si è, così, sottolineato che la diffida non è un atto di "contestazione di inadempimenti, bensì atto di propulsione dell'attività del privato, il quale è posto in mora relativamente a determinati suoi obblighi perché, in tempi ragionevoli, ponga rimedio alle deficienze contestate"¹⁰¹. Il fondamento giuridico del potere di diffida viene giustificato facendo riferimento ai principi generali dell'ordinamento¹⁰². Detto principio generale, in assenza di più precise indicazioni giurisprudenziali, è da rinvenire nella regola che l'inadempimento ad un obbligo giuridico va previamente contestato mediante diffida. Si tratta, peraltro, di un indirizzo che merita una rivisitazione alla luce delle importanti novità introdotte dalla legge n. 241/90. Va, infatti, ricordato che nel caso inverso, del silenzio-rifiuto, l'inadempimento dell'amministrazione a provvedere nel termine assegnatole non è più soggetto a diffida: per cui non è dato

⁹⁹ V. per questa possibilità V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, cit., 453: il quale argomenta dal rilievo che se ciò è possibile nei limiti e con le garanzie predisposte dalla norma per gli enti autarchici, deve ammettersi a maggior ragione per gli enti strumentali.

¹⁰⁰ TAR. Lazio, Sez. III, 1 giugno 2000, n. 4537.

¹⁰¹ Cons. Stato, Sez. VI, 13 aprile 1992, n. 256, in *Cons. Stato*, 1992, I, 606.

¹⁰² Cons. Stato, sez. IV, 19 aprile 2000, n. 2332.

ravvisare, nell'ordinamento amministrativo, un principio generale per cui l'inadempimento a qualsiasi obbligo va sempre previamente contestato mediante diffida. Anzi per il principio di reciprocità, corollario della buona fede oggettiva, si dovrebbe ritenere che come il "cittadino" non è più tenuto a diffidare l'amministrazione in caso di silenzio-rifiuto, anche l'amministrazione non è tenuta a diffidare il privato in caso di suo inadempimento.

Va inoltre rammentato che l'esercizio dei poteri autoritativi di qualsiasi genere deve oggi essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento, che ben può assimilarsi alla diffida. Tanto che la giurisprudenza ha ritenuto che l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento non ha rilievo, laddove il procedimento sia iniziato mediante una diffida: si è, più precisamente ritenuto che l'atto di diffida, emanato - ai sensi dell'art. 15 d.p.r. 11 luglio 1980 n. 382 - dal rettore dell'università nei confronti del medico docente universitario affinché cessi dalla situazione d'incompatibilità, soddisfa appieno, secondo il *proprium* del procedimento sanzionatorio, l'interesse legittimo pretensivo alla partecipazione al procedimento amministrativo riconosciuto ai controinteressati dagli art. 7 seg. l. 7 agosto 1990 n. 241, in quanto chiarisce l'oggetto e indica l'Autorità responsabile del procedimento; pertanto non sussiste l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento¹⁰³. Di converso si dovrebbe ammettere che la comunicazione di avvio del procedimento, obbligatoria *ex lege*, possa avere anche i contenuti della diffida, intimando l'avvio del procedimento repressivo in caso di persistenza nell'inadempimento.

In questo modo verrebbero raggiunti due risultati di non poco momento: in primo, luogo verrebbe dato un fondamento legale al potere generale di diffida, che al momento si fonda su principi autodichiarati dalla giurisprudenza; in secondo luogo, la diffida, degradando da potere provvedimentale ad adempimento di obbligo comunicativo, non costituisce un atto dotato di autonomia funzionale, e quindi non rende necessaria la immediata impugnativa in sede giurisdizionale¹⁰⁴.

¹⁰³ TAR Puglia, Sez. I, 15 dicembre 1993, n. 1101, in *Rep. Foro it.*, 1995, *Atto amministrativo*, n. 203.

¹⁰⁴ In dottrina si possono segnalare i lavori di: A. BRANCASI, *Intimazione*, in *Digesto pubbl.*, Torino, 1993, vol. VIII, 564 ss.; ID., *Diffida nel diritto amministrativo*, *Digesto pubbl.*, Torino, 1990, vol. V, 78 ss.

L'ordinamento invero conosce anche un'altra specie di diffida, intesa non già come espressione di un potere implicito generale, bensì come potere implicito strumentale, ricavabile caso per caso dal complesso dei poteri attribuiti alle P.A., ovvero sia la diffida come risvolto strumentale del potere di regolamentazione. Per chiarezza, è possibile ricordare un caso concreto, in cui il giudice amministrativo ha affermato che in materia di aeroporti "l'art. 1, l. 7 aprile 1976, n. 125 conferisce espressamente al direttore della circoscrizione aeroportuale il potere di regolamentare l'accesso agli impianti, con particolare riferimento all'esercizio di attività commerciali attinenti al trasporto; in detto potere è insito anche quello di diffida"¹⁰⁵. In altre parole si può trovare un fondamento in espresse e specifiche disposizioni attributive di poteri di regolamentazione (soprattutto se di polizia), che implicitamente attribuiscono anche la funzione di diffida.

e) Avvertimenti al pubblico.

Diverso è il discorso con riguardo alla "diffida al pubblico". Si tratta di una tematica che si è posta in particolare in Germania (ma considerazioni analoghe sono trasferibili nel nostro ordinamento), laddove appunto si sono configurati come poteri impliciti, gli "avvertimenti" pubblici (*öffentliche Warnungen*) volti a mettere in guardia i cittadini contro determinati rischi o pericoli: si tratta di dichiarazioni fatte da pubbliche amministrazioni governative che si rivolgono alla collettività per avvertirla dei pericoli connessi ad esempio a determinati prodotti (vino con metanolo) o specifici fenomeni (sette religiose), onde tutelarla. Si può trattare di veri e propri "avvertimenti" ma anche di "consigli" (ad esempio i consigli di evitare l'uso di determinati prodotti). Questo genere di dichiarazione ha suscitato una accesa controversia nell'ambito della letteratura e nella giurisprudenza. Tra i casi più rilevanti vanno ricordati: l'avvertimento contro il vino contenente glicolo¹⁰⁶; l'avvertimento contro la setta giovanile "Osho"¹⁰⁷; l'avvertimento contro la pasta avariata a Stoccarda¹⁰⁸; la pubblicazione di *tests* su determinate merci da parte di un ufficio pubblico¹⁰⁹; il consiglio dato dalla città di Francoforte di evitare bevande con contenitori di cartone¹¹⁰.

¹⁰⁵ TAR Lazio, Sez. III, 27 dicembre 1988, n. 2052, *Foro amm.*, 1989, 1199.

¹⁰⁶ BVerfGE 105, 252; BVerfGE, 87,37.

¹⁰⁷ BVerwGE 82, 76.

¹⁰⁸ OLG Stuttgart, *NJW* 1990, 2960

¹⁰⁹ BVerwG, DVBI. 1996, 807.

¹¹⁰ HessVGH NVwZ 1995, 611.

Tale competenza è stata giustificata sia dalla Corte amministrativa federale (BVerwG) che dalla Corte Costituzionale Federale (BVerfG), per la ragione che “il governo, in virtù del suo incarico di guida dello Stato, ha il potere di svolgere lavoro informativo in tutti gli ambiti in cui ha una responsabilità statale generale cui può essere di aiuto la raccolta o la divulgazione di determinate informazioni” (“*die [Bundesregierung] ist auf Grund ihrer Aufgabe der Staatsleitung überall dort zur Informationsarbeit berechtigt, wo ihr eine gesamtstaatliche Verantwortung zukommt, die mit Hilfe von Informationen wahrgenommen werden kann*”, BVerfGE 105, 252: si trattava del caso del vino contenente glicolo, ma lo stesso principio è stato confermato anche nella sentenza relativa alla setta “Osho” = BVerfGE, 105, 279), per la ragione che la tesi contraria (che tra l’altro riposa anche su problemi di competenza) si basa sul fatto che tali avvertimenti impattano su materie coperte da riserva di legge: in particolare con gli artt. 12 I e 14 I GG (nel caso di avvertimenti contro i rischi causati da prodotti agricoli o di consumo), con l’art. 4 I (nel caso di avvertimenti contro i rischi ad esempio delle sette), con l’art. 2 I GG (relativamente al problema della “lesione morale” o calunnia), con l’art. 3 I GG (relativo alla concorrenza e all’obbligo di neutralità). Ma la giurisprudenza è – come appena ricordato – orientata a ricavare dalla generica responsabilità pubblica del Governo anche il potere implicito di avvertire i consociati circa la presenza di determinati rischi o pericoli. La realtà è che non sono veri e propri atti amministrativi, perché non dotati di alcun effetto giuridico, nel senso che non hanno effetti imperativi. Sono *Realakte* (atti reali), detti anche “*Tathandlungen*” (azioni concrete) ovvero sia misure amministrative volte ad ottenere un effetto sul piano pratico, ma non giuridico. Tuttavia gli effetti lesivi di tali avvertimenti sono innegabili, ad es. per la diretta conseguenza sulla “commerciabilità” dei beni oggetto di tali annunci: è vero che l’amministrazione ne risponderà anche sul piano risarcitorio; ma la presenza di effetti pregiudizievoli, per di più senza contraddittorio, pone certamente un problema di compatibilità con il principio di legalità.

f) Convalida, rettifica e sanatoria “giurisprudenziale”.

Come già ricordato l’art. 21 *nonies* l. 241/90 ha dato ingresso testuale al potere di convalida, che in precedenza veniva considerato implicito, in applicazione di un principio ricavabile dalla normativa codicistica (art.

1444) sulla convalida del negozio¹¹¹, anche se invero talvolta veniva ravvisato nel ‘principio di economia dei mezzi dell’azione amministrativa’ e, altre volte in quello di ‘conservazione dei valori giuridici’¹¹². L’istituto a *fortiori* comporta la rettifica che è un *minus* (eliminazione di errori minimali, idonei a dar luogo a mere irregolarità)¹¹³.

Mentre invece non rientra nella categoria dei poteri impliciti la c.d. sanatoria, che si ha quando *ex post* si adotta un atto endoprocedimentale di competenza di soggetti diversi da quelli deputati ad adottare il provvedimento finale, sicché l’intervento tardivo ha effetto di sanatoria¹¹⁴. In tal caso infatti si ha solo una inversione procedimentale e non un potere non espresso: la sanatoria è cioè un effetto (e non un atto implicito).

Sono invece da ascrivere alla categoria i provvedimenti a sanatoria di comportamenti realizzati senza titolo, che hanno determinato la realizzazione di una *res*: come è evidente, la sanatoria investe non l’atto amministrativo, bensì l’intervento nel suo risultato dotato di consistenza materiale.

Con riguardo alla sanatoria di abusi edilizi, la giurisprudenza più recente si va orientando nel senso negativo, però non tanto perché ciò sarebbe un istituto atipico di per se, questo perché la sanatoria (*rectius*: accertamento di conformità) è espressamente disciplinata nella materia edilizia dall’art. 36 T.U. 6 giugno 2001 n. 380, e trova applicazione in presenza della c.d. doppia conformità. Di qui la tesi per cui la sanatoria di un abuso edilizio è un provvedimento tipico, che estingue il potere repressivo dell’Amministrazione, e il suo ambito di applicazione non può che essere

¹¹¹ Cons. St., Sez. IV, 20 maggio 1996, n. 625, in *Cons. Stato*, 1996, I, 767.

¹¹² Cons. St., Sez. VI, 20 aprile 2006, n. 2198, in *Foro amm.*, *Cons. Stato*, 2006, 1260. Da aggiungere tuttavia che altre volte la convalida è stata ancorata al generale potere di autotutela della p.a. (Cons. St., sez. IV, 29 settembre 1986, n. 630, in *Cons. Stato*, 1986, I, 1150): “il potere di convalida, ad opera dell’organo competente, di atti amministrativi viziati da incompetenza, essendo espressione del generale potere di autotutela, deve essere riconosciuto ad ogni amministrazione e, quindi, anche agli enti locali appartenenti a regioni a statuto autonomo, senza che ai fini del suo esercizio sia necessaria un’espressa previsione normativa nell’ambito dell’ordinamento autonomistico” (TRGA Trentino-Alto Adige, sede Trento, 13 maggio 1997, n. 111, in *TAR*, 1997, I, 2434).

¹¹³ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006. 537; A. ORSI BATTAGLINI, *Omissione di atti del procedimento e sanatoria etc.*, in *Foro amm.*, 1965, II, 195.

¹¹⁴ E. CASSETTA, *Manuale, cit.*, 535.

quello specificamente disciplinato dalla normativa; pertanto non è ammessa la sanatoria di un abuso edilizio per opere che non fossero conformi alla disciplina urbanistica in vigore al momento della loro realizzazione¹¹⁵.

La tesi è corroborata dal fatto che nella redazione del testo unico edilizio non fu accolta la soluzione, proposta dallo stesso Consiglio di Stato, di codificare la sanatoria “giurisprudenziale”, ovvero la regola per cui la sanatoria è rilasciabile se l’opera realizzata è conforme allo strumento urbanistico vigente al momento della domanda, non occorrendo anche l’accertamento della conformità a quella vigente al momento della sua realizzazione.

Tale indirizzo non fa però venir meno il principio della sanatoria *ex post*, sulla base dell’argomento fondato sulla irragionevolezza della distruzione di un bene che è comunque conforme all’ordinamento e che pertanto, una volta demolito, potrebbe essere legittimamente riedificato: quel principio cioè che veniva posto a base della sanatoria edilizia giurisprudenziale e ora ritenuto contraddetto, ma appunto solo in questo settore, dall’art. 36 T.U. 380/2001¹¹⁶. Tant’è vero che in materia paesaggistica si è espressamente stabilito che l’autorizzazione *ex post* non è ammissibile nel senso che non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi (v. art. 146, comma 1°, lett. c, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42). Lo stesso codice dei beni culturali, peraltro, non contiene una

¹¹⁵ Cons. Stato, Sez. IV, 17 settembre 2007, n. 4838; Id., 11 dicembre 2006, n. 6474 (ord.) n. 4838; Id., 26 aprile 2006, n. 2306; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 9 giugno 2006, n. 1352; TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 15 gennaio 2004, n. 16; TAR Veneto, Sez. II, 20 febbraio 2003, n. 1498; v. anche nel senso che la sanatoria di un abuso edilizio è ammessa solo nei casi previsti dall’art. 13 della l. 28 febbraio 1985, n. 47, dall’art. 36 del T.U. 6 giugno 2001, n. 380, e presuppone pertanto, oltre che la conformità delle opere abusive agli strumenti urbanistici al momento dell’istanza di sanatoria, anche la loro conformità all’epoca della loro realizzazione A. TRAVI, *La sanatoria giurisprudenziale delle opere abusive: un istituto che non convince*, in *Urb. e app.*, 2007, 339 ss., ivi ulteriori rilevanti considerazioni. Di particolare spessore sono però anche gli argomenti a favore della permanenza della sanatoria giurisprudenziale: v. in particolare B. GRAZIOSI, *A proposito della ammissibilità della «sanatoria giurisprudenziale» (e dei suoi intrecci con il condono edilizio)*, in *Riv. giur. edil.*, 2004, II, 161 ss.

¹¹⁶ V. Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 1995, n. 238, in *Riv. giur. urb.*, 1995, 73, con nota di S. VINTI; Id., Sez. V, 21 dicembre 2003, n. 6498; Id., 28 maggio 2004, n. 3431; v. inoltre la rassegna di A. CORTESI, *La “sanatoria giurisprudenziale” nella recente giurisprudenza dei TAR e i termini del dibattito in corso in tema di “sanatoria giurisprudenziale”* in *Urb. e appalti*, 2003, 246 e 1093.

disposizione speculare con riguardo agli interventi sui beni culturali sottoposti ad autorizzazione. Questa diversità di disciplina, nell'ambito dello stesso testo, rende allora problematico assegnare all'art. 146 il carattere di principio generale, tale per di più da rovesciare il principio opposto, della ammissibilità in sanatoria (ai fini amministrativi) di costruzioni realizzate senza titolo, altrimenti soggette a sanzioni ripristinatorie¹¹⁷. D'altra parte nelle ipotesi in questione (si pensi a concessioni di beni pubblici o all'autorizzazione per l'installazione di impianti di telefonia o per interventi in prossimità di corsi d'acqua o in aree sottoposte a servitù militari etc.) la legge attribuisce sicuramente all'Amministrazione quel determinato potere: la differenza sta nell'oggetto del provvedimento che, con riguardo ad interventi meramente programmati è determinato solo sulla carta mentre nella specie si è già concretizzato, l'oggetto non è dunque una attività volta ad una *res*, ma una *res*. L'implicito sta cioè nel provvedere *ex post* ad attività conclusa, mentre la legge assegna un potere destinato ad una verifica *ex ante*, sicché viene mutato l'oggetto del potere.

g) Potere di ispezione.

La tesi positiva è confermata dall'art. 6, lett. b, della l. proced. amm., perlomeno con riferimento alle ispezioni istruttorie¹¹⁸. E' appena il caso di rilevare però che se l'ispezione incide sulla sfera giuridica di terzi, es. accesso in abitazioni o luoghi di lavoro, o anche a documenti di privati, occorre una espressa previsione legislativa, come si ricava dall'art. 14, comma 2°, Cost. (un esempio in tal senso è l'art. 14, comma 2°, l. n. 287/1990, ai sensi del quale l'Autorità garante della concorrenza può disporre ispezioni al fine di controllare i documenti aziendali e di prenderne copia). Né questo limite è derogato dal fatto che il potere di ispezione sussiste comunque nei confronti dei soggetti che hanno iniziato il procedimento nel loro interesse: es. ispezione dei luoghi, a seguito di una

¹¹⁷ Tanto vero che talune leggi regionali espressamente vanno ad escludere la "sanatoria" *ex post* di attività svolta senza titolo: così ad es. art. 18, comma 4°, l. reg. Tosc. 3 dicembre 1998, n. 79: "non è consentito in nessun caso procedere a valutazione di impatto ambientale in sanatoria, relativamente a progetti già realizzati".

¹¹⁸ Ma v. già O. RANELLETTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 1954, 490 "(...) è naturale che quando si dà ad una autorità il potere di svolgere una data attività, compiere un dato servizio o una data funzione, è necessario riconoscerle anche la facoltà di accertare direttamente gli elementi di fatto di cui la conoscenza essa può ritenere necessaria per un adeguato svolgimento di quell'attività".

domanda di disboscamento, o anche di una abitazione a seguito di una domanda di licenza di abitabilità. In tali circostanze, infatti, anziché un potere implicito è da ravvisare una autorizzazione implicita, nel senso che è la stessa domanda che implicitamente autorizza l'amministrazione all'ispezione pertinente.

h) Il potere di sospensione.

Non ci si riferisce al potere di sospensione dei propri provvedimenti, che ora è espressamente previsto e regolato dalla l. 15/2005 (v. art. 14, comma 1°, che ha introdotto l'art. 21 *quater* l. 241/1990) bensì al potere (e nel contempo dovere) di sospendere l'adozione di provvedimenti sanzionatori (cui l'amministrazione è obbligata) in presenza di una domanda di sanatoria¹¹⁹. Si tratta cioè di un potere di non provvedere, che la giurisprudenza radica nel principio di collaborazione e di buona amministrazione, oltre che nel principio di ragione (già ricordato *retro, sub i*), il quale osta alla distruzione della *res* realizzata senza titolo se essa può comunque essere oggetto di titolo abilitativo.

11) Poteri provvedimentali impliciti e principi generali

La casistica che abbiamo ripercorso disvela come, di solito, il potere implicito abbia la sua matrice in un principio generale. E' vero che talvolta la vigenza del principio può essere messo in dubbio, o ne vanno precisati i contorni e i presupposti di applicazione (come del resto abbiamo avuto modo di fare, talvolta anzi per escludere categoricamente la presenza del principio ritenuto legittimante il potere implicito). Fatto si è che la non codificazione del diritto amministrativo oltre che la esigenza insita in qualunque ordinamento di individuare criteri sistematici e appunto criteri ordinatori ha legittimato la giurisprudenza (per il vero in una serrata e continua dialettica con la dottrina)¹²⁰ ad individuare una *summa* di regole dell'azione amministrativa, al fine sia di porre ordine ad una normativa copiosissima e stratificata, sia di colmare lacune¹²¹. Regole, in parte, estrapolate da disposizioni contenute in leggi di particolare rilievo anche

¹¹⁹ V. TAR Toscana, Sez. II, 17 gennaio 2000, n. 4; TAR Lazio, Latina, 13 dicembre 2001 n. 1166.

¹²⁰ Sul ruolo della dottrina v., in particolare, G. GUARINO, *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, IV, Padova, 1974, 267 ss

¹²¹ V., in proposito, l'ampio e documentato studio di G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993.

per la vastità del campo di applicazione e/o per la accuratezza di disciplina (es.: T.U. delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato; l. com. prov.; Codice della navigazione; T.U. sulle acque e impianti elettrici; T.U. delle leggi di pubblica sicurezza, cui ora si aggiungono i testi unici e i c.d. codici della recente stagione normativa), e di lì “generalizzati” al fine di disciplinare ipotesi analoghe prive di diretta regolazione; in parte, invece, elaborate convergendo «in positivo» i vari profili dell'eccesso di potere (c.d. principi sul “formarsi dell'atto”); in parte, attingendo ai principi generali del diritto, anche desunti dal diritto privato (si pensi alla giurisprudenza in tema di obbligo di motivazione circa l'interesse pubblico attuale in sede di annullamento d'ufficio, che nasce dal generale principio di tutela della buona fede)¹²²; in parte, infine, ricavate dai principi costituzionali, oltre che dal diritto comunitario (es. il principio di proporzionalità o il principio di precauzione nel diritto ambientale). Sicché - e ciò costituisce affermazione comune in dottrina e in giurisprudenza - il diritto amministrativo non è frutto solo delle leggi che regolano l'attività dello Stato e degli enti pubblici, ma anche dei principi che costituiscono la “parte generale non scritta di tale branca del diritto”¹²³.

¹²² Questa «strada» è stata largamente percorsa nella fase costituente del diritto amministrativo italiano. Ad es. il ricorso a principi generali, sia tratti dal codice civile, che dalla legge della ragione o da quella della tradizione (come ad es. razionalità, tutela dei diritti quesiti, eguaglianza, natura delle cose) era largamente frequente in Cammeo: v. quanto rilevato in G. MORBIDELLI, *Federico Cammeo: l'itinerario culturale e di vita*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 22, 1993, spec. 98 e soprattutto l'analisi di B. SORDI, *Le Pandette e il diritto amministrativo: privato e pubblico nell'itinerario giuridico di Federico Cammeo*, ivi, 233-55. Sulla trasposizione degli istituti privatistici, a loro volta inquadrati secondo i dettami della Pandettistica, nel nostro diritto pubblico: v. altresì le rilevanti considerazioni di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *AA.VV., Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, 1984, 366 ss.

¹²³ Cons. Stato, Ad plen., 28 gennaio 1961, n. 3, in *Cons. Stato*, 1961, I, 8, ove leggesi che il diritto amministrativo risulta non solo da norme ma anche da principi che dottrina e giurisprudenza hanno elaborato e ridotto a unità e dignità di sistema; il «diritto giurisprudenziale» è comunque evocato in numerose sentenze: v. ad es. Cons. Stato, sez. VI, 2 aprile 1965, n. 222, in *Foro amm.*, 1965, I, 2, 548 e Id., Sez. IV, 30 marzo 1966, n. 182, ivi, 1966, I, 2, 460 ss. Sulla costruzione del diritto amministrativo italiano in via giurisprudenziale v., per tutti, M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 536. Sulla formazione dei principi nel diritto amministrativo v. altresì, tra i tanti, F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 105 ss.; Id., *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo*, in *Legge*,

Principi che sono ritenuti idonei ad assicurare il rispetto della riserva di legge. Infatti la Corte Costituzionale, a proposito di normative sulla organizzazione della p.a. carenti di criteri e principi direttivi tali da indirizzare l'esercizio dei poteri discrezionali, le ha ritenute compatibili con la riserva di legge ex art. 97 Cost., in quanto ha ravvisato comunque la sussistenza di tale elementi attraverso la rete dei principi elaborati dalla giurisprudenza¹²⁴ (c.d. norme *sans texte*).

Tali principi possono essere altresì dotati di diretta precettività. Difatti non sempre il principio generale è un limite (es. divieto di retroattività) o un criterio (es. proporzionalità), ma può essere anche una fonte: cioè il principio si può esprimere sia in una norma regolatrice dell'esercizio del potere, sia anche in una attribuzione del potere stesso. Tale carattere è espresso con chiarezza in talune decisioni: ad es. riguardo al potere di controllo sostitutivo, si è difatti osservato che “né, ovviamente, può, mettersi in dubbio la sussistenza del particolare potere esercitato, per il fatto di non essere specificatamente previsto in alcuna delle norme attribuite, al ripetuto Ministero, della vigilanza e tutela sull'E.N.C.I., discendendo tale potere dai principi generali disciplinati la materia della vigilanza sugli Organi sottoposti al controllo della loro gestione amministrativa”¹²⁵.

giudici; politica. *Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, 1983, 122 ss.; P. D'AMELIO, *La formazione giurisprudenziale del diritto amministrativo*, in *Foro amm.*, 1969, 111, 118.

¹²⁴ V. Corte Cost., 7 aprile 1988, n. 409, in *Giur. cost.*, 1988, 1833 ss. molto puntuale nel rilevare che i principi non scritti di matrice giurisprudenziale debbono essere riconosciuti come parametri del corretto esercizio dell'attività amministrativa e anche Id. 24 marzo 1993, n. 103, ivi, 1993, 841 ss. che ha ritenuto conforme a Costituzione, malgrado la genericità della previsione normativa, l'art. 15-bis l. 19 marzo 1990, n. 55, così come modificato dall'art. 1 del d.l. 31 maggio 1991, n. 164, conv. in l. 22 luglio 1991, n. 221, che prevede la possibilità di scioglimento dei Consigli comunali e provinciali, delle UU.SS.LL., dei consorzi di Comuni e Province, di unione di Comuni, delle comunità montane, nonché delle aziende speciali dei Comuni e delle Province e dei Consigli circoscrizionali, sulla base del rilievo che l'adozione di tali misure presuppone la completezza dell'istruttoria procedimentale, la coerenza tra accertamenti e decisione finale, la congruità della motivazione, e dunque “una rete di principi tali da ricondurre la discrezionalità entro parametri confrontabili con il dato normativo”. Del resto, che nel concetto di legalità rientrino anche i principi è convinzione comune: v. per tutti A. TRABUCCHI, *Significato e valore del principio di legalità nel moderno diritto civile*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, Milano, 1978, 2081

¹²⁵ TAR Lazio, Sez. II, 21 giugno 1984, n. 1010.

Ciò avviene soprattutto quando il principio viene tratto da disposizioni specifiche, che attribuiscono poteri puntuali: si pensi ai poteri di autotutela esecutiva ricavati dall'art. 378 legge lavori pubblici del 1865 o dall'art. 823 cod. civ. o al potere di convalida (che viene ricavato dall'art. 1444 cod. civ.) o ai principi sullo scioglimento degli organi che non funzionano sull'annullamento di atti di enti sottoposti a vigilanza. Gli stessi poteri di autotutela vengono sovente radicati nell'applicazione analogica di disposizioni espresse in tal senso¹²⁶. In tutti questi casi abbiamo norme puntuali che vengono elevate a livello di principio generale, mantenendo così il carattere *self-executing*. Ma la presenza di principi autoapplicativi non fa venir meno il carattere implicito del potere, in quanto è sempre un potere inserito in un potere provvedimento espresso, e dunque un potere incidentale o annesso, ed è invece questa connessione che trova titolo nei principi generali.

I principi cioè servono a svelare la connessione ovvero sono uno strumento attraverso cui il potere espresso viene esteso al potere inespresso.

Se infatti ripercorriamo la casistica, sono da considerare strumentali i poteri (di annullamento, di commissariamento,) delle amministrazioni vigilanti, il potere di diffida, il potere di ispezione, il potere di convalida. Gli stessi poteri di autotutela decisoria, una volta superate le antiche tesi per cui erano conseguenza della supremazia della amministrazione, da cui si deduceva il c.d. *ius poenitendi*, o del principio di esecutorietà degli atti amministrativi¹²⁷ (tesi, entrambe, che si traducevano invero in petizioni di principio), o dell'applicazione della potestà di diritto privato di revocare i negozi giuridici che non avessero creato diritti¹²⁸, e acclarato che costituiscono tutela dell'attribuzione legislativa del potere e delle stesse finalità cui è preordinato l'atto oggetto della misura¹²⁹ e quindi corrispondono ad una esigenza coesistente di legalità e di adeguatezza dell'azione amministrativa, quale si ricava dall'art. 97 Cost., sono impliciti ai (e una conseguenza dei) poteri di amministrazione attiva che vanno a rettificare. Gli altri poteri, indicati nella nostra rassegna, in realtà o non

¹²⁶ F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, I, s.i.d., 451, che richiama l'art. 272 l. com. prov. allora vigente (poi art. 282 T.U. 383/1934).

¹²⁷ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1958, 319 ss.

¹²⁸ Così F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., 45 (con riferimento alla revoca).

¹²⁹ V. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, cit., 542 ss.

sono tali (avvertimenti pubblici, indirizzi non cogenti) o non sono ammissibili (*Hausrecht*) o sono impliciti non per principio generale ma nel “microsistema” normativo in cui sono inserite (es.: annullamento atti SOA, poteri interdittivi Ministro salute).

L'unico potere non implicito ad atti provvedimenti è quello di autotutela esecutiva nei confronti di beni del patrimonio indisponibile: non a caso criticato dalla dottrina, perché qui non si estende il potere ma si estende l'oggetto del potere. Le stesse ragioni porterebbero ad escludere la sanatoria giurisprudenziale: senonché qui la diversità dell'oggetto non è rilevante, perché il provvedimento finale è sempre lo stesso, ed anzi la già intercorsa realizzazione della *res* consente uno scrutinio con maggiore cognizione di causa. La ammissibilità della sanatoria giurisprudenziale (sia fuori dalle ipotesi T.U. edilizia sia anche nel caso di permesso di costruzione, qualora venga restaurata la “vecchia” giurisprudenza in materia) a sua volta, reca con sé l'ammissibilità della sospensione del potere sanzionatorio, che è appunto implicito alla prima..

12) I poteri impliciti per estensione dell'oggetto (con particolare riguardo ai provvedimenti di AGCM)

Le ultime considerazioni inducono ad una ulteriore riflessione. Per potere implicito si può anche intendere quel potere, invero espressamente attribuito, ma che in concreto viene esercitato (anche) per funzioni non espressamente attribuite dalla legge. L'Amministrazione ha quel potere, ma lo esercita “fuori sede”, ritenendo che sia implicito che possa appunto esercitarli anche per finalità non espressamente previste dalla legge: caso classico la irrogazione di sanzioni edilizie (potere di cui l'Amministrazione comunale certamente dispone) nei confronti di modifiche di destinazione d'uso di un immobile meramente funzionale (cioè senza opere edilizie). In casi di questo genere, la giurisprudenza ravvisa lo sviamento di potere e la elusione del principio di tipicità. Come precisato in una storica sentenza¹³⁰ il “*noto principio della tipicità degli atti amministrativi, cioè il principio per cui la pubblica Autorità può emanare elusivamente i tipi di atti che sono previsti dalla legge, e per cui le norme che conferiscono poteri amministrativi sono tassative*”, e la “*tipicità degli atti amministrativi implica cioè l'identificazione di uno schema legale tipico per ciascun atto,*

¹³⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 28 luglio 1982, n. 525, in *Cons. Stato*, 1982, I, 836.

con la conseguenza che l'atto che per qualche profilo decampi dallo schema è illegittimo"; con la precisazione che *"la competenza provvedimento delle Autorità amministrative non è identificata esclusivamente attraverso la "materia" intesa come sfera di interessi. Un concreto provvedimento amministrativo può decampare dallo schema legale, e quindi essere illegittimo, anche quando sia indiscussa la sua congruenza all'interesse pubblico la cui tutela è affidata all'Autorità emanante"*. Di conseguenza l'Amministrazione non può imporre la concessione edilizia (oggi permesso di costruire) a carico di modifiche d'uso di immobili cui si dia corso senza opere: la disciplina legislativa degli strumenti urbanistici all'epoca consentiva a questi di porre solo prescrizioni che venivano inverte o controllate in sede di esecuzione di opere.

In altre parole non è sufficiente la competenza per materia, e neanche l'attribuzione espressa di poteri provvedimentali. La tipicità significa che la funzione ovverosia la causa sia rispondente a quella indicata dalla legge e di converso che il potere sia esercitato per quello specifico interesse pubblico indicato dalla legge¹³¹. Così, ad esempio se la funzione esplicita è di accertamento dei requisiti igienico-sanitari, non può incorporare anche la funzione di controllo edilizio¹³²; se è di tutela sanitaria non può esprimersi attraverso misure attuative delle scelte urbanistiche di delocalizzazione degli impianti industriali inquinanti¹³³, se è di verifica dei requisiti di idoneità all'esercizio dell'attività commerciale, *"è illegittimo il diniego di licenza di commercio motivato con la considerazione che l'immobile in cui dovrebbe svolgersi l'attività ha una destinazione d'uso diversa da quella commerciale; ciò in quanto ... l'Autorità comunale in sede di autorizzazione al commercio non è tenuta a verificare l'osservanza di tali norme locali, la cui tutela forma oggetto di valutazione in altre e diverse sedi"*¹³⁴.

¹³¹ V. ad es. Cons. Stato, Sez. IV. 1 febbraio 2000, n. 530.

¹³² Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 1981, n. 103, in *Foro amm.*, 1981, I, 589, che ha ritenuto illegittimo il provvedimento comunale con il quale si dispone la cessazione di un'attività industriale per motivi igienico-sanitari con riferimento alla tutela dell'assetto urbanistico e delle norme che lo regolano, trattandosi anche in questo caso di cura da parte dell'amministrazione di un interesse pubblico, se diverso da quello tipico.

¹³³ TAR Campania, Napoli, III, 9 agosto 2007, n. 7437.

¹³⁴ V. Cons. Stato, Sez. V, 23 ottobre 1985, n. 346, Sez. V, 23 giugno 1979, n. 336 e 18 aprile 1980, n. 410. Non interessa in questa sede andare a disquisire sulla distinzione tra

Naturalmente il tessuto normativo può anche essere interpretato diversamente: così, a proposito dell'ultimo esempio, la giurisprudenza, sulla base di una lettura "integrata" dalla normativa sulla distribuzione commerciale e richiamando il principio di buona amministrazione, ha più recentemente ritenuto che i profili urbanistici rilevano anche in sede di autorizzazione commerciale¹³⁵. Come pure non è da escludere, specie a fronte di competenze volte alla tutela di valori primari o anzi superprimari per Costituzione (ambiente, salute) una interpretazione estensiva dei poteri attribuiti. Basta però che l'oggetto e le finalità del provvedimento non vengano alterati.

Di recente, la tematica si è posta ancora una volta con riguardo a provvedimenti delle Autorità indipendenti, foriere, come noto, di problemi di ogni genere, a partire dalla loro conformità a Costituzione, ma soprattutto perché, come più volte rilevato, sono attributarie di competenze

tipicità e nominatività la quale è data dal fatto che la nominatività si risolve nell'atto stesso della previsione di una determinata categoria di provvedimenti da parte del legislatore mentre la tipicità comporta una predeterminazione normativa estesa a più aspetti ed elementi dell'atto, che appunto costituiscono i tratti del tipo. Secondo E. CASETTA, voce *Provvedimento e atti amministrativi*, in *Dig. Disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 251-252, la tipicità attiene alla predefinizione dei tipi di vicende giuridiche che possono essere prodotte dall'amministrazione, mentre la nominatività alla predeterminazione degli elementi del potere e delle loro connessioni reciproche cui si può ricorrere per conseguire quegli effetti). Tale distinzione è avvertibile tenendo presente le ordinanze di necessità ed urgenza, provvedimenti che, stante la loro natura e la loro funzione, possono avere il contenuto più vario (art. 2, del Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza; art. 54, comma 2°, Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali). Esse sono sì atti nominativi, in quanto previsti dall'ordinamento, ma non completamente tipizzati, in quanto i loro oggetti e effetti non sono predeterminati dal legislatore. Come ha precisato G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e d'urgenza*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1968, 89, ciò che caratterizza il potere di ordinanza non è già il fatto che esso sia libero nel contenuto, ma che non abbia un contenuto predeterminato; meglio, che, caratteristica delle ordinanze è che i contenuti di cui constano, viene di volta in volta determinato con lo stesso atto di ordinanza, restando il relativo potere di ordinanza virtualmente libero di scegliere qualunque oggetto entro quella materia e per quei certi fini. Tuttavia anche nelle ordinanze di necessità il principio di tipicità non è del tutto eliso, al più v'è una restrizione.

¹³⁵ V. Cons. Stato, Sez. V, 28 giugno 2000, n. 3639, ID. 17 ottobre 2002, n. 5656; TAR Campania, Napoli, Sez. III, 27 gennaio 2003, n. 423; TAR Veneto, Sez. III, 2 novembre 2004, n. 3839.; TAR Campania, Napoli, Sez. III, 8 agosto 2007, n. 406.

non compiutamente predeterminate, o meglio determinate per obiettivi e valori.

Con riguardo all'attività di AGCM (Autorità garante della concorrenza e del mercato), si è infatti registrata una tendenza ad espandere il contenuto e gli effetti del provvedimento di *diffida*, il che ai sensi dell'art. 15, l. n. 287 del 1990, deve accompagnare l'accertamento di un illecito anticoncorrenziale. Il contenuto della diffida dovrebbe consistere esclusivamente nell'inibizione a non ripetere o proseguire nel comportamento illecito. In caso di violazione della diffida viene aperto un procedimento di inottemperanza, con l'applicazione di una sanzione pecuniaria.

L'esigenza che il provvedimento nominato di diffida sia tipico e conforme alla sua funzione specifica, comprovata da una tradizione consolidata e dal tenore della legge 287, trova conforto in una serie di argomenti:

- a) il principio di tipicità si afferma in funzione di garanzia quando il provvedimento incide in modo pregiudizievole nella sfera giuridica del destinatario (come qui accade);
- b) il principio di tipicità deve dispiegarsi in senso forte quando il provvedimento può ridurre libertà o diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione (qui, ovviamente, è in gioco la libertà d'impresa);
- c) il principio di tipicità è sottoposto a particolare rigore applicativo ed esprime una spiccata funzione garantista quando si riferisce (come nel caso di specie) ad una funzione sanzionatoria;
- d) diversamente dal caso dei c.d. poteri impliciti delle Autorità di regolazione, i quali non mutano mai la funzione amministrativa di base, attraverso l'elusione del principio di tipicità nel campo d'azione dell'AGCM si trasforma la stessa natura della funzione amministrativa: non più tutela della concorrenza ma regolazione.

Malgrado tutto ciò, non può essere negato che invece attraverso la diffida (a non commettere più nuovi illeciti, nuove intese restrittive, nuovi abusi) l'Autorità tende a conformare il comportamento dell'impresa nel mercato ben oltre quelli che sono i limiti risultanti dall'illecito accertato. Si assiste ad una sorte di contaminazione regolatoria delle funzioni di tutela della concorrenza (va da sé che non si verificano nelle concentrazioni, nei cui confronti l'Autorità esercita un potere autorizzatorio, come tale sottoposto a condizioni). In altre parole l'Autorità non si limita a registrare il disvalore concorrenziale di un certo comportamento, ma tende a configurare il migliore assetto possibile per quel dato mercato e, pertanto, utilizza la

diffida per conformare il mercato imponendo obblighi di comportamento. Nascono veri e propri obblighi di *facere*. Esplica così una funzione che si aggiunge al contenuto tipico della diffida.

Ciò può essere ammesso, perchè è nella inclusione delle aree negli abusi escludenti, in quanto, è fisiologico che la diffida abbia un contenuto positivo e comporti come effetto un obbligo di *facere*, anche se il problema sta nel fatto che si è andati spesso anche qui oltre la *misura* dell'illecito accertato.

La casistica, per quanto pedante, è indispensabile per valutare l'*ultra vires* cui assistiamo. Un primo caso di intesa che si può segnalare è il I/626 - Tariffe dei periti assicurativi - nel quale l'espansione della diffida (sia pure abbastanza contenuta in questa ipotesi), avviene mediante la tecnica del rinvio alla motivazione ed a quanto nella (amplissima) motivazione è stabilito.

Un secondo caso di intesa è il I/641 Rifornimenti aeroportuali nel quale - è significativo leggere il dispositivo - si afferma "*che le imprese si astengano in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata, con particolare riferimento alle condotte ripartitorie e a quelle che hanno comportato la creazione di barriere all'accesso al mercato del jet fuel*".

Questo caso è importante perché dimostra come sia davvero nuovo il potere esercitato dall' Autorità. Nel presupposto che vi fosse stata una violazione di questo obbligo di non creare barriere di accesso, è stato poi aperto un procedimento di inottemperanza conclusosi a carico di Total, la quale finisce per essere (sia pur con alcune riserve) per essere obbligata a concedere l'uso di una infrastruttura non essenziale ad un terzo.

Una diffida ampia la si riscontra anche nel caso di abuso A365 - Posta elettronica ibrida - del 29 marzo 2006, nel quale trova applicazione la tecnica del rinvio ad una diffusa e complessa motivazione.

Una diffida ad ampio spettro, e dunque a carattere conformativo-dirigistico, è altresì quella che caratterizza il dispositivo del caso di abuso A362 - Diritti calcistici - nel quale l'illecito di Mediaset consisteva nell'aver stipulato clausole di prelazione troppo vantaggiose ed assorbenti, in prospettiva futura. Una volta venute meno quelle clausole per fatti sopravvenuti in corso del procedimento, ogni obbligo di *facere* sembra esorbitante la dimensione del potere sanzionatorio. Come pure, una diffida in materia di abuso che va oltre rispetto ad un contenuto meramente inibitorio della diffida stessa riscontrabile anche nel caso A/358 - Eni -

trans tunisian pipeline del 15 febbraio 2006, come è avvertibile dalla lettura del complesso dispositivo¹³⁶.

Potremmo fare altri esempi, ma non è necessario perché è constatazione comune quella per cui AGCM è solita indicare quale comportamento porre in essere, tra cui l'assunzione di obbligazioni¹³⁷, sicché la diffida assume anche una capacità conformativa e non solo interdittiva-inibitoria. Come è evidente ciò sfiora i contorni del "tipo" di diffida, come è stato messo da tempo in luce dalla dottrina, muovendo dalla lettera della legge e attraverso l'argomento a contrario rispetto alla disciplina in punto di autorizzazioni alla concentrazione¹³⁸. Il bello è che la giurisprudenza, in varie occasioni, non ha mancato di mettere in luce il carattere esclusivamente inibitorio della diffida, e l'assenza di un contenuto dirigistico: Cons. Stato, Sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5368, Italgas; *"se nella diffida l'Autorità non ha indicato alcuna condotta specifica da tenere per rimuovere gli effetti anticoncorrenziali dell'illecito accertato ciò ha determinato solo la necessità di rimettere all'impresa la scelta della condotta più idonea a realizzare l'apertura del mercato"*; ed ancora *"la mancata previsione di un contenuto specifico per la diffida rivela in tal modo la sua vera ragione: essa è preordinata al fine di tutelare la libertà d'impresa ed evitare che il diritto antitrust assuma connotazioni dirigistiche, che ne snaturerebbero la filosofia di fondo, ma comporta un obbligo di diligenza dell'impresa diffidata comunque tenuta a porre in essere condotte idonee a rimuovere le conseguenze dell'illecito"*; nonché Cons di Stato, Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, 1463, Pellegrini/Consip *"La diffida per l'eliminazione dell'infrazione costituisce atto dovuto da parte dell'Autorità, in quanto la finalità della diffida non è solo quella di eliminare i comportamenti oggetto dell'intesa, che come fatti storici non potrebbero essere cancellati, ma anche quelli di rimuovere, ove possibile, le conseguenze anticoncorrenziali dell'intesa e di intimare alle imprese di astenersi dal porre in essere analoghi*

¹³⁶ Che dispone "l'obbligo di allocazione a terzi operatori di capacità di trasporto addizionale sul gasdotto TTPC per 6,5 miliardi di metri cubi annui di gas, garantendo l'entrata in servizio di una prima *tranche* della capacità addizionale, pari a 3,2 miliardi di metri cubi di gas, non oltre il 1° aprile 2008, e di una seconda *tranche*, pari a 3,3 miliardi di metri cubi di gas, non oltre il 1 aprile 2008, e di una seconda *tranche*, pari a 3,3 miliardi di metri cubi di gas, non oltre il 1 ottobre 2008".

¹³⁷ V. per tutti M. RAMAIOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano 1998, 490.

¹³⁸ P.FATTORI-M.TODINO, *La disciplina della concorrenza*, Bologna, 2004, 372.

comportamenti per il futuro". Pertanto, la diffida "costituisce fedele espressione dell'art. 15, che stabilisce che se l'Autorità ravvisa infrazioni agli artt. 2 o 3, fissa alle imprese e agli enti interessati il termine per l'eliminazione delle infrazioni stesse, senza lasciare spazio a valutazioni discrezionali da parte dell'Autorità". E ancora: TAR Lazio, Sez. I, 10 giugno 1998, n. 1902, I239, Esplosivi da mina "Non è compito dell'Autorità indicare le modalità concrete ed i puntuali comportamenti che le imprese devono tenere al fine dell'esecuzione dell'ordine impostogli; diversamente l'Autorità verrebbe infatti ad intromettersi indebitamente nella sfera di libertà di iniziativa economica delle imprese stesse". Senonché tali affermazioni dirette a rilevare la "purezza" della diffida sono contraddette da altre, talvolta nel contesto della stessa sentenza. Così, nella già ricordata sentenza Italgas (Cons. Stato, Sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5368) si legge: "il provvedimento sanzionatorio di diffida va interpretato complessivamente, tenendo conto della motivazione e del dispositivo ed alla luce del principio del c. d. effetto utile, in base al quale qualsiasi disposizione, anche una disposizione di carattere repressivo, richiede un'applicazione o un'interpretazione che sia funzionale al raggiungimento delle proprie finalità". Non solo: il Consiglio di Stato ha anche precisato che "il principio dell'effetto utile, quale canone interpretativo della diffida, raccorda la descrizione dell'illecito accertato e delle sue conseguenze alla finalità della diffida (di rimozione della restrizione del mercato), consentendo de enucleare uno spettro di condotte dovute al fine di rimuovere l'effetto anticoncorrenziale dell'illecito".

Il nucleo della diffida inibitoria risiede in un *desistat*, legittimo anche nella parte in cui è volto a prefigurare futuri comportamenti¹³⁹. L'ampiezza dei poteri attribuiti all'Autorità nell'emanazione del provvedimento inibitorio – prosegue il TAR Lazio – fa sì che "esiger dalle imprese responsabili di violazioni anticoncorrenziali un contegno giudicato idoneo a ricondurre l'assetto di mercato nei solchi della più stretta legittimità non significa certo esercitare ingiustificati poteri ablatori, ma vuol dire esplicitare, nel superiore interesse del mercato, una doverosa attribuzione volta al ripristino della legalità violata. Il che spiega, a tacer d'altro, il conferimento all'Autorità antitrust di penetranti poteri conformativi atti ad incidere anche nella sfera di autonomia garantita a soggetti imprenditoriali". E anche in altre occasioni si è legittimata la diffida

¹³⁹ TAR Lazio, Sez. I, 8 giugno 2005, n. 12726, 1570, Lottomatica/Sisal.

conformativa e dunque regolatoria sulla base del rilievo che in tali indicazioni sono volte ad esplicitare alle imprese il comportamento che devono tenere per eliminare l'infrazione accertata e gli effetti che ne derivano sul mercato¹⁴⁰. La lettura forte del principio di legalità qui proposta e di converso la lettura stretta del contenuto della diffida potrebbe essere contrastata osservando che in fondo l'effetto conformativo è sempre ricavabile dalla motivazione, nel senso che da essa si ricava qual è il comportamento che le imprese avrebbero dovuto e peraltro dovranno tenere. Cosicché in tale maniera le indicazioni dell'Autorità danno certezze alle imprese. La diffida conformativa è un di più e anzi una garanzia per la stessa impresa, che non è astretta dalla mera inibitoria, salvo poi valutare *ex se* soluzioni correttive, di cui potrebbe rimanere incerta la liceità. Tanto più che le misure conformative devono rispondere al principio di stretta proporzionalità: ove eccedano e non tengano conto di altre confacenti soluzioni, sono sicuramente illegittime. Né in tal maniera si impongono obbligazioni non previste dalla legge: infatti la legge vieta l'attività anticoncorrenziale, e le prescrizioni di AGCM sono finalizzate, in attuazione del principio di conservazione e di massimo temperamento, a consentire il proseguimento dell'attività di impresa. Si tratta cioè di quella che è stata definita la «regolazione dell'esecuzione»¹⁴¹.

Ma appunto: è una regolazione, cioè un *quid pluris* rispetto al potere tipico dell'Autorità di garanzia. Le obbligazioni imposte risponderanno pure a principi concorrenziali, ma non sta ad AGCM dare regolazioni *ex ante*. La motivazione non può essere un *pass-partout* per imporre surrettiziamente obblighi di cui AGCM non può essere la fonte. La diffida ha un contenuto tipico: cioè che non si può fare, mentre ogni altro contenuto, che sia inserito nel dispositivo o che lo si ricavi *de relato* è da ritenere *ultra vires*. Tantopiù considerato che – come messo in luce dal Consiglio di Stato nel caso Telecom c. Albacom, Wind e Fastweb¹⁴² – le fattispecie di illecito (cfr., artt. 2 e 3 l.n. 278/90), sono sviluppate in termini di concetti indeterminati, descrittivi effetti dell'azione di impresa, più che le varie concrete condotte che li determinano, sicché la determinazione delle condotte in positivo appare in distonia rispetto alla stessa struttura sanzionatoria antitrust.

¹⁴⁰ TAR Lazio, Sez. I, 25 settembre 2002, n. 8235, *Anec*.

¹⁴¹ P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, 2001, 398 ss.

¹⁴² Sez. VI, 10 gennaio 2007, n. 26.

13) (segue). Gli impegni di cui all'art. 14 ter l. 287/1990

Il problema dei poteri impliciti e del principio di tipicità si pone anche in relazione all'istituto degli impegni, di cui all'art. 14 *ter*, l. 287/1990, introdotto dall'art. 14 d.l. 4 luglio 2006 n. 223 convertito in l. 4 agosto 2006, n. 248 (c.d. decreto Bersani), nei quali è talvolta ravvisabile l'esercizio di funzioni regolatorie. Ciò è avvertibile fin dai primi casi di impegni. Infatti ad es. nei casi di abuso A364 - Merck-Principi Attivi e A371 - Gestione ed utilizzo della capacità di rigassificazione, emerge con chiarezza l'assenza di qualsiasi collegamento puntuale tra la prestazione assunta con gli impegni e la condotta asseritamente illecita. Nel caso I/681 - Prezzi dei carburanti in rete, sono stati pubblicati impegni che risultano sostanzialmente slegati dalla fattispecie di intesa configurata nell'atto di avvio. Non v'è quindi solo la chiusura del comportamento anticoncorrenziale, ma vi sono indicazioni diverse, valide *pro-futuro* e dunque vere e proprie regolazioni.

Si potrebbe obiettare che la funzione amministrativa esercitata dall'Autorità è diversa da quella sanzionatoria. Ed invero l'accettazione degli impegni comporta la chiusura del procedimento senza accertare l'infrazione, di talchè se non c'è illecito non ci può essere nemmeno sanzione. Semmai, l'impegno può essere qualificato come causa estintiva dell'illecito¹⁴³. Tuttavia, proprio per questo, si deve ricordare all'illecito (che viene estinto), e deve essere volto all'eliminazione di profili anticoncorrenziali, e solo di questi. L'art. 14 *ter* stabilisce infatti che gli impegni devono essere tali da far venir meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria e quindi pone un diretto collegamento tra la condotta illecita ed il contenuto degli impegni, così come v'è un analogo collegamento tra la condotta illecita e la sanzione. Il che significa che occorre seguire un criterio di pertinenza, anzi di stretta pertinenza, per evitare che attraverso gli impegni si dia luogo ad una funzione regolatoria¹⁴⁴. L'impegno – come è stato rilevato¹⁴⁵ – si inserisce in un sistema sanzionatorio, e pertanto, così come

¹⁴³ Così, F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari (Riflessioni sull'interpretazione del diritto antitrust, sulla funzione amministrativa e sull'art. 11 della legge sul procedimento)*, in corso di pubblicazione in *Giur. comm.*, 2007.

¹⁴⁴ Sul richiamo alla pertinenza v. ancora F. CINTIOLI, *op. ult. loc.*

¹⁴⁵ F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*

la sanzione, deve avere una funzione di reazione, non di disciplina diretta del mercato. Tanto più che in taluni mercati vi sono altri regolatori, in particolare nel settore dell'energia ed in quello delle comunicazioni elettroniche, e ciò può creare conflitti e disarmonie. In sostanza gli impegni si devono raccordare alla disciplina antitrust, senza alcuna correlazione con il compito del regolatore. E' vero che, in una lettura estensiva delle funzioni di regolazione, anche gli impegni possono esservi ricondotti, sicché è la stessa legge che in fondo inserisce AGCM nel circuito regolatore, ma deve trattarsi comunque di correzioni strettamente correlate al caso, secondo il criterio di stretta pertinenza più volte ricordato. E neanche la stessa volontarietà degli impegni è idonea ad esonerare l'Amministrazione dal rispetto del principio di proporzionalità¹⁴⁶. Altrimenti le decisioni in punto di impegni diventano espressione di un potere implicito di regolazione, incompatibile con tutto il sistema antitrust. Se difatti la funzione che si esercita con gli impegni consistesse nella generica conformazione del mercato secondo la migliore libera concorrenza voluta dall'AGCM, avremmo coniato un potere così ampio che il principio di tipicità ne resta comunque svuotato dall'interno. Per dir meglio, non avremmo più né un potere nominato né un contenuto tipico.

Né la atipicità degli impegni può essere riconducibile ad uno schema consensuale, e ciò per la ragione che gli impegni vengono presentati per evitare il rischio di una sanzione ed a favore di una amministrazione che mantiene la posizione di supremazia proprio perché titolare del potere sanzionatorio (è nei fatti la possibilità di orientare il contenuto e la direzione degli impegni): non dobbiamo cioè restare abbagliati da una presunta parità nel procedimento, la quale non esiste per definizione. In altri termini, come del resto ha dimostrato la dottrina più autorevole con riguardo agli stessi accordi procedurali, laddove pure sia individuabile la presenza del consenso del destinatario degli effetti, essa non esclude il carattere autoritativo dell'atto e ciò per la considerazione della decisività della "natura del potere" (finalisticamente vincolato, ossia discrezionale) e del modo in cui ne è disciplinato l'esercizio, atteso che si tratta di potere funzionalizzato¹⁴⁷. La "mistica del consenso"¹⁴⁸ non può mai andare a

¹⁴⁶ Così Tribunale di primo grado, 11 luglio 2007, T-170/06 Alrosa c. Commissione.

¹⁴⁷ Così F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa (Atti del XLVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione)*, Milano, 2002.

¹⁴⁸ L'efficace espressione è di F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, 46.

contraddire il principio di legalità: il quale non può essere superato in virtù del gradimento dell'atto da parte del suo destinatario¹⁴⁹. Non è pertanto condivisibile la tesi di chi sostiene che la pattuizione anche di clausole onerose, ancorché non previste nel caso di espletamento dell'attività provvedimentale, costituisca espressione del potere di autoregolamentazione della propria sfera giuridica e, dunque l'essenza stessa della sua autonomia contrattuale¹⁵⁰. Il che - si aggiunge - non ha niente a che vedere con il principio di tipicità del potere amministrativo e con un suo presunto superamento: al più si tratta di un suo temperamento, giustificato dall'apporto volitivo del privato, con conseguente disposizione della sua sfera giuridica. E' difatti da osservare che, a parte il fatto che anche il temperamento non è ammissibile (la legalità c'è o non c'è), si trascura che in realtà l'autonomia contrattuale è del tutto condizionata dal *metus* del potere amministrativo, soprattutto con riguardo a fattispecie soggette a poteri sanzionatori, *metus* in virtù del quale la P.A. acquisisce poteri di cui per legge non dispone: per riprendere una battuta che spesso ripeteva Alberto Predieri, ciò ricorda semmai un istituto tipico del diritto pubblico (internazionale), cioè la convenzione di capitolazione.

Ma c'è ben di più. Infatti non è necessario andare a disquisire sulla caratura di autonomia all'interno degli accordi *ex art. 11 l. 241/1990*, dato che l'istituto degli impegni non è da ricondurre a tale istituto. Ricordo che le argomentazioni a favore della natura consensuale si basano su due ordini di motivi. Il primo prende le mosse dalla fase di avvio del sub-procedimento di valutazione della idoneità degli impegni. L'art. 14 *ter*, attribuisce, infatti, alla sola impresa il potere di proporre degli impegni: di qui il carattere consensuale. Il secondo muove dall'ampio margine di discrezionalità di cui AGCM dispone, il che andrebbe a configurare una autonomia assimilabile a quella contrattuale, fondata appunto sull'ampia discrezionalità circa l'accettazione od il rigetto degli impegni¹⁵¹. Senonché gli istituti degli accordi e delle decisioni con impegni sono caratterizzati da ben diversa

¹⁴⁹ Così, P. CARPENTIERI, *Autorità e consenso nell'azione amministrativa. Alcuni spunti di riflessione*, in www.giustamm.it, n. 9/2005, § 2.

¹⁵⁰ G. GRECO, *Accordo amministrativo e principio di legalità*, in *Atti del 53° Convegno di studi amministrativi- Villa Monastero, Varenna 20-21-22 settembre 2007*, avente ad oggetto *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia* (dattiloscritto).

¹⁵¹ M. LIBERTINI, *Le decisioni "patteggiate" nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giorn. dir. amm.* 2006, 1283; M. SIRAGUSA-E. GUERRI-G. FAELLA, *Gli impegni e le misure cautelari*, in www.giustamm.it, 2007.

ratio legis. Nel caso degli accordi, l'istituto ha una funzione prevalentemente "partecipativa" del privato all'esercizio del potere pubblicistico. Di talché v'è una vera e propria fungibilità tra il provvedimento finale e l'accordo, che trova conferma nel fatto che l'apporto privatistico si potrà tradurre tanto in un accordo integrativo, quanto in un accordo sostitutivo del provvedimento. Di contro, nel caso delle decisioni con impegni l'apporto del privato può tradursi esclusivamente in un provvedimento che, qualora accettato, determina il mancato accertamento dell'infrazione. L'esigenza che sta alla base dell'istituto in esame valorizza, sì, un ruolo partecipativo del privato, ma esso non è preponderante, in quanto l'attribuzione del potere di accettazione o di rigetto esclusivamente in capo all'Autorità costituisce la piena conferma dell'unilateralità del potere e conseguentemente della natura del provvedimento. Del resto nell'art. 14 *ter* difetta qualsivoglia tipo di rinvio ai principi sulle obbligazioni, nonché all'ipotesi di recesso ed all'eventuale conseguente indennizzo (elementi tutti tipici perché ricorra l'accordo *ex* art. 11 l. n. 241/90), il che costituisce un elemento di forte distinzione dalle decisioni con impegni, anche a livello strutturale. Altra e dirimente distinzione è data dal fatto che gli accordi di cui all'art. 11, sono stipulati solo in caso di esercizio di una potestà discrezionale. Ma nella specie siamo di fronte ad una espressione di discrezionalità tecnica, rappresentata dalla valutazione dell'idoneità degli impegni presentati¹⁵².

Fatto sì è che la finalità dell'istituto, è quella di evitare un dispendio eccessivo di risorse amministrative in lunghe istruttorie sui casi di dubbia risoluzione. Non si può parlare pertanto come per gli accordi, di una fungibilità tra decisione con impegni e provvedimento che l'Autorità garante avrebbe adottato se non vi fosse stato l'impegno. Tale differenza ontologica è senza dubbio dovuta al diverso potere amministrativo che sta alla base dell'attività dell'Autorità nei due diversi momenti dell'accettazione degli impegni e dell'emanazione del provvedimento finale di accertamento dell'infrazione. Come è stato osservato in dottrina¹⁵³, il potere che l'Autorità

¹⁵² F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, cit., 2007.

¹⁵³ F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*. In particolare l'Autore pone in evidenza come la conclusione del procedimento mediante una diffida costituisca indice sicuro della natura sanzionatoria del potere esercitato dall'Autorità garante al momento dell'apertura dell'istruttoria. Si veda nello stesso senso G. LECCISI, *Brevi note in tema di impegni antitrust*, in www.giustamm.it.

esercita in tale sede è comunque di carattere sanzionatorio, in quanto l'interesse pubblico posto alla base mira ad evitare che le imprese pongano in essere delle distorsioni al mercato¹⁵⁴, dato che l'Autorità garante persegue sempre finalità marcatamente pubblicistiche espressamente contemplate dalla normativa antitrust nazionale e comunitaria e anche nella specie estrinseca un potere diretto alla conformazione del comportamento dei destinatari al precetto normativo. Un potere cioè di intervento *ex post*, cioè, come si suol dire, di *adjudication*: mentre gli è estraneo il potere di disporre *ex ante* al fine di migliorare la dinamica concorrenziale.

14) I poteri impliciti di prestazione

L'indagine non sarebbe completa se non si tenesse conto del dibattito circa l'ammissibilità di provvedimenti erogativi di sussidi e contributi etc.(c.d. amministrazione di prestazione) senza la previa determinazione legislativa dei presupposti e dei criteri. Come noto una parte autorevole della dottrina ritiene che "il principio di legalità operi solo nel campo dei poteri autoritativi"¹⁵⁵, precisando appunto che "il principio di legalità attiene all'attività amministrativa, in quanto questa si esprime in atti aventi un contenuto autoritativo, ossia ai provvedimenti non già in sé, bensì in quanto abbiano come correlato una situazione soggettiva del privato, su cui incidano con un effetto di estinzione o di limitazione"¹⁵⁶. Il tema è stato

¹⁵⁴ V. anche G. LECCISI, *Brevi note in tema di impegni antitrust*, cit., 145. Quest'ordine di argomenti trova conferma in una recentissima sentenza del Tribunale di primo grado (11 luglio 2007, T-170/06 Alrosa Company c. Commissione), nella quale è stato messo in luce che "la decisione la quale rende obbligatori gli impegni offerti dalle imprese interessate, in quanto comporta la conclusione del procedimento di accertamento e di sanzione di un'infrazione alle norme sulla concorrenza, essa non può essere considerata una semplice accettazione da parte della Commissione di una proposta liberamente formulata da una controparte nei negoziati, ma costituisce un provvedimento vincolante che pone fine ad una situazione di infrazione in atto o in potenza, in occasione della quale la Commissione esercita il complesso delle prerogative conferitele dagli artt. 81 CE e 82 CE, con la sola particolarità che la presentazione di offerte di impegni delle imprese interessate la esonera dalla prosecuzione del procedimento regolamentare imposto dall'art. 85 CE, e in particolare dall'obbligo di provare l'infrazione".

¹⁵⁵ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, 87 ss.

¹⁵⁶ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2006, 244 ss., il quale ha notato che "solo per alcuni tipi di potere amministrativo, quelli c.d. ablatori, che anno la capacità di imporre coattivamente, in capo a soggetti terzi, prestazioni personali o patrimoniali (art. 23 Cost.) o determinare senz'altro a loro carico,

oggetto, proprio con riguardo alle sovvenzioni, da uno studio di G. PERICU, datato per gli anni ma non per profondità di indagine e di risultato¹⁵⁷. In tale scritto si mette in luce che, a parte le ipotesi in cui le sovvenzioni sono riconducibili a materie o settori riservati alla legge (è il caso delle sovvenzioni per le finalità e nel contesto dell'art. 41, comma 3° Cost., nonché quelle di cui agli art. 44, 1° e 2° comma, Cost. e 45, 1° e 2° comma Cost.), non vi sono preclusioni verso una disciplina non legislativa, né nell'art. 113 Cost., il cui scopo può essere raggiunto qualunque sia la natura della normativa (importante è solo che una regolamentazione giuridica sia enucleabile); né nell'art. 97 Cost., perché è da escludere che l'imparzialità nell'amministrazione possa realizzarsi solo tramite la predeterminazione legislativa dei comportamenti amministrativi: se la si intende come necessità di una predeterminazione oggettiva degli interessi pubblici, è chiaro che simile certezza è assicurata anche da una normativa non legislativa.

Si aggiunge che la tesi della copertura legislativa si basa sul presupposto della legge come strumento di garanzia, trascurando del tutto il fatto che un'efficace tutela si realizza anche per altre vie, a condizione che venga rispettata la non discriminazione e l'uguaglianza.

Né è sostenibile¹⁵⁸ che non possono essere inserite in bilancio spese che non siano state preventivamente autorizzate da una norma sostanziale. Infatti, a) la normativa sostanziale di autorizzazione alla spesa può avere anche natura regolamentare¹⁵⁹; b) in secondo luogo non è necessario che l'ordinamento sostanziale autorizzi esplicitamente una determinata erogazione di danaro, essendo sufficiente che la spesa sia ricompresa nelle finalità istituzionali di un determinato organo. Da ciò si ricava, la

imperativamente, modificazioni giuridiche della loro sfera soggettiva (come ad esempio l'estinzione della proprietà di una cosa o il suo trasferimento coattivo), sussiste una vera e propria riserva di legge; ne consegue che l'attività ampliativa può essere disciplinata anche da altre fonti normative (regolamenti, statuti, etc.).

¹⁵⁷ G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, parte seconda, Milano, 1971, 1 ss.

¹⁵⁸ E' la tesi di V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico ai privati*, Napoli, 1964, 53 ss.

¹⁵⁹ V. in questo senso, V. ONIDA, *Le leggi di spesa nella costituzione*, Milano 1969, 676 ss., e *passim*.

possibilità di una previsione implicita di spesa¹⁶⁰. Tanto più che la realtà del nostro bilancio conferma queste conclusioni¹⁶¹.

D'altra parte, una risposta di diritto positivo, e nello stesso tempo una risposta di garanzia di *par condicio* e di concorrenzialità è data dall'art. 12 l. 241/1990, ai sensi del quale "la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione ed alla pubblicazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi".

Vale aggiungere che a conclusioni analoghe, cioè nel senso che i poteri ampliativi sono poteri impliciti fondati direttamente sulla norma di attributiva dell'interesse pubblico, si è giunti in Germania. Secondo la giurisprudenza della Corte Amministrativa Federale e buona parte della letteratura¹⁶² tedesca, per le sovvenzioni, sussidi o prestazioni (c.d. *Leistungsverwaltung*) non è necessaria una norma specifica attributiva di poteri alla pubblica amministrazione, ma è sufficiente "ogni altra dichiarazione di intenti parlamentare, in particolare lo stanziamento dei fondi destinati alle sovvenzioni" ("*jede andere parlamentarische Willensäußerung, insbesondere die etatmäßige Bereitstellung der zu Subventionen erforderlichen Mittel*"¹⁶³). La Corte amministrativa afferma cioè che, per le sovvenzioni, è sì necessaria una legittimazione legale, ma questa può essere costituita anche solo dallo stanziamento di determinati fondi di bilancio. La giurisprudenza del BVerwG e la letteratura che la approva si basano sull'idea che il parlamento, nel momento dell'approvazione del bilancio, stabilisce in via implicita anche l'ammontare dei fondi destinati alle sovvenzioni relative ad un determinato ambito, e che quindi, quando l'amministrazione elargisce sovvenzioni in quell'ambito,

¹⁶⁰ E' interessante rilevare che PERICU, *op. cit.* 56, nota 92, in proposito, richiama la tesi degli *implied powers*.

¹⁶¹ Cfr. V. ONIDA, *op. loc. ult.*

¹⁶² A. SEIDEL/E. REIMER/ M. MÖSTL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2, "Aufl, München 2005, 27.

¹⁶³ Così in BVerwGE, 6, 282, cfr. pure nello stesso senso BVrwGE 18, 352; BVerwGE, 58, 45; BVerwGE 90; 112; BVerwG, DÖV 1963, 387; BVerwG, DÖV 1997, 66; v. altresì per più ampie indicazioni la rassegna di F. OSSENBUHL, *Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung*, in H-U. Erichsen [Hergs], *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1. Aufl., Berlin – New York, 1998, pp. 127-222, § 9, 194 ss.

non fa che rispettare e interpretare il "volere" del parlamento. Sicché sulla scorta di tale argomentazione si ritiene che il principio della democrazia parlamentare venga rispettato anche in assenza della legge¹⁶⁴. Tale tesi è stata tuttavia soggetta a serrate critiche, le quali muovono dalla considerazione che la semplice destinazione dei fondi a determinate sovvenzioni stabilita dal Parlamento, non dice niente riguardo agli effettivi destinatari delle sovvenzioni, ai parametri di selezione, ai presupposti in base ai quali poterle concedere o meno, all'ammontare delle singole sovvenzioni né riguardo ai parametri in base ai quali ripartire i fondi all'interno di un determinato ambito¹⁶⁵. In mancanza di una legge, queste decisioni spettano al ministro competente o ad altri organi esecutivi e possono essere prese sotto forma di semplice "disposizione amministrativa" (*Verwaltungsvorschrift*): è quindi decisamente dubbio che si possa parlare di "rispetto del principio della democrazia parlamentare" e sicuramente non si può affermare che tale procedimento risponda ai requisiti dello stato di diritto. Anche la "prestazione statale" nei confronti del cittadino, rientra tra le garanzie, sicché richiede allora necessariamente una regolamentazione che stabilisce in via preventiva i parametri di selezione in base ai quali stabilire i destinatari di una determinata prestazione. Si osserva ad es. che la privazione di un servizio può, in alcune circostanze, gravare sul cittadino ancor più che una ingerenza nella sfera delle libertà e della proprietà: ad esempio la negazione di una borsa di studio ad uno studente può determinare l'interruzione degli studi e risultare così molto più gravosa di un obbligo di *facere*. Sicché il limitarsi alla formula dell'"incisione autoritativa nelle sfere della libertà e della proprietà" è riduttivo. Tali rilievi possono tuttavia essere superati ove si convenga sull'applicazione comunque di principi di concorsualità e di previa determinazione dei criteri, applicazione che si ricava dai principi di eguaglianza e di non discriminazione: principi che da noi trovano una positivizzazione nell'art. 12 l. 241, ma che peraltro (così come in Germania) costituiscono espressione del principio di eguaglianza e di imparzialità.

¹⁶⁴ Si tratta pertanto di una motivazione che rileva solo nei confronti del Bünd e Länder non con riguardo a enti non dotati di poteri legislativi. Di contro, tesi di Pericu, nel far riferimento al bilancio come titolo in sé (e non perché espressione della volontà parlamentare), estende tale finalità a tutti gli enti pubblici.

¹⁶⁵ V. in particolare H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Aufl., München 2004, § 6, 123 ss. Così anche D. JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, 1960, 171 ss.

15) Conclusioni

In conclusione, i poteri impliciti sono come un fiume carsico, che scorre sotto il nostro ordinamento. Quando si tratta di poteri normativi, la loro presenza è direttamente proporzionale alla genericità delle clausole attributive del potere e alla loro caratterizzazione in senso teleologico. Sicché, con riguardo alla normativa secondaria, il problema dell'inveramento del principio di legalità attiene soprattutto alla fase attributiva del potere, dovendo ricorrere ad una faticosa ricerca nell'arcipelago delle fonti onde conseguire la c.d. raffrontabilità.

Con riferimento ai poteri provvedimentali, l'“antico” implicito è in fase recessiva: o perchè positivizzato, o perchè espressamente ripudiato, esercitati o per l'affermarsi di interpretazioni meno estensive (ad es.: circa i poteri di vigilanza).

Il che, a guardar bene, è significativo di una tendenza dell'ordinamento, anche per ragioni di certezza oltre che di rispetto del principio di legalità, a “recuperare” aree demandate alla autoreferente indicazione giurisprudenziale dei principi, la quale è sì inevitabile e anche da guardare con favore, a condizione però che tenga conto dell'evoluzione ordinamentale e non assuma una funzione meramente tralatizia. Del resto il principio di tipicità fa da schermo ad un uso del potere basato solo su esigenze di risultato, di efficienza, di coerenza.

Nel contempo, si stanno però aprendo al potere implicito nuovi territori, quelli di competenza delle Autorità indipendenti, in ragione del fatto, più volte rilevato, che le loro attribuzioni sono dettate in prevalenza per valori e per obiettivi, talché hanno una ridotta compiutezza e tassatività. Ragion per cui è frequente che i provvedimenti vengano costruiti in funzione delle finalità, estendendone così il contenuto tipico. Ma le finalità possono servire per interpretare, non per costituire un nuovo oggetto. Né le finalità pur commendevoli possono fare aggio sul principio di legalità. Né – come talvolta si sostiene – è possibile il bilanciamento tra valori (la legalità e il buon andamento, ad esempio): il bilanciamento lo fa il legislatore e la Corte Costituzionale, non l'Amministrazione. Invero, si ha l'impressione (ma non è solo tale) che la giurisprudenza talvolta si lasci guidare dal mito della concorrenza, della regolazione del mercato e dei servizi, effetto utile dell'efficienza, della partecipazione, valori rispetto a cui la legalità diviene cedevole: vi è però sempre un muro invalicabile, quello della

determinazione in sede legislativa dell'oggetto del provvedimento e dei suoi specifici effetti, che non possono certo essere desunti da valori o altro, ma richiedono una tipizzazione. Se si segue questo canone, anche la “*nouvelle vogue*” delle amministrazioni di regolazione e di garanzia viene ricondotta al fondamentale principio di legalità, il che è tantopiù necessario atteso che le loro attività impattano in materie riservate alla legge¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Si segue in questo la tesi di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1984, 55 ss., che distingue nettamente la riserva di legge dal principio di legalità, nel senso che la prima (anche se relativa) impone che la legge deve sempre regolare in modo sufficientemente preciso l'esercizio della discrezionalità amministrativa.